

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**MATHEUS MASSARO MABTUM**

**O DEBATE BIOÉTICO E JURÍDICO SOBRE AS DIRETIVAS  
ANTECIPADAS DE VONTADE**

**FRANCA**

**2014**

**MATHEUS MASSARO MABTUM**

**O DEBATE BIOÉTICO E JURÍDICO SOBRE AS DIRETIVAS  
ANTECIPADAS DE VONTADE**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

**Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Patrícia Borba Marchetto**

**FRANCA**

**2014**

Mabtum, Matheus Massaro

O debate bioético e jurídico sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade / Matheus Massaro Mabtum. – Franca : [s.n.], 2014  
147 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Patrícia Borba Marchetto

1. Direito a vida. 2. Direitos humanos. 3. Dignidade. 4. Direito a morte. 4. Declaração da vontade. 5. Consentimento (Direito).  
I. Título.

CDD – 340.72

**MATHEUS MASSARO MABTUM**

**O DEBATE BIOÉTICO E JURÍDICO SOBRE AS DIRETIVAS  
ANTECIPADAS DE VONTADE**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.**

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Patrícia Borba Marchetto**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Franca, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.**

***Dedico*** este trabalho aos meus pais, Mércia Aparecida Massaro e Elias Antonio Mabtum, por terem dedicado suas vidas a mim e me dado todo amor, carinho e atenção que um filho poderia sonhar, por seu companheirismo e apoio necessário em toda minha vida, sem jamais medirem esforços para que eu chegasse até aqui. Dedico, também, à minha namorada Juliana Paula Sartore Donini, que, mesmo nos momentos mais difíceis, acreditou em mim, incentivou-me e me estimulou a prosseguir. Dedico, por fim, à minha madrinha, Aparecida Mabtum, e aos meus avós (*in Memoriam*) pelo afeto e compreensão.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que em sua infinita bondade me deu vida e saúde para cumprir mais essa importante etapa e nas inúmeras vezes em que fraquejei me deu forças para levantar e seguir.

Agradeço aos meus amados pais, Mércia e Elias, que me ensinaram que a maior herança que um filho pode receber é o acesso ao conhecimento, que nunca mediram esforços, muitas vezes tendo sido privados de seus próprios desejos, para me permitirem alcançar meus objetivos; por terem me ensinado que a honestidade deve prevalecer sob qualquer circunstância, sendo um dever e não uma qualidade do ser humano; por todo amor, carinho, respeito e generosidade, por me mostrarem, por seus exemplos, o que é dignidade.

Agradeço à minha amada Juliana, que aceita compartilhar comigo sua vida, sendo meu apoio nos momentos de aflição e a razão do meu sorriso nos momentos de felicidade.

Agradeço à minha madrinha, Aparecida Mabtum, por dedicar a mim tanto amor e me apoiar em todos os momentos.

À minha orientadora Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Patrícia Borba Marchetto, que acreditou em mim e possibilitou a realização deste trabalho, por ter compartilhado comigo seu vasto conhecimento sobre o tema e dedicado horas importantes de sua vida à minha orientação.

Agradeço aos meus amigos, que são a família que escolhi, por seu amor fraternal.

Agradeço a todos os meus professores, desde o ensino fundamental até a pós-graduação, incluindo os professores da vida, pois sem seu empenho e auxílio eu jamais conseguiria chegar até aqui.

Agradeço também aos meus alunos, por tornarem a minha vida mais leve e alegre, pois neles deposito a esperança de um mundo mais justo.

*“Egoísmo não é viver à nossa maneira, mas  
desejar que os outros vivam como nós  
queremos.”*

*(Oscar Wilde)*

MABTUM, Matheus Massaro. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade.** 2014. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

## RESUMO

O presente trabalho abordou as principais questões referentes às Diretivas Antecipadas de Vontade, fazendo uma análise sob a óptica da Bioética e do Direito, respeitando as características de cada abordagem. Buscou-se demonstrar que a bioética, em razão de sua natureza interdisciplinar, apresenta uma interface com a ciência jurídica, em especial com o Biodireito, responsável por regulamentar essa interação. Foram abordados os quatro princípios bioéticos descritos no *Belmont Report* e na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana também mereceu consideração especial, vez que compõe o núcleo axiológico do ordenamento jurídico. A Diretiva Antecipada de Vontade é a representação do respeito à autonomia e autodeterminação do paciente. Utilizou-se a doutrina dos direitos da personalidade para justificar a vinculação do médico à vontade do paciente. Prolongamento de vida e qualidade de vida nem sempre estão associados, por essa razão a dignidade deve ser preservada em todas as etapas, mesmo em sua fase final, por meio de uma morte digna. Muitas vezes o paciente é mantido vivo, mas já não possui vida, então o que se tem é a ampliação do processo de morte. Procedeu-se a distinção teórica das espécies de intervenção médica em pacientes terminais: eutanásia, distanásia, e ortotanásia. Entende-se que a autonomia do paciente deve ser preservada, razão pela qual o consentimento livre e esclarecido deve ser colhido, com o escopo de evitar abusos, ou condutas inapropriadas. A Diretiva Antecipada de Vontade é gênero, composto pelas espécies: Declarações Prévias de Vontade para o Fim da Vida, que consiste em delimitar sua recusa a determinados cuidados e tratamentos médicos; e Mandato Duradouro, pelo qual se nomeia um representante para o cumprimento de suas vontades referentes à saúde, caso esteja incapacitado de manifestá-las livremente. Deste modo, em razão de suas características, pode ser considerada um documento de dissentimento livre e esclarecido. O instituto representa o reconhecimento dos direitos do paciente à autonomia e à autodeterminação. O presente estudo analisou as principais legislações alienígenas sobre o tema. Foram propostas inovações para sua validade, tais como a participação de assessor jurídico e assessor médico e como objetivo principal do presente trabalho, buscou-se demonstrar a necessidade de regulamentação do instituto, que embora já utilizado, não dispõe de normatização específica para combater a insegurança jurídica dos profissionais de saúde frente às Diretivas Antecipadas de Vontade, vez que, independente da conduta da equipe médica, o médico estará sujeito à punição em, pelo menos, uma das esferas ética, civil ou penal.

**Palavras-chave:** diretivas antecipadas de vontade. declarações prévias de vontade para o fim da vida. testamento vital. bioética. biodireito. autonomia. responsabilidade civil.

MABTUM, Matheus Massaro. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade.** 2014. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

### ABSTRACT

The present study addresses the main issues concerning the Advance Health Care Directive, analyzing, from Law and Bioethic's perspective, respecting the characteristics of each approach. The aim was to demonstrate that bioethics, due to its interdisciplinary nature, has an interface with legal science, especially with Biolaw, which is responsible for regulating such interaction. This study dealt with the four bioethical principles, which are described in the Belmont Report and in the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. The constitutional principle of human dignity also was given a special consideration, since it is one of the main parts of the legal system. The Advance Health Care Directive is a manifestation of respect for the patient's autonomy and self-determination. This study also used the personality rights doctrine to justify the link between the doctor and the patients' will. Prolongation of life and quality of life not always are associated, and for that reason dignity must be preserved in all stages, even in life's final stage, by means of a dignified death. In several occasions the patient is kept alive, but no longer has his own life, so what happens is the expansion of the process of dying. The species of medical intervention in terminal patients were theoretically distinguished: euthanasia, dysthanasia and orthothanasia. It is understood the patients' autonomy must be preserved and that is the reason why free and informed consent must be taken into account, in order to avoid abuses or inappropriate behavior. The Advance Health Care Directive, is a gender, composed of the species Living Will, which consists on limiting the refusal to certain cares and medical treatment; and Durable Power of Attorney, through which a representative is named to accomplish its' will concerning its' health, in case of incapability of free manifestation. Therefore, due to its' characteristics, it may be considered a document of free and informed dissent. The institute represents the recognition of the patients' right to autonomy and self-determination. This study analyzed the main foreign legislation about this theme. Some innovations were proposed such as the participation of both a legal and a medical adviser, and as the main purpose of this study, was sought to demonstrate the need of regulation of the institute, which, although already in use, do not hold a specific regulation against legal uncertainty of the health professionals facing the Advance Health Care Directive, since, regardless of the behavior of the medical team, the doctor will be subjected to punishment in, at least, one the ethical, civil or criminal spheres.

**Keywords:** advance health care directive. living will. bioethics. autonomy. civil responsibility.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 CONCEPÇÕES TEÓRICAS SOBRE BIOÉTICA, BIODIREITO E DIGNIDADE HUMANA .....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Bioética e sua interface com o Direito e o Biodireito.....</b>	<b>15</b>
1.1.1 A bioética principialista inspirada pelo <i>Belmont Report</i> .....	24
1.1.2 A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos: um modo mais humano de interpretação.....	27
1.1.3 Os princípios da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e sua relação com a com a Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. ....	28
<b>1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana .....</b>	<b>32</b>
<b>1.3 Breves comentários sobre direitos da personalidade .....</b>	<b>37</b>
<b>1.4 Deliberação moral.....</b>	<b>41</b>
<b>1.5 Evolução histórica da bioética e da tutela da autonomia do paciente .....</b>	<b>42</b>
<b>CAPÍTULO 2 CONCEPÇÕES TEÓRICAS NA TERMINALIDADE DA VIDA.....</b>	<b>48</b>
<b>2.1 A vida humana e sua preservação.....</b>	<b>48</b>
2.1.1 A solução jurídica para conflitos aparentes entre princípios e regras .....	50
2.1.2 O paradigma biotecnocientífico e sua influência no conceito de vida .....	52
2.1.3 Morte digna .....	55
<b>2.2 O fim da vida em suas espécies.....</b>	<b>58</b>
2.2.1 Eutanásia.....	58
2.2.2 Distanásia .....	62
2.2.3 Ortotanásia.....	65
<b>CAPÍTULO 3 REFLEXÕES SOBRE O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO .....</b>	<b>69</b>
<b>3.1 Acepção jurídica e bioética do termo de consentimento .....</b>	<b>72</b>
<b>3.2 Modos de manifestação de vontade.....</b>	<b>76</b>
<b>3.3 Capacidade e discernimento: termos sinônimos ou complementares? .....</b>	<b>78</b>
<b>3.4 Relevância jurídica .....</b>	<b>81</b>

<b>CAPÍTULO 4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO DISSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E A NECESSIDADE DE ACONSELHAMENTO MÉDICO E JURÍDICO.....</b>	<b>84</b>
<b>4.1 O instituto no direito comparado .....</b>	<b>86</b>
4.1.1 <i>Living Will</i> : a realidade estadunidense .....	87
4.1.2 <i>Instrucciones previas</i> : a experiência espanhola.....	90
4.1.3 <i>Nontreatment directives</i> : o vanguardismo holandês .....	93
4.1.4 <i>Déclaration Anticipée de Volonté</i> : O pioneirismo belga.....	94
4.1.5 As <i>Directivas Antecipadas de Vontade</i> : a experiência portuguesa .....	95
4.1.6 A <i>dichiarazione anticipata di trattamento</i> : a experiência italiana .....	97
4.1.7 Uruguai e Argentina: as inovações na américa latina .....	100
<b>4.2 As Diretivas Antecipadas de Vontade no contexto brasileiro: gênero e espécies .....</b>	<b>104</b>
4.2.1 Declaração Prévia de Vontade para o Fim da Vida.....	105
4.2.2 Mandato duradouro .....	111
<b>4.3 As Diretivas Antecipadas de Vontade como dissentimento livre e esclarecido: uma modalidade especial de consentimento livre e esclarecido .....</b>	<b>113</b>
<b>4.4 Os avanços do Judiciário sobre a questão: análise do Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça .....</b>	<b>114</b>
<b>4.5 A importância do aconselhamento médico e jurídico nas Diretivas Antecipadas de Vontade.....</b>	<b>115</b>
<b>4.6 Responsabilidades Oriundas das Diretivas Antecipadas de Vontade do Paciente... 119</b>	<b>119</b>
4.6.1 Responsabilidade civil decorrente do acatamento da manifestação antecipada de vontade do paciente.....	120
4.6.2 Responsabilidade civil decorrente do não acatamento da manifestação antecipada de vontade do paciente.....	122
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>131</b>

## INTRODUÇÃO

A humanidade sempre se preocupou em buscar suas origens, mas não se contentou em saber apenas de si, buscou conhecer a verdade sobre tudo que a rodeava, indo além e tentando, baseada nos conhecimentos adquiridos, entender como as coisas funcionavam com o escopo de lhe proporcionar maior qualidade de vida e longevidade.

Movidas por esses mesmos ideais as pesquisas biomédicas começaram a se desenvolver com rigor metodológico somente a partir do século XIX, justamente no período em que tiveram grande avanço, embora desde o século XVIII já houvesse produção científica, contudo amadorística e superficialmente, sendo o século XX o século de ouro das pesquisas, em virtude da grande evolução biotecnológica que proporcionou o aprimoramento dos procedimentos científicos.<sup>1</sup>

A evolução biotecnológica que ocorreu, principalmente, nas últimas décadas do século XX e início do século XXI fizeram surgir questões que outrora seriam inimagináveis. Possibilitaram grande avanço das biociências, entretanto deram origem a muitas polêmicas, as quais requerem minuciosa análise ética e jurídica, isso porque a ciência só conseguirá atingir seus verdadeiros objetivos se sua aplicação não violar os direitos fundamentais.

Alguns temas sempre foram inquietantes aos seres humanos, tais qual a morte, a saúde, a segurança e o sigilo. A revolução biomédica possibilitou o prolongamento da vida, contudo nem sempre a qualidade de vida está aliada ao seu prolongamento. Quantas vezes a dilatação da vida é sinônimo de sofrimento e dor.

Por esse motivo deve-se analisar se a prática médico-hospitalar proporciona um alongamento da vida com qualidade e dignidade, ou apenas uma ampliação do processo de morte, aumentando a angústia do enfermo e de sua família e amigos.

As pessoas próximas, muitas vezes munidas de um egoísmo inconsciente e não intencional, inicialmente querem que seus entes queridos permaneçam ao seu lado pelo maior tempo possível, independentemente do custo. Custo esse não apenas material, mas principalmente humano.

É crescente a preocupação com a relação médico-paciente e, principalmente, com referência aos direitos do paciente. A atividade médica, ao longo do tempo, perdeu a característica de sacralidade que detinha na antiguidade. O médico deixou de ser visto como

---

<sup>1</sup> MALUF, Fabiano; GARrafa, Volnei. O termo de consentimento livre e esclarecido nas pesquisas com seres humanos: um estudo de caso. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 19, n. 3, p. 725, 2011.

um sacerdote, que detinha em suas mãos, em razão de seu ofício, um poder metafísico de determinar quem seria ou não curado de uma enfermidade.

Atualmente o profissional da saúde é visto como qualquer outro trabalhador, sujeito a erros, acertos e críticas, enquanto que o paciente não figura mais como uma figura inferiorizada, sujeita aos desejos e decisões exclusivas do médico.

Com a grande revolução da Biotecnologia e da Medicina nas últimas décadas, temas que anteriormente eram inimagináveis emergem eivados de polêmicas, merecendo uma análise ética e jurídica, para que a Ciência atinja suas finalidades sem, contudo, violar os direitos humanos fundamentais.

A biotecnologia evoluiu e permanece avançando em ritmo acelerado. Com ela evoluíram os procedimentos de análise e combate a enfermidades. Houve a criação de novas técnicas e a superespecialização dos profissionais da medicina, surgiram especialidades preventivas, curativas e paliativas; desenvolveu a medicina estética e clínica, houve inestimável avanço dos equipamentos, mas o que ainda determina o sucesso, ou não, do tratamento é o relacionamento interpessoal que se estabelece entre os dois principais envolvidos. Médico e paciente.

Essa relação deve ser embasada na confiança e respeito mútuos. Não haverá sucesso em qualquer procedimento ou conduta, na hipótese de rompimento dessa relação.

Os novos conhecimentos sempre são utilizados com o escopo de minorar o sofrimento humano, ou existem outros interesses na sua utilização?

Não raro, esses novos conhecimentos científicos empregados no intuito de prolongar a vida do paciente terminal, ao invés de lhe dar mais qualidade de vida, acabam por violar o seu corpo e sua dignidade, resultando em tratamentos desprezados de aspectos humanizados.

A informação, acerca de tratamentos e procedimentos médico-hospitalares, está disponível a todos, profissional ou sujeito da conduta médica, igualmente e ambos em comunhão devem decidir, após criteriosa ponderação das consequências, qual será a melhor opção.

Há como decidir de modo completo e permanente, sem acesso a totalidade das informações, ou com esclarecimentos parciais?

Evidente que a ausência de informação o tornará inapto a opinar e decidir, todavia apenas informação não será o bastante, o sujeito deve analisar seus valores enquanto ser humano, não optando por procedimentos que lhe trarão mal maior que aquele causado pela própria enfermidade.

Toda intervenção capaz de expor o indivíduo a risco deve ser antecedida por uma expressa autorização daquele que se submeterá a essa prática. Para que haja a autorização de modo consciente e efetivo é imperioso que o sujeito seja esclarecido acerca dos riscos e benefícios que o procedimento apresenta, bem como de terapias alternativas. O instrumento capaz de comprovar a autorização e o esclarecimento será o termo de consentimento, o qual deverá ser manifestado de forma livre e esclarecida. Contudo resta a hipótese do indivíduo não aceitar ser submetido a tal prática, recusando o tratamento.

Nessa última hipótese surgem as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), segundo as quais qualquer indivíduo capaz, e em pleno estado de consciência, pode determinar quais práticas se recusa a ser submetido caso, no futuro, padeça de doença terminal, incurável, cujo quadro clínico seja irreversível e seu estado não o permita manifestar sua vontade.

Nesse contexto surge a Resolução n. 1.995/2012<sup>2</sup> do Conselho Federal de Medicina (CFM) que reconhece a necessidade de respeitar a autonomia do paciente e regulamenta o instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade.

Neste ponto, indaga-se quais são as consequências éticas e jurídicas, oriundas da relação médico-paciente, fundamentadas no cumprimento ou descumprimento das Diretivas Antecipadas de Vontade.

Buscando-se, por meio do presente estudo, abordar os temas mencionados, colaborando para a resposta a essa indagação.

Defende-se não apenas a vida digna, mas também morte digna, devem ser analisadas, mensurando-se a validade do prolongamento artificial de vidas inviáveis, em situações irreversíveis, quando o sujeito estiver inconsciente, bem como o consentimento esclarecido por meio de instrumento próprio.

A vida é um conjunto de incertezas, cuja única certeza é seu término, restando ainda incerto em qual momento ele virá, sendo assim a morte é o capítulo derradeiro do livro da vida e todos os autores o escreverão, porém resta saber como cada um escreverá o seu.

Tendo-se a morte como algo natural e certo, é necessário preservar a relação de respeito e confiança adquirida ao longo da vida e o maior exemplo de respeito à relação médico-paciente é preservá-la mesmo nesse momento.

---

<sup>2</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1. p. 269-270. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 2 out. 2012.

Seria a morte um inimigo que deve ser combatido a qualquer custo, inclusive com o sofrimento do paciente, ou apenas mais uma etapa da vida, em que a dignidade humana também deva ser defendida?

Somente haverá respeito ao paciente se seus desejos e opções forem acatados. É inadmissível qualquer procedimento em paciente terminal, que com o intuito de prolongar-lhe a vida, apenas amplie seu sofrimento e contribua para dilatar sua morte.

Entretanto, em virtude da própria enfermidade, muitas vezes o paciente, nessa fase terminal, encontra-se impedido de manifestar, consciente e inequivocamente, sua vontade de aderir ao tratamento ou procedimento proposto, o que causa insegurança, angústia e dor a familiares e profissionais da saúde, quanto à decisão a ser tomada.

Pessoas próximas são importantes nestes momentos.

A pesquisa realizada tem natureza teórica, deste modo preponderará a análise bibliográfica, tendo por objeto publicações que discorram acerca dos aspectos normativos e conceituais sobre o tema do trabalho. O enfoque principal será sobre a importância do consentimento livre e esclarecido dos sujeitos de pesquisa, privilegiando aspectos bioéticos e constitucionais, também serão analisados julgados extraídos de tribunais nacionais e estrangeiros.

A matéria tem caráter interdisciplinar, principalmente entre as ciências biológicas e a jurídica.

Entre os diversos métodos que serão utilizados neste trabalho destacam-se os seguintes, por serem considerados essenciais ao estudo das ciências jurídicas:

Terá preponderância o método dedutivo, que consiste em compreender algo particular por meio de princípios gerais, vez que o estudo jurídico se baseia em normas gerais e conhecimentos doutrinários dos institutos legais.<sup>3</sup>

Será dada especial atenção ao estudo analítico-sintético que consiste em um processo de análise por meio de uma ideia geral que permite alcançar o conteúdo de cada uma de suas partes; em seguida à formação da compreensão das partes, analisa-se, por meio do processo de síntese, o conhecimento do texto integral.

Não se pode olvidar do estudo comparativo, que consiste em comparar institutos jurídicos semelhantes, tais como legislação, doutrina e jurisprudência de países diversos, é

---

<sup>3</sup> ADEODATO, José Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, DF, ano 3, v. 7, p. 143-150, 1999.

importante, pois somente com base nesses elementos é possível compreender as inovações e os valores distintos atribuídos ao tema, obtendo um aperfeiçoamento do pensamento jurídico.<sup>4</sup>

É imperioso ressaltar a importância do estudo histórico, vez que se analisará a evolução teórica dos princípios bioéticos e constitucionais sobre o tema proposto.

O método dialético não pode ser olvidado, tendo importância fundamental, vez que se fará necessário realizar leituras críticas diversas. Sendo esse método o responsável pelo trabalho científico de excelência.

Ademais a característica interdisciplinar da bioética impõe a dialética entre as diversas áreas do conhecimento humano, que tenham o ser humano como objeto de estudos, em especial a ciência jurídica e a ciência médica.

Por derradeiro, deve ser considerado o estudo dogmático, pois este é essencial à natureza imperativa da ciência jurídica, já que as normas são abstratas, gerais e obrigatórias, responsáveis por regulamentar as relações sociais dos homens.

---

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **O ensaio como tese**: estética e narrativa na composição do texto científico. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2012.

## CAPÍTULO 1    CONCEPÇÕES TEÓRICAS SOBRE BIOÉTICA, BIODIREITO E DIGNIDADE HUMANA

Ética, bioética e dignidade humana são termos que se completam, resumidamente, sabe-se que ética é um campo do conhecimento humano, que apresenta as dimensões territorial e espacial, modificando-se com a sociedade, que é objeto da análise; bioética é uma ciência inter e multidisciplinar, que aplica os fundamentos éticos às biociências, enquanto que a dignidade humana é a aplicação de conceitos éticos e morais, visando satisfazer as necessidades elementares do indivíduo.

Esses termos se confundem e se completam por esse motivo seu estudo aprofundado foi de fundamental importância na elaboração do presente trabalho.

### 1.1 Bioética e sua interface com o Direito e o Biodireito

A bioética descende da ética filosófica, podendo ser interpretada como uma espécie de ética aplicada. Seu objeto de estudo e suas reflexões foram sendo ampliadas à medida que tecnologia e a biotecnologia foram se desenvolvendo, em especial a partir de 1970. Assim, a bioética surge como uma ciência, que em razão da complexidade da matéria abordada, apresenta característica interdisciplinar.<sup>5</sup>

O avanço tecnológico modificou as relações humanas e antigos conceitos éticos em razão das novas realidades existentes, que permitiu ao ser humano interferir diretamente na natureza e no próprio indivíduo. Grupos que detém conhecimento determinam o modo de agir e intervir na vida dos demais, com consequências para toda a sociedade.

O primeiro a utilizar o termo Bioética foi Fritz Jahr em 1927, na Alemanha. A expressão foi o título de seu artigo publicado na revista *Kosmos*<sup>6</sup>. Jahr desenvolveu a ideia de “imperativo bioético: respeita cada ser vivo em princípio como uma finalidade em si e trata-o como tal na medida do possível”<sup>7</sup>

Contudo quem primeiro utilizou a bioética como campo de estudo foi o oncologista Van Rensselaer Potter em 1970, em artigo publicado na revista *Perspectives in Biology and*

---

<sup>5</sup> FERNANDES, Márcia Santana. **Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual**: relação entre patentes e células-tronco humanas. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>6</sup> JAHR, Fritz. Bio=Ethik: Eine Umschau über die ethischen Beziehung des Menschen zu Tier und Pflanze. *Kosmos*, Stuttgart, v. 24, n. 2, p. 2-4, 1927.

<sup>7</sup> FERNANDES, op. cit.

*Medicine*<sup>8</sup>, que recebeu o nome de *Bioethics. The Science of survival*.<sup>9</sup> No ano posterior esse artigo foi transformado no capítulo inaugural de seu livro *Bioethics. Bridge to the future*.<sup>10</sup>

Potter justifica a escolha do termo pela justaposição dos radicais *bio*, que se refere aos seres vivos, e às ciências biológicas e a *ética*, que faz menção ao conjunto de valores humanos.<sup>11</sup>

A complexidade é ínsita à proposta bioética, vez que envolve questões éticas presentes em uma coletividade heterogênea social e culturalmente. O objetivo da bioética é analisar os dilemas humanos, no ambiente em que estão inseridos.<sup>12</sup>

Além de criar a expressão bioética, outra grande contribuição foi ter percebido que o avanço das biociências, que devido ao crescente número de pesquisas que já havia naquele momento, poderia levar a inovações prejudiciais à sobrevivência humana. Havia, simultaneamente, grandes perspectivas de relevantes contribuições para qualidade de vida humana, porém existia o risco de consequências imensuráveis aos indivíduos e ao ecossistema.

Outro importante auxílio à solidificação do termo e, principalmente, da ciência foi oferecida por André Hellegers, médico obstetra holandês e fundador do *Kennedy Institute of Ethics*, que percebeu que sua evolução, enquanto ciência estava no constante diálogo e confronto entre a ética, a filosofia e a medicina. Confirmando, deste modo, que os aspectos éticos devem ser analisados na prática médica. Hellegers também notou que a bioética necessitava de uma metodologia própria, interdisciplinar, capaz de associar os diversos ramos do conhecimento humano com o escopo de promover a prática das pesquisas e dos procedimentos biomédicos, obedecendo a preceitos éticos e valores morais.<sup>13</sup>

Sendo assim e seguindo a linha de Potter, inicialmente a bioética foi considerada a “ciência da sobrevivência” em um sentido ecológico, que disciplinaria a relação do ser humano com a natureza, interagindo de forma harmoniosa, visando a melhoria das condições de vida, por meio das ciências biológicas, garantido a sobrevivência no planeta de modo equilibrado na intenção de preservar os ecossistemas existentes.

<sup>8</sup> POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: the science of survival. Perspectives in Biology and Medicine*, Baltimore, v. 14, n. 1, p. 127-153, 1970.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Id. *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs. New York: Prentice Hall, 1971.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> FERNANDES, Márcia Santana. *Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual: relação entre patentes e células-tronco humanas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>13</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

Posteriormente o termo passou a ser empregado como a ética biomédica, a ética das ciências da vida.

A *Encyclopedia of bioethics*<sup>14</sup> a conceitua como “[...] o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar.”

O diretor do centro de bioética da Universidade de Montreal, David J. Roy, definiu bioética como sendo um estudo interdisciplinar de todas as condições para que a vida humana seja administrada de modo responsável, em razão da celeridade e da complexidade do conhecimento e da tecnologia biomédica.<sup>15</sup>

A complexidade dos temas abordados pela bioética, inseridos em uma sociedade heterogênea, associada ao seu objetivo, solucionar os dilemas humanos, faz surgir a necessidade de se aglutinar diversas disciplinas, como ética, filosofia, medicina, sociologia, biologia, direito, economia, antropologia, para que seu fim seja alcançado.<sup>16</sup>

Por essa razão a bioética e a sua conexão com o direito exige a utilização do método interdisciplinar, cujo objetivo é promover a interação entre conceitos e experiências de diversas disciplinas, visando estabelecer uma conjunção das diversas formas de conhecimento, desenvolvendo um consenso geral entre os ramos do conhecimento humano. Visa ampliar os conceitos preexistentes por meio de um caminho racional, almejando retomar o pensamento humanista e universal.<sup>17</sup>

Atualmente, o termo bioética se refere à ética existente nas relações médicas, nas ciências da vida, na biotecnologia, na engenharia genética, na embriologia, na ecologia e nas tecnociências. É responsável por estabelecer controles éticos em temas polêmicos como o aborto, a eutanásia, a clonagem, a reprodução assistida, a eugenia, técnicas de biologia molecular com utilização de DNA (como a transgenia) entre outros temas.

Segundo os estudiosos “Bioética é uma ética aplicada, que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada dos dilemas morais por elas apresentados.”<sup>18</sup> Ou ainda: “Bioética é uma nova ciência ética que combina humildade,

---

<sup>14</sup> REICH, Warren T. (Org.), **Encyclopedia of bioethics**. New York: Simon & Schuster : Mac Milan, 1978. v. 1. p. 116.

<sup>15</sup> ROY, David J. La biomédecine aujourd’hui et l’homme de demain. Point de départ et direction de la bioéthique. **Le Supplément**, Paris, n. 128, p. 59-75, mar. 1979.

<sup>16</sup> FERNANDES, Márcia Santana. **Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual**: relação entre patentes e células-tronco humanas. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> CLOTET, Joaquim. **Bioética uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 33.

responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural e que potencializa o senso de humanidade.”<sup>19</sup>

Para Marchetto é muito importante identificar o objeto da análise bioética, vez que o estudo bioético é desenvolvido para tutelar a vida e o modo de viver, este inclusive, para a bioética é superior à própria vida, merecendo especial atenção. A qualidade de vida deve ser preservada e defendida, pois essa é a determinação constitucional, expressa no princípio da dignidade humana, razão pela qual o constante progresso atingido pelas ciências biológicas deve receber vigilância, afinal proporciona melhora substancial na qualidade de vida da população, promovendo a dignidade humana. Contudo as preocupações não se restringem ao modo de viver, influenciando, inclusive, no modo e na qualidade da morte.<sup>20</sup>

A Ética é um dos ramos da filosofia, que tem a Bioética, como uma de suas derivações, sendo a responsável por estudar as questões atreladas à vida humana, cujo principal objeto de estudo é a vida, bem como a morte, por ser essa uma consequência obrigatória da vida.<sup>21</sup>

O conhecimento jurídico e a tecnologia evoluem em velocidade e em modo distintos, cada qual respeitando suas características.

Acredita-se que a Ética contemporânea tenha seu marco inicial na metade do século XIX. Atualmente algumas dicotomias estão presentes, tais como o antigo formalismo e universalismo, substituídos pelo indivíduo concreto, real; o racionalismo absoluto, substituído pelo comportamento humano irracional e a origem do ser humano, que antigamente estava diretamente ligada ao transcendental, ao metafísico, sendo substituída pela origem própria, biológica, evolutiva.<sup>22</sup>

Jean Paul Sartre, principal expoente do existencialismo, aduz que é a existência do ser a responsável por dirigir sua essência, o ser humano é definido por seus objetivos, porque assim determina a natureza humana. A vontade é determinante da conduta humana e também o seu limite. A autonomia permite que a pessoa eleja sua conduta, sem qualquer

<sup>19</sup> POTTER, Van Rensselaer. **O mundo da saúde**, São Paulo, ano 22, v. 22, n.6, p. 372, 1998.

<sup>20</sup> MARCHETTO, Patrícia Borba. A importância da bioética e do biodireito na sociedade atual. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 69, 1 nov. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6606](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6606)>. Acesso em: 19 out. 2012.

<sup>21</sup> SEGRE, Marcos. Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia. In: \_\_\_\_\_.; COHEN, Cláudio. (Org.). **Bioética**. São Paulo: Edusp, 2002.

<sup>22</sup> D'ASSUMPTÃO, Evaldo Alves. **Comportar-se fazendo bioética para quem se interesse pela ética**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

forma de submissão. Sendo assim, os objetivos de um indivíduo vão caracterizar o que ele realmente é.<sup>23</sup>

A Ética e o Direito se relacionam ao longo do tempo, complementam-se, embora não sejam sinônimos, e é essa relação, aliada às ciências biológicas, que conduzem à bioética da responsabilidade, decorrente de sua aplicação prática.

Ciência e tecnologia evoluem constantemente e em ritmo muito acelerado atualmente. Esses são dois campos do conhecimento humano que estabelecem relações mútuas e também na realidade da população, influenciando no cotidiano. A ciência se identifica com a necessidade que o ser humano sente de saber, compreender, analisar, explicar, prever, ou evitar os fenômenos da natureza, enquanto que a tecnologia nasce de outra necessidade humana, a de buscar outros modos capazes de satisfazerem suas necessidades, para tanto se faz necessário a utilização de ferramentas, conhecimentos adquiridos previamente, recursos naturais e até mesmo energia.<sup>24</sup>

O avanço da ciência, em especial a biotecnologia, influencia na vida das pessoas, gerando polêmicas. Necessário, pois, um regramento específico, que delimite a atuação dos profissionais e que proporcione ao sujeito da pesquisa, ou da intervenção, informações a respeito do procedimento a que estará exposto, de suas consequências, riscos e benefícios, mais do que isso, que após uma análise criteriosa dos dados ele concorde a se submeter à intervenção, para o combate de injustiças e a proteção do bem jurídico mais importante, a vida humana digna.

É imperioso afirmar que a Bioética não tem o papel de dificultar o avanço e desenvolvimento da ciência, opostamente, na realidade deve demonstrar algumas mínimas exigências para assegurar que esse desenvolvimento biotecnológico, que rompem com paradigmas e valores assegurados e reconhecidos pela Humanidade, seja compatibilizado com essa nova realidade e com os novos conhecimentos e procedimentos científicos.<sup>25</sup>

Deste modo poderia se afirmar que a bioética nada mais é que a associação das reflexões morais e filosóficas a respeito da vida como um todo e, particularmente, a respeito das práticas médicas, devendo ser incluído também as pesquisas de caráter multidisciplinar que envolva as áreas da filosofia, antropologia, psicologia, sociologia, teologia, medicina,

---

<sup>23</sup> SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. 16. ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2008.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>25</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4193>>. Acesso em: 11 out. 2011.

genética, farmácia, biologia, ecologia, política, direito e todas as demais que tenham por escopo buscar e oferecer soluções para problemas individuais, ou metaindividuais, que sejam relativos à genética, a biotecnologia, a biologia molecular, a medicina, a embriologia, bem como aos demais temas que envolvam os seres humanos, como objeto ou destinatário do estudo que verse sobre a saúde, a vida, a qualidade de vida, a morte, a qualidade de morte, a personalidade, a identidade e a integridade psicofísica, por meio de uma análise e tutela ética, sendo o direito, a ciência responsável por estabelecer limites aos avanços biotecnológicos, ofertando barreiras capazes de salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, preservando-os, inclusive, para as gerações futuras. A bioética pode ser considerada como o estudo da moral, inserida na conduta humana, na área das ciências biológicas, analisando a licitude das condutas e a possibilidade técnica e científica do procedimento.<sup>26</sup>

A bioética é uma arma importantíssima na luta pela valorização da vida humana, da sua dignidade, da liberdade, frente ao biopoder impedindo a eugenia e a coisificação do ser humano. Ela proporciona inevitáveis debates científicos, políticos e jurídicos, vez que vive em constante transformação, especialmente nos dias atuais, cujos temas envolvem ideologias, com valores e identificação cultural.<sup>27</sup>

Três são suas preocupações principais: a prudência no agir humano; a postura ética como base para a conduta de usuários e profissionais biomédicos; os critérios jurídicos que salvaguardem a liberdade humana, a dignidade, a segurança e o bem-estar social.

Os direitos humanos são direitos históricos que originalmente a doutrina dividiu em três dimensões. A chamada primeira dimensão é caracterizada por direitos que fundamentam a liberdade, a segunda dimensão os direitos que fundamentam a igualdade, enquanto que a terceira dimensão de direitos humanos fundamenta o ideal de solidariedade ou fraternidade.<sup>28</sup>

Anteriormente os direitos humanos eram conhecidos como direitos do homem, pois são ínsitos à natureza humana, posto a qualquer representante da espécie, não sendo privilégio de um indivíduo ou grupo determinado.<sup>29</sup>

O avanço do conhecimento humano fez surgir práticas e produtos que alteraram a vida humana e que não estão contemplados em nenhuma das tradicionais dimensões mencionadas.

A sociedade passou a evoluir em um ritmo acelerado com alteração de paradigmas e de práticas científicas e tecnológicas. Nesse contexto surgem os direitos humanos de quarta

---

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>27</sup> LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco. **Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010.

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

<sup>29</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

dimensão, que fundamentam especificamente a evolução biotecnológica e a regularização das alterações surgidas em razão dessa nova realidade.

Os direitos de quarta dimensão são o direito à informação, à democracia e ao pluralismo, dependendo deles a consolidação de uma sociedade próspera, futurista e universal.<sup>30</sup>

Atualmente as discussões sobre o início e a terminalidade da vida, além de manipulação genética e biotecnologia são temas inseridos no rol dos direitos humanos de quarta dimensão, vez que necessitam respeitar os preceitos éticos e jurídicos.

Os problemas decorrentes da evolução biotecnológica devem ser tutelados pela ordem jurídica, para isso é imperioso estabelecer os limites às novas práticas médico-hospitalares, para o desenvolvimento de pesquisas e utilização dos dados obtidos.<sup>31</sup>

A liberdade do avanço científico é relativa, vez que pode colidir com outros valores extremamente relevantes, tais como a dignidade humana, a integridade física e psíquica, ou a própria vida. Todos esses bens jurídicos são protegidos juridicamente, o que denota um conflito de valores. Por essa razão surge a necessidade de se regulamentar práticas dessa natureza, por meio de um regramento próprio, que reconheça as características especiais que envolvam o conflito entre avanço biotecnológico e direitos fundamentais.

Sempre se busca a regulamentação da lei, porque são instrumentos pelos quais os valores são preservados. A ciência jurídica é responsável por organizar a conduta de cada indivíduo, sendo assim o direito desempenha a função de organização das liberdades e promover a educação a valores relevantes.<sup>32</sup>

Diante de tais necessidades nasce o Biodireito, que é conceituado por Jussara Suzi de Assis Borges Nasser Ferreira<sup>33</sup> como o conjunto de normas esparsas, cujo escopo é regular as práticas e interações que se desenvolvem entre as biociências e biotecnologias, objetivando preservar a dignidade humana e a integridade física e moral, expostas ao progresso, que promove conquistas científicas que podem beneficiar, ou não, a vida humana.

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>31</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos humanos de 4ª geração**. 20 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 29 maio 2014.

<sup>32</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Da bioética ao biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998. p. 107-109,

<sup>33</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e biodireito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 2/3, p. 41-63, 1998/1999. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11274>>. Acesso em: 28 maio 2014.

Para que a ordem jurídica consiga promover essa tutela é imperioso que seus preceitos sejam associados aos princípios bioéticos e aos direitos fundamentais, estabelecendo assim o regramento do Biodireito.

A transição da Bioética, que já foi efetivada, para um novo ramo da ciência jurídica, conhecido como Biodireito, não é tarefa fácil, exige grande reflexão e ponderação quanto aos valores que estão envolvidos. O Biodireito não pode ser reduzido apenas à função instrumental, dando-lhe maior amplitude, sem deixar de tutelar interesses específicos.<sup>34</sup>

A Bioética é precedente, pois permitiu o desenvolvimento do Biodireito e simultaneamente auxilia no desenvolvimento de sua práxis, ao estabelecer parâmetros relacionados à realidade. Bioética e Biodireito visam a tutela aos direitos humanos fundamentais, porém por meio de abordagens distintas, mas que se complementam axiológica e socialmente.<sup>35</sup>

Acredita-se que o Biodireito tenha surgido no ano de 1969 por meio da atuação do filósofo Daniel Callahan e do psiquiatra Wilard Gaylin, que receberam denúncias, que descreviam abusos em pesquisas envolvendo seres humanos, após tomarem ciência das violações levaram os fatos ao conhecimento da comunidade acadêmica dando origem à primeiras reflexões nesse sentido.

Inegavelmente o desenvolvimento biotecnológico e da ciência médica fez surgir inúmeros fatos e práticas até então inimagináveis, que passaram a ser fruto de questionamentos de natureza ética e jurídica. O Biodireito nasceu da preocupação dos operadores das ciências biológicas com as consequências éticas e jurídicas de suas condutas.<sup>36</sup>

Trata-se de uma disciplina que apresenta diversas faces como a preocupação com a vida, seu nascimento, desenvolvimento e transformação; as relações intersubjetivas e a relação entre saúde e doença, bem como as relações entre o indivíduo e o meio ambiente.<sup>37</sup>

Há normas com conteúdo afeito ao Biodireito na Constituição Federal, responsável por reconhecer e efetivar as garantias e direitos fundamentais, sendo exemplos a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a saúde e a própria vida humana. O mesmo ocorre no Código Civil ao dispor sobre os direitos de personalidade, com normas que regulam desde o nascimento com vida, disposições sobre o próprio organismo, nome, condição sexual, e todas

---

<sup>34</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 209-216, 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v8/simp1.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2014

<sup>35</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> PARISE, Patrícia Spagnolo. **O biodireito e a manipulação genética de embriões humanos**. Goiânia: Kelps, 2003.

as condições referentes ao ser humano que se estendem ao longo da vida e continuam mesmo após a morte da pessoa. As normas penais, responsáveis por aplicar sanções quando houver infrações como a violação à integridade física, psíquica e moral de outrem, ou em casos mais extremos colocando fim à vida humana, também não podem ser esquecidas.

O Biodireito percorre, portanto, um caminho estreito que baliza o confronto entre o respeito às liberdades individuais e a proibição a abusos contra o indivíduo ou em face de toda a espécie humana.<sup>38</sup>

Maria Cristina Couto Scofano esclarece que o Biodireito é um dos ramos do Direito mais afeito a mudanças, além de estabelecer relações diretas com outros ramos do conhecimento humano, contudo não deve se basear em fundamentos antigos, deve buscar novos horizontes, por meio de uma visão ampla e complexa da realidade. Deve ter características pluralistas promovendo a justiça real, ante o impacto das mudanças. A evolução biotecnológica gera modificações e o Direito é o responsável por estabelecer o equilíbrio nas relações humanas.<sup>39</sup>

André-Jean Arnaud<sup>40</sup> define Biodireito como um ramo do Direito responsável pela teoria, pelo conjunto de leis e jurisprudência referentes à relação entre a conduta humana e as normas que regulam a conduta humana frente aos avanços da ciência médica, biológica e biotecnológica.

Maria Helena Diniz conceitua o Biodireito como o estudo jurídico, que tem por fontes imediatas a bioética e a biogenética, cujo objeto principal é a vida. Estabelece que o avanço científico não pode superar os princípios éticos e jurídicos, nem permitir violações à dignidade humana, ou mesmo modificar o futuro da humanidade, sem obedecer os limites jurídicos.<sup>41</sup>

A Bioética e o Biodireito são institutos distintos e complementares. O Biodireito auxilia nas discussões sobre Bioética e Biomedicina, cabendo à comunidade jurídica, à comunidade acadêmica e à sociedade cumprir as determinações legais, os princípios normativos, os direitos e liberdades fundamentais e os direitos humanos, que são a pedra angular do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>38</sup> SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEXICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

<sup>39</sup> SCOFANO, Maria Cristina Couto. Biodireito, um novo desafio. **Janus**, Lorena, v. 3, n. 4, p. 95-111, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://publicacoes.fatea.br/index.php/janus/article/viewFile/39/42>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

<sup>40</sup> ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

### 1.1.1 A bioética principialista inspirada pelo *Belmont Report*

A evolução da bioética recebeu grande contribuição da família Kennedy, que percebeu a necessidade de financiar pesquisas com pessoas portadoras de necessidades especiais, em razão de doença mental congênita. Essa pesquisa serviu de estímulo para a criação de um instituto voltado para fisiologia da reprodução e para bioética, dando origem, em 1971, ao *The Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*. Posteriormente, em 1979 a instituição foi anexada à Georgetown University e passou a ser denominada *Kennedy Institute of Ethics*.<sup>42</sup>

O *Kennedy Institute of Ethics*, por meio de suas pesquisas, aproximou a bioética das condutas médicas, contribuindo de modo determinante para o desenvolvimento dessa nova ciência.

Importantes pesquisadores tiveram produção associada ao *Kennedy Institute of Ethics*, em especial a obra de T. L. Beuchamp e J. F. Childress, autores de *Principle of biomedical ethics*, fundamental para o principialismo bioético, como será demonstrado.

O desenvolvimento da bioética como ciência, fez nascer a necessidade de elencar quais os princípios fundantes desse novo ramo do conhecimento humano. Preocupado com essa questão, entre os anos de 1974 e 1978, o Congresso norte americano instituiu a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research* com o objetivo de superar conflitos éticos e descrever quais princípios norteariam as pesquisas e os procedimentos envolvendo seres humanos. Como resultado do trabalho desta comissão foi apresentado o relatório, denominado *Belmont Report*, que estabeleceu que a bioética deve se pautar em três princípios fundamentais, que valorizam a pessoa humana, surgidos com base nas necessidades individuais e na natureza humana. São eles: justiça, beneficência e autonomia.<sup>43</sup>

*O princípio da autonomia* estabelece que a vontade do paciente deve ser respeitada pelo profissional da saúde, assim como todas as suas convicções existenciais, como religião e seus valores morais. Também o respeito à sua intimidade, devendo levar em conta suas intenções com o tratamento, sem fazer uso de meios constrangedores a ele.

---

<sup>42</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

<sup>43</sup> Ibid.

Autonomia consiste na capacidade que o indivíduo tem de atuar de modo independente, com conhecimento, sem receber influência ou coação externa. Em razão desse princípio surge a obrigatoriedade da manifestação do consentimento livre e informado.<sup>44</sup>

Pode-se afirmar que o respeito à pessoa, suas convicções, seus valores morais e suas crenças, são parte integrante da autonomia, que só pode ser exercida em um ambiente livre de intromissão. Deve-se agir de modo consciente, sem sofrer qualquer espécie de constrição.

A autonomia pode ser considerada mais que um princípio, um verdadeiro estatuto bioético, pois na sua ausência todos os demais princípios estariam mitigados, visto que a liberdade é o elemento mínimo para qualquer conduta lícita. Baseia-se no primado da moralidade e do respeito mútuo.

*O princípio da beneficência* consiste na busca pelo bem-estar sem causar danos à saúde física e mental do paciente, baseia-se nos ensinamentos de Hipócrates, estabelecendo que todos os tratamentos devem ser usados para a cura da enfermidade, nunca para causar-lhe outro mal ou dano. A beneficência é uma ação feita para o benefício de outrem, busca-se fazer o maior bem possível, sem causar o mal.

O benefício deve ser o objetivo de toda pesquisa e procedimento que envolva seres humanos, não há razões para dispor de recursos técnico, científicos, ou monetários para outro fim, que não promover benefícios ao indivíduo. Abster-se de praticar um malefício não é suficiente, deve promover algum ganho na qualidade de vida, todavia prevenir, ou evitar, mal futuro é exemplo de respeito ao princípio da beneficência.

A nomenclatura benefício é considerada mais adequada que benevolência, pois impõe a consecução do escopo, que é a necessidade de se alcançar efetivamente um bem, enquanto que se fosse feita a opção pelo segundo termo esse objetivo seria ampliado, bastando o desejo, ou intenção, de obter um resultado favorável.<sup>45</sup>

*O princípio da justiça* consiste na máxima aristotélica do igual tratamento aos iguais, a imparcialidade e a igualdade na distribuição dos tratamentos, deve existir uma relação equânime nos riscos, nos encargos e nos benefícios no tratamento à saúde do paciente.

O que se objetiva com tratamento igualitário é ofertar os resultados das pesquisas em favor da sociedade, distribuir as verbas disponíveis para pesquisa de modo justo, a fim de possibilitar sua realização e o aprimoramento do conhecimento científico. A evolução biotecnológica possibilita que novos procedimentos sejam desenvolvidos. Novos

---

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>45</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

procedimentos ampliam as perspectivas de melhoria das condições de vida da população, sendo assim esses procedimentos deverão estar ao alcance daqueles que dele necessitem.

Deste modo, o princípio da justiça não prega que todos sejam tratados de modo idêntico, entretanto aqueles que detenham as mesmas necessidades devem receber as mesmas oportunidades, vez que a ciência evolui com o escopo de promover a ampliação da qualidade de vida da população e não é correto eleger um grupo para ser o destinatário único dos melhoramentos alcançados.

Os benefícios devem ser distribuídos de modo equânime, sem que haja qualquer espécie de discriminação, ou favorecimento, as melhorias devem ser promovidas de modo impessoal.

Posteriormente esse rol de princípios foi ampliado, no ano seguinte, 1979, Tom L. Beauchamp e James F. Childress, publicaram a importante obra intitulada *Principles of biomedical ethics* que incluiu um novo princípio denominado de *não-maleficência*.<sup>46</sup>

**O princípio da não-maleficência** consiste em não cometer um dano intencional e levar em conta, sempre, a ética médica, podendo ser considerado como um princípio complementar ao princípio da beneficência.

Impõe ao agente o dever de se abster de causar, ou agravar, intencionalmente a condição do sujeito da pesquisa ou do procedimento que envolva seres humanos, afinal essa conduta lesiva é uma afronta à ética, à moral e à dignidade humana.

Esse conjunto de princípios, de origem norte americana, recebeu o nome de principialismo e teve grande importância para os estudiosos da bioética, inclusive servindo como paradigma ético para todos que trabalham na área da saúde, sendo considerados referências prático-profissionais para auxiliar e justificar decisões práticas que deveriam ser tomadas.<sup>47</sup>

O avanço da bioética mostrou que essa visão principialista devia sofrer modificações, tanto porque outros valores deviam ser tutelados, quanto por ser muito simplista e restringir uma ciência multifacetada, como a bioética, a um diminuto grupo de princípios.

Nesse contexto, a bioética evoluiu, novas modalidades de tutela passam a ser debatidas e conquistam espaço nesta ciência multidisciplinar.

---

<sup>46</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James Franklin. **Principles of biomedical ethics**. New York: Oxford University, 1979.

<sup>47</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

### 1.1.2 A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos: um modo mais humano de interpretação

A Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura - UNESCO, percebeu a necessidade de elaborar um documento para normatizar as condutas sobre Bioética e Direitos Humanos em âmbito universal.

A ideia foi apresentada na Mesa Redonda de Ministros da Ciência sobre Bioética, em outubro de 2001. Na mesma oportunidade a ideia foi ratificada e o Diretor-geral da UNESCO foi convidado a elaborar um estudo técnico que demonstrasse a viabilidade da elaboração de normativa universal sobre Bioética.

O *International Bioethics Committee* (IBC) foi incumbido de realizar o estudo e no período de dois anos realizou a tarefa que lhe fora confiada, no ano de 2003 chegou ao relatório final, concluindo pela possibilidade de elaboração de um documento universal sobre Bioética, conclusão que em seguida foi confirmada pelo *Intergovernmental Bioethics Committee* (IGBC).<sup>48</sup>

Posteriormente o IBC elaborou uma versão preliminar do texto, estruturada em três fases, foram elas: a) consulta ampla acerca dos objetivos e estrutura da normativa aos principais atores (Estados, comitês nacionais de bioética, organismos intergovernamentais, organizações não-governamentais e especialistas nacionais); b) elaboração de um documento preliminar, baseado nas consultas e c) elaboração do texto definitivo, auxiliado por peritos governamentais.

Outras Agências das Nações Unidas também auxiliaram na confecção das consultas e a UNESCO também organizou conferências com diversos especialistas em muitos países como Argentina, Coréia do Sul, Holanda, Indonésia, Portugal, Rússia, Turquia, entre outros.

Com o término das consultas e a elaboração do documento prévio da normativa, após diversos encontros e consultas internas nacionais e internacionais, o instrumento preliminar da Declaração foi elaborado.

A UNESCO determinou a realização de duas reuniões com peritos indicados pelos países membros. As duas reuniões foram realizadas em 2005, sendo que a segunda contou

---

<sup>48</sup> UNESCO. **Towards Declaration on Universal Norms on Bioethics:** progress report january 2005. Paris, 2005. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/bioethics\\_declaration\\_jan2005.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/bioethics_declaration_jan2005.pdf)>. Acesso em: 3 maio 2014.

com a participação de especialistas de 90 países, que culminou com a adoção da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH).<sup>49</sup>

A *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights* teve sua elaboração caracterizada por um exaustivo debate. Seu texto contém vinte e oito artigos, estruturados em seis partes, divididas em: preâmbulo, disposições gerais, princípios, aplicação dos princípios, promoção da declaração e disposições finais.

A Declaração é um documento de conteúdo principiológico estabelecendo as linhas mestras, dentro das quais será lícito aos países estabelecerem as normas que versem sobre questões bioéticas.

O texto apresenta cláusulas gerais, que conferem ao intérprete a missão de adequar a norma à realidade, cabe ao aplicador a missão de delimitar seu verdadeiro alcance e sentido, contudo a interpretação respeitará os limites estabelecidos pelos Direitos Humanos e por valores éticos.

Para efetivação do conteúdo desses princípios é fundamental que o intérprete seja dotado de valores humanísticos, vez que o aplicar desempenha função essencial para o sucesso da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

### 1.1.3 Os princípios da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e sua relação com a com a Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde

O respeito ao ser humano é a essência da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e se manifesta nos quinze princípios que a compõem: a) dignidade humana e direitos humanos; b) benefícios e danos; c) autonomia e responsabilidade individual; d) consentimento; e) pessoas incapazes de consentir; f) respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal; g) vida privada e confidencialidade; h) igualdade, justiça e equidade; i) não discriminação e não estigmatização; j) respeito pela diversidade cultural e do pluralismo; k) solidariedade e cooperação; l) responsabilidade social e saúde; m) compartilhamento dos benefícios; n) proteção das gerações futuras; o) e proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> UNESCO. **Towards Declaration on Universal Norms on Bioethics:** progress report january 2005. Paris, 2005. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/bioethics\\_declaration\\_jan2005.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/bioethics_declaration_jan2005.pdf)>. Acesso em: 3 maio 2014.

<sup>50</sup> Id. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.** Lisboa, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2014.

No Brasil, o Conselho Nacional de Saúde (CNS), em sua 240ª Reunião Ordinária, realizada no mês de dezembro de 2012 aprovou a Resolução n. 466/2012, que foi publicada em 13 de junho de 2013 no Diário Oficial da União. A resolução versa sobre pesquisas e testes em seres vivos e substituiu a Resolução n. 196/1996, que foi a primeira a tratar sobre o tema.

A resolução estabelece diretrizes éticas e científicas semelhantes às abordadas pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, incorporando referenciais bioéticos relevantes, como a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a equidade, dentre outros, cujo escopo é assegurar os direitos dos sujeitos da pesquisa.<sup>51</sup>

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos foi determinante para a elaboração da Resolução n. 466/2012, que aborda no item III os aspectos éticos da pesquisa, enquanto que o diploma internacional faz referência à *dignidade humana* e aos *direitos humanos*, demonstrando a preocupação desse instrumento normativo com respeito às garantias e as liberdades fundamentais, em sua totalidade. Mais que isso, visa assegurar que os interesses do indivíduo e o seu bem estar, deverão ter prioridade em relação ao interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

A Declaração também busca assegurar que os *benefícios diretos e indiretos*, devem ser maximizados. Este princípio é uma nítida herança dos ensinamentos conquistados por meio do *Belmont Report*, em clara alusão ao princípio da beneficência, igualmente reconhecido no item V da Resolução n. 466/2012. Contudo não basta a existência de benefícios é fundamental a *minimização de qualquer dano possível*, em especial quando esse dano advém da aplicação e do avanço do conhecimento científico, ou mesmo de práticas médico-hospitalares, bem como de tecnologias associadas, outra evidente referência ao principialismo bioético e ao princípio da não-maleficência.

O indivíduo é o principal ator nas relações bioéticas e jurídicas e, por essa razão a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos impõe que a *autonomia* deve ser respeitada. A pessoa é livre para decidir, sempre que sua *responsabilidade individual* puder ser considerada e sua conduta individual respeitar a autonomia dos demais. Aqueles que não são capazes de exercer sua autonomia devem ser objeto de proteção, por meio de medidas especiais para garantir seus direitos e interesses.

---

<sup>51</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Publicada resolução 466 do CNS que trata de pesquisas em seres humanos e atualiza a resolução 196**. 14 jun. 2013. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/ultimas\\_noticias/2013/06\\_jun\\_14\\_publicada\\_resolucao.htm](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2013/06_jun_14_publicada_resolucao.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

A autonomia do indivíduo só pode ser respeitada quando qualquer procedimento médico preventivo, diagnóstico ou terapêutico for antecedido por uma manifestação de vontade, por um consentimento livre e esclarecido do sujeito. Para que o consentimento seja válido é fundamental que a informação seja adequada, pois só assim será capaz de consentir.

O indivíduo pode manifestar seu consentimento ou retirá-lo a qualquer momento, independentemente de justificativas, sem sofrer qualquer prejuízo ou preconceito em razão de sua atitude.

Esse princípio comporta exceções apenas quando os fatos concretos exigirem sua relativização, a conduta deve seguir os padrões legais e éticos impostos pela sociedade local e em comunhão com as disposições da Declaração e com os direitos humanos.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos dispôs sobre os *indivíduos incapazes para consentir*, hipótese em que deve haver especial proteção à autorização, que deve ser obtida vislumbrando o real e melhor interesse do sujeito, respeitando a legislação nacional. Dentro dos limites de sua capacidade o indivíduo que será exposto à prática médica, ou à pesquisa, deve participar do processo de decisão sobre consentimento, bem como de sua retirada.

A autonomia também recebeu atenção especial da Resolução n. 466/2012, que dedicou o item IV ao termo de consentimento livre e esclarecido com todas as suas particularidades, inclusive com referência aos indivíduos incapazes para consentir, inclusive inovando ao reconhecer, no item c.2, a Diretiva Antecipada de Vontade como modalidade de consentimento livre e esclarecido.

O *respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade individual* também mereceu atenção especial do diploma internacional, que prescreveu que a vulnerabilidade humana será considerada na aplicação do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas, bem como no seu desenvolvimento.

Pessoas ou grupos de vulnerabilidade específica são merecedores de proteção, seja referente à integridade individual, ou às necessidades específicas de cada grupo.

Todo sujeito exposto à prática médica ou pesquisa deve ter sua *privacidade e a confidencialidade* de suas informações respeitadas. As informações prestadas não devem ser utilizadas para fins diversos daqueles para os quais foram coletados de modo consentido, bem como não devem ser reveladas para terceiros que não participam do processo, com respeito à legislação e aos direitos humanos.

Outra evidente homenagem da Declaração Universal ao *Belmont Report* é a preocupação em defender a *igualdade, justiça e equidade*.

Não existe dignidade ou ordem jurídica sem a prescrição e a busca pela efetivação da igualdade fundamental entre as pessoas. Todos merecem ser tratados de forma justa e equitativa.

O diploma internacional prevê a **não-discriminação e não-estigmatização**, pois nenhuma razão é capaz de ensejar a discriminação ou estigmatização de uma pessoa ou de um grupo, essa conduta é uma evidente afronta à ordem jurídica, aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

O **respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo** recebeu da Declaração Universal sobre a Bioética e os Direitos Humanos a consideração necessária. Contudo, a diversidade cultural e o pluralismo não podem ser instrumento de violação de liberdades fundamentais, da dignidade humana e dos direitos humanos.

O diploma universal estabeleceu que a **solidariedade humana e a cooperação internacional** devam ser estimuladas e seu desenvolvimento deve ser incentivado.

A **responsabilidade social e a promoção da saúde** são defendidas pela Declaração por acreditar que estes elementos devam ser o escopo do Estado, em comunhão ao desejo da sociedade, pois são direitos fundamentais de todo ser humano, independentemente de etnia, inclinação política, credo, condição socioeconômica.

O desenvolvimento biotecnológico deve promover a acessibilidade aos cuidados de saúde, de modo integral, vez que a saúde é essencial à vida, sendo um bem social, além de serem considerados como direitos fundamentais.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos se preocupa com o **compartilhamento de benefícios**, o que pode ser considerado uma extensão dos princípios da beneficência e da justiça, previstos no princípalismo bioético. Este princípio prevê que os benefícios adquiridos por pesquisas devam ser compartilhados com a toda a sociedade, promovendo o acesso aos cuidados de saúde, novas modalidades diagnósticas e terapêuticas ou de produtos, serviços de saúde.

A **proteção às gerações futuras** é outra importante preocupação da Declaração Universal, afinal o desenvolvimento das biociências produzem impacto sobre a vida das futuras gerações, influenciando inclusive em sua constituição genética, razão pela qual merece proteção.

O último princípio elencado na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos é a **proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade** essa proteção existe devido a relação íntima que existe entre o ser humano e as demais formas de vida, o indivíduo não existe isoladamente, vez que é imprescindível à vida humana a utilização dos

recursos biológicos, para isso a biosfera e a biodiversidade, obrigatoriamente, precisam ser preservadas.

## 1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Conforme vimos, o respeito à dignidade da pessoa humana é tema de grande importância para o Direito e para Bioética, bem como à própria vida e, por que não, à morte digna. Analisando-se a validade do emprego de técnicas científicas para o prolongamento artificial de vidas, fornecendo uma contribuição jurídica, assim como uma reflexão sobre a importância dessa valiosa garantia constitucional.

O termo *pessoa* recebe diversos significados, o principal deles deriva da interação do homem e as diversas relações que estabelece com o mundo e consigo, trata-se de uma derivação do termo latino *persona*, cujo significado é máscara, remetendo à acepção de personagem. Com o desenvolvimento do conhecimento, em especial com as contribuições de Descartes, o valor semântico do termo passa a estar cada vez mais associado à relação, principalmente autorrelação, considera-se o Eu como sendo a consciência, que é analisado segundo uma identidade pessoal, a vida consciente do Eu de modo único e contínuo.<sup>52</sup>

Pessoa, no sentido técnico-jurídico, refere-se a todo ser capaz de contrair obrigações, sujeito de direitos e deveres, diferenciando-o de coisa, que é o objeto da relação jurídica. O indivíduo apenas se tornará pessoa, por meio da investidura da personalidade.<sup>53</sup>

A *Magna Carta* ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana, estabeleceu o valor semântico de ser humano ao vocábulo pessoa e não no sentido de pessoa previsto na lei civil, que abarcaria apenas os indivíduos capazes de contrair obrigações, conforme dispõe o art. 2.º, ao afirmar que a personalidade tem início com o nascimento com vida, embora o ordenamento jurídico preserve os direitos do nascituro.

Para que o nascituro exerça subjetivamente seu direito está subordinado a uma condição, o nascimento com vida.<sup>54</sup>

A Constituição Federal é mais abrangente ao tutelar a dignidade da pessoa humana, amplia sua proteção a toda a humanidade, tenha o indivíduo personalidade, adquirida pelo nascimento com vida, seja o nascituro, titular de expectativa de direitos, que apenas serão exercidos em nome próprio após seu nascimento.

<sup>52</sup> GARCIA, Maria. A pessoa do paciente e a dignidade humana. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>53</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

<sup>54</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

A fonte ética dos direitos, liberdades e garantias pessoais, sociais, culturais e econômicas é a dignidade de todas as pessoas, o ser humano está inserido em um mundo plural, que sofre constantes mutações e conflitos, cujos interesses e desafios são antagônicos, sendo assim somente por meio da dignidade pessoal é possível estabelecer as ponderações necessárias ao equilíbrio dos interesses humanos.<sup>55</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser conceituado de modo fixo e definitivo, vez que pode ser considerado como uma categoria axiológica aberta a diversas interpretações e conceituações.<sup>56</sup>

A impossibilidade de fixar um conceito se dá em razão da dignidade da pessoa humana não ser somente um direito subjetivo, mas uma qualidade ínsita e universal ao ser humano, que independe de fatores externos, sociais ou geográficos, tais como etnia, condição socioeconômica, condição sexual, idade ou qualquer outro requisito. A dignidade não surge em razão da ordem jurídica, esta apenas a reconhece e protege contra violações de qualquer natureza.<sup>57</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado o núcleo axiológico constitucional, influenciando todo o ordenamento jurídico com seus valores e efeitos, segundo o qual o ser humano deve ser respeitado sobre todos outros interesses, sendo sua proteção a razão primordial do Estado e do Direito.<sup>58</sup>

Sendo assim a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como principal valor humano, devendo contagiar todas as demais normas do ordenamento jurídico, sem distinção de qualquer natureza entre os indivíduos, sendo a mesma em todos os lugares e para todas as pessoas, cabendo ao ordenamento jurídico a missão de promovê-la, tutelá-la e garantir sua efetivação por meio de normas jurídicas infraconstitucionais.<sup>59</sup>

A dignidade humana, valor essencial da pessoa no plano jurídico, pode ser considerada a razão de diversos direitos fundamentais, como o próprio direito à vida, assim como o direito à liberdade; à igualdade; à integridade física e o direito à integridade psíquica. Para que o ser humano exerça sua cidadania necessita que suas necessidades mínimas sejam satisfeitas. As condições elementares para o equilíbrio físico, mental e social devem ser efetivadas. Esse direito ao mínimo existencial não constará expressamente na ordem jurídica

---

<sup>55</sup> MIRANDA, Jorge. A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 45, p. 81-91, 2003.

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

<sup>57</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

<sup>58</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>59</sup> NOVELINO, op. cit.

constitucional, mas deve ser reconhecido e tutelado, vez que é o cerne dos direitos fundamentais e seu conteúdo diz respeito às condições mínimas para vida humana. O conceito de dignidade humana não pode ser conceituado, ou mesmo elencado em um rol de direitos em razão de sua mutabilidade temporal e geográfica.<sup>60</sup>

Flávia Piovesan<sup>61</sup> assevera que toda Constituição deve ser interpretada como um conjunto unitário que traz consigo um sistema normativo em que determinados valores, devem receber tratamento diferenciado, assim é feito com relação à dignidade humana, pois se trata de um valor supremo e fundamental, capaz de conferir uma feição particular à ordem constitucional. A dignidade da pessoa humana é responsável por conferir conteúdo axiológico ao sistema jurídico.

Ingo Sarlet<sup>62</sup> define a dignidade da pessoa humana como uma qualidade inerente e diferenciadora dos seres humanos, sendo a razão pela qual o indivíduo se torna merecedor de respeito e consideração da comunidade em que está inserido e também do Estado. Essa condição especial tem por consequência o surgimento de um complexo de direitos fundamentais, decorrentes de suas necessidades básicas e deveres, capaz de tutelar o indivíduo contra condutas degradantes e tratamentos e situações desumanas, oferecendo-lhe respeito às necessidades mínimas para vida saudável.

Barroso<sup>63</sup> conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo um conjunto de valores que auxiliam no processo de civilização e humanização. A dignidade tem seu conteúdo jurídico conexo aos direitos fundamentais, caracterizado por elementos individuais, políticos e sociais. Seu componente essencial é representado pelo mínimo existencial, que corresponde às necessidades elementares, fazendo referência às condições de subsistência física e material, indispensáveis ao exercício da liberdade e da vida, distinta da mera sobrevivência.

Flávia Piovesan<sup>64</sup> salienta a dignidade da pessoa humana é um valor que representa o elemento nuclear básico do ordenamento jurídico, auxiliando na hermenêutica constitucional, pode ser considerado como um superprincípio constitucional, uma regra anterior e superior ao

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. dez. 2010. (mimeo.).

<sup>61</sup> PIOVESAN, Flávia C. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 51/52, p. 81-102, jan./dez. 1999.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>64</sup> PIOVESAN, Flávia C. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 23, n. 70, p. 34-42, jul. 2003.

próprio ordenamento contemporâneo, proporcionando um sentido especial, unitário e racional.

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como o auge axiológico da Constituição Federal, que é o âmago da tutela jurídica, o que demonstra a importância da efetividade deste princípio.<sup>65</sup>

Sem essas garantias a pessoa perderia a condição de ser humano e se tornaria um animal como outro qualquer, a mercê da natureza. Por possuí-las, torna-se responsável pela promoção da participação ativa nos destinos da existência humana e da vida com os demais seres humanos, com os quais se relaciona, sendo ainda, corresponsável por essa participação e pela promoção social.

Nas lições de Kant quando se analisa as finalidades, qualquer atuação apresenta um custo, mas também terá uma dignidade. Se alguma coisa tem um valor ela poderá ser substituída por qualquer outra coisa que apresente um valor similar, todavia quando uma coisa é valorada em parâmetros superiores a todas as outras que lhe são semelhantes, acima de todo preço, não existe a possibilidade de se encontrar equivalente, nessa situação é possível afirmar que ela tem dignidade. É isso que ocorre quando o objeto de análise é o direito à vida, o direito à integridade física, à honra, à integridade psíquica, à privacidade e tantos outros que são considerados essenciais. Na ausência de reconhecimento desses direitos mínimos não há a concretização da dignidade humana, esses direitos são tão importantes que ao indivíduo não é permitido dispô-los. Nessa hipótese a consequência lógica será a redução de sua condição humana.<sup>66</sup>

A dignidade humana percorre integralmente o ordenamento jurídico e impõe à hermenêutica critérios de valoração, sendo considerada prioridade absoluta sobre os demais valores, ainda que necessite de ponderação, vez que não há valor absoluto, sendo sempre possível sofrer limitações. Elas limitações são possíveis quando um valor fundamental se contrapõe a outro valor também fundamental de ordem constitucional.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A responsabilidade civil em face do abandono afetivo e a problemática do quantum indenizatório. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 5, n. 1, p. 234-249, jul. 2012. Disponível em: <[www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/165/113](http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/165/113)>. Acesso em: 16 jul. 2014.

<sup>66</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

<sup>67</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

O respeito à dignidade humana, posto na Constituição Federal<sup>68</sup>, como um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito é o âmago de todo o ordenamento jurídico pátrio.

O ser humano deve ser plenamente respeitado, tanto enquanto pessoa, como também sua personalidade e sua dignidade. Seu valor é superior a qualquer outra garantia, mesmo sendo ela constitucional, como por exemplo, o direito à pesquisa científica ou tecnológica.

Este é o motivo da bioética e do biodireito combaterem condutas conflitantes com essa garantia, pois se fosse permitido o homem seria reduzido à condição de coisa, o que é inadmissível, pois seria a negação da sua dignidade e sua personalidade.

Também não se deve pregar a proibição total das pesquisas, uma vez que levaria a consequências maléficas com a estagnação tecnológica e do conhecimento, o que se pretende é equilibrar e normatizar os estudos e pesquisas atuais e futuros, para que se evite o desrespeito à condição humana, o que se combate é o avanço a todo e qualquer custo, sem um prévio estudo de suas reações.

A dignidade não é apenas um valor moral, mas também espiritual ínsito aos seres humanos. Sua manifestação está presente, especialmente, em sua autonomia, por meio da autodeterminação consciente e responsável em seu cotidiano, como imposição da vida. Imposição a todas as pessoas para que respeitem esses valores tidos como superiores, vez que constituem as condições mínimas que o sistema jurídico deve assegurar.

Esses valores superiores, essenciais são, portanto, invioláveis. Caso surja a necessidade de alguma limitação ao exercício de direitos fundamentais, deverá ser feita de modo excepcional, preservando a estima que todo indivíduo merece em razão de sua condição especial, pois se trata de um ser humano.<sup>69</sup>

A dignidade humana compreende o maior valor do ordenamento jurídico, por essa razão atrai para si o conteúdo dos demais direitos fundamentais, inclusive o direito à vida. Esse princípio foi criado para ser “[...] referência constitucional unificadora de todos os demais direitos fundamentais.”<sup>70</sup> Quando se pretende conceituar a dignidade da pessoa humana, deve-se intensificar a valoração normativo-constitucional que se faz, não basta limitá-la à defesa de direitos pessoais, vez que ela é muito mais ampla, pois abarca também direitos metaindividuais, como os direitos sociais.

---

<sup>68</sup> BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado, 1988. art. 1. inciso III.

<sup>69</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

<sup>70</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105.

A dignidade humana é uma verdadeira garantidora das condições mínimas de existência humana; é o direito do ser humano ser tratado como homem e não como um bem qualquer, como uma coisa; é o reconhecimento da superior proteção da vida humana sobre todas as demais.<sup>71</sup>

Deste modo, mais do que uma dotação natural, ou mesmo um valor, a dignidade da pessoa humana é a consequência de uma formação e desenvolvimento pessoal que tiveram êxito.<sup>72</sup>

### 1.3 Breves comentários sobre direitos da personalidade

Os direitos da personalidade podem ser considerados cláusulas gerais de proteção à pessoa, vez que não se preocupam em descrever conduta, mas estabelecer diretrizes, valores e parâmetros para interpretação.<sup>73</sup> O intérprete terá discricionariedade quanto à interpretação, que será mais ampla quanto maior for a imprecisão conceitual da norma a ser interpretada.<sup>74</sup> Deste modo, a proteção à pessoa está alicerçada em três princípios constitucionais fundamentais, quais sejam: dignidade da pessoa humana; solidariedade social; e isonomia, ou igualdade em sentido amplo.<sup>75</sup>

O direito da personalidade não tem por objeto o sujeito que é seu titular, ou mesmo a coletividade que integram o polo passivo de uma obrigação passiva *erga omnes*, mas os bens que em razão da valoração de seus atributos e qualidades, que podem ser físicas ou morais, o tornam merecedores de individualização e proteção especial.<sup>76</sup>

A pessoa merece receber prioridade de tutela, vez que possui o bem mais valioso e razão principal de proteção do ordenamento jurídico. Sua posição é basilar, estando exposta a inúmeras situações existenciais, que necessitam constantemente de guarida, em especial em virtude de situações novas e inesperadas que se apresentam.<sup>77</sup>

Os direitos da personalidade tem por escopo proteger a pessoa em face de qualquer outro bem material ou imaterial, ou ainda servem como tutela em conflitos de valores.

<sup>71</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>72</sup> SCHOTSMANS, Paul T. O homem como criador? Desenvolvimentos na genética humana e os limites da autodeterminação humana. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, n.1, p. 11-33, 2002.

<sup>73</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>74</sup> CAPPELLETI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993.

<sup>75</sup> TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7590>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>76</sup> TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

<sup>77</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

São direitos que se confundem com a pessoa de seu titular, o direito ao corpo, à privacidade, à imagem, entre outros.<sup>78</sup> O corpo, embora externo ao indivíduo, compõe o sujeito e suas particularidades, portando é integrante da personalidade.<sup>79</sup>

Há um vínculo estreito entre os direitos da personalidade, os direitos humanos e os direitos fundamentais, embora não sejam sinônimos. Assim, atribui-se a origem dos direitos associados à personalidade ao início do constitucionalismo, com a promulgação das primeiras Constituições no século XIII.<sup>80</sup>

Os direitos da personalidade foram pela primeira vez positivados, de modo específico, pela Lei Romena, no ano de 1895.<sup>81</sup> Seguido pelo código alemão<sup>82</sup>, em 1900 e o Código Civil suíço em 1907<sup>83</sup>, todos com preocupação de tutelar o nome.

O Código Civil Italiano de 1942 amplia a abrangência normativa dos direitos da personalidade, passando a tutelar o direito ao nome, ao pseudônimo, ao próprio corpo e à imagem.<sup>84</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 foi outro documento essencial para sistematização dos direitos da personalidade, vez que consagrou direitos fundamentais como o direito à vida, saúde e ao bem estar, igualdade, liberdade, honra, justiça, propriedade, liberdade manifestação de pensamento, liberdade religiosa, propriedade, ao sigilo, asilo, desenvolvimento da personalidade, entre tantos outros que não foram expressamente definidos.<sup>85</sup>

Nem todos os direitos apresentados na declaração, embora sejam fundamentais, são direitos da personalidade, visto que alguns têm conteúdo patrimonial, como é o caso da propriedade, contudo a maioria dos direitos fundamentais são também direitos da personalidade, como o direito à vida, à saúde e bem estar, honra, liberdade religiosa e os demais que estão ligados de modo ínsito à condição humana.

<sup>78</sup> NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. A pessoa natural e a relativização dos direitos da personalidade. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. (Org.). **O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antonio Junqueira de Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>79</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O corpo entre a vida e a morte. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 6 fev. 1997. Tendências/Debates. p. 3.

<sup>80</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>81</sup> FRANÇA, Limongi Rubens. Institutos de proteção à personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 57, n. 391, p. 20-25, maio 1968.

<sup>82</sup> MALLETT, Estevão. O novo código civil e o direito do trabalho. **Revista da Amatra II**, São Paulo, v.4, n. 8, p. 22-29, 2003.

<sup>83</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2006.

<sup>84</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes, 1961.

<sup>85</sup> NUNES, op. cit..

O respeito à dignidade da pessoa humana é condição basilar para os direitos da personalidade. Ascensão esclarece que as feições da dignidade são a essência dos direitos da personalidade.<sup>86</sup>

Alguns direitos da personalidade apresentam características de direito público, como, por exemplo, os direitos da liberdade civil e outros têm características de direito privado, vez que satisfazem interesses diretos dos sujeitos, quais sejam: o direito à vida, à honra, à liberdade e à integridade física.<sup>87</sup>

O Código Civil brasileiro também dedicou atenção especial aos direitos da personalidade ao atribuir onze artigos à tutela da personalidade.

O diploma civil afirma inicialmente que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis.<sup>88</sup> Esses direitos não poderão ser afastados exclusivamente por atos de vontade,<sup>89</sup> mas podem ser relativizados, conforme estabelece o enunciado n. 4 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.<sup>90</sup>

O direito à integridade física é uma garantia de proteção à vida humana, pois pode ser alvo de uma conduta que atinja diretamente a unidade biológica que compõe a pessoa, ou indiretamente, atacando os aspectos que orbitam a unidade biológica, visto que a pessoa é um ser biopsicossocial.<sup>91</sup>

O Código Civil resolveu complementarmente à integridade física, tutelar expressamente o direito do paciente como um dos direitos da personalidade ao estabelecer que ninguém deve ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a procedimento médico-hospitalar.<sup>92</sup>

<sup>86</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 93-115, 2006.

<sup>87</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

<sup>88</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2014. Art. 11: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

<sup>89</sup> TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7590>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>90</sup> ENUNCIADO n. 4 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

<sup>91</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2007. t. 3. v. 1.

<sup>92</sup> BRASIL, op. cit. Art. 15: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

É evidente o interesse do legislador em respeitar a liberdade e autonomia do paciente, reconhecendo-os como direitos da personalidade. Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>93</sup> ensina que a liberdade é manifestação da identidade, capaz de reconhecer que um determinado indivíduo é um ser humano.

A pessoa é responsável por si mesma, sua liberdade e vontade são responsáveis por conduzir sua própria vida, por meio da autodeterminação, elegendo os valores que lhe são mais caros, segundo uma escala de valores própria, que irão nortear suas condutas e escolhas. Suas opções são determinantes para configuração da personalidade, que deve estar em harmonia com valores sociais e jurídicos.<sup>94</sup>

A integridade psíquica pode ser considerada o valor mais abrangente da personalidade, ambas não podem ser dispostas, salvo quando a ponderação de valores e os motivos de saúde, associados às estimas do interessado, induzam à conclusão contrária, permitindo sua relativização, por meio de manifestação livre e consentida, com o escopo único de tutelar os interesses da pessoa.<sup>95</sup>

Assim o consentimento, que é manifestação autônoma de vontade, está vinculado aos direitos da personalidade, sendo lícita sua relativização desde que sejam obedecidas as imposições referentes à ponderação de valores.<sup>96</sup>

Essa é a razão pela qual o ordenamento jurídico permite a prática de intervenções médicas em pacientes, sendo que tal prática macula a integridade física e algumas vezes psíquica do interessado, todavia a submissão de uma pessoa à obstinação terapêutica torna-se uma afronta aos direitos da personalidade.

Não é sem propósito afirmar que a recusa a práticas médicas fúteis seja um meio de assegurar o respeito à dignidade da humana que é o princípio cardeal dos direitos da personalidade.

---

<sup>93</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota; PINTO, Paula Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

<sup>94</sup> SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

<sup>95</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

<sup>96</sup> NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. A pessoa natural e a relativização dos direitos da personalidade. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. (Org.). **O direito e o futuro da pessoa**: estudos em homenagem ao professor Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2011.

## 1.4 Deliberação moral

Entende-se por deliberação de conflitos éticos a ponderação entre valores e deveres presentes no fato concreto, seu escopo é dirimir o conflito moral, por meio da dialética entre os envolvidos, alcançando uma solução ponderada e prudente. Para tanto não se objetiva a solução ideal, mas razoável, distanciada da visão idealista, ou utilitarista, mas sim uma visão crítica.<sup>97</sup>

A deliberação não é afeita à abstração, faz a análise do problema prático, valora prudentemente as condutas, mas não trata os conflitos éticos existentes como dilemas, que devam ser estatisticamente analisados, aferindo matematicamente os prós e contras de cada argumento.<sup>98</sup>

Os profissionais devem estabelecer diálogos interpessoais, para que ocorra um aperfeiçoamento do pensamento e se alcance uma decisão. As diferentes realidades colocadas à prova auxiliam no aprimoramento moral, vez que o choque entre as diversas experiências de cada envolvido confere a possibilidade de uma conduta mais ampla.<sup>99</sup>

Ocorre um problema ético quando dois valores morais estão em conflito, são dois deveres que colidem e o profissional deve solucionar a situação, porém nem sempre é possível saber qual a solução mais adequada.<sup>100</sup>

Soluções morais é o modo de dirimir problemas éticos, porém a resposta não é única, diversas possibilidades são apresentadas, seu teor é variável, algumas mais radicais outras menos. Excetuando-se as soluções extremas, todas as outras são consideradas soluções prudentes, portanto adequadas sob o prisma da deliberação.<sup>101</sup>

A deliberação é o caminho mais saudável quando o profissional da saúde está diante de um conflito em que não é possível encontrar respostas teóricas para o problema ético prático que enfrenta. Nessa situação a deliberação o auxilia na busca de uma solução, que embora não seja ideal, será adequada por ser prudente e ponderada.<sup>102</sup>

Esse procedimento pode ser utilizado com sucesso tanto na comunicação de uma terapia a um paciente, no momento de informação de um procedimento, ou terapia, médico hospitalar, bem como para auxiliar na tomada de decisão, seja o enfermo decidindo sobre sua

<sup>97</sup> ZOBOLI, Elma. Tomada de decisão em bioética clínica: casuística e deliberação moral. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 3, p. 389-396, 2013.

<sup>98</sup> GRACIA, Diego. Moral deliberation: the role of methodologies in clinical ethics. **Medicine Health Care and Philosophy**, Dordrecht, v.4, n.3, p. 223-232, 2001.

<sup>99</sup> POSE, Carlos. **Lo bueno y lo mejor**: introducción a la bioética médica. Madrid: Triacastela; 2009.

<sup>100</sup> ZOBOLI, op. cit.

<sup>101</sup> POSE, op cit.

<sup>102</sup> ZOBOLI, op. cit.

adesão ou recusa ao tratamento, seja ao médico para respeitar a autodeterminação do paciente e direcionar sua conduta a práticas alternativas, permeadas de valores éticos e morais.

### **1.5 Evolução histórica da bioética e da tutela da autonomia do paciente**

A bioética tem sua origem muito ligada aos direitos dos pacientes e dos sujeitos de pesquisas, que eram expostos a práticas lesivas, degradantes e prejudiciais, sem que houvesse qualquer preocupação com a sua proteção, ou tivessem a garantia de serem informados a respeito das práticas biomédicas a que eram submetidos.

Contudo a preocupação em resguardar direitos fundamentais dos pacientes não é recente. Nesse contexto destaca-se o direito à informação e ao consentimento sobre os riscos e benefícios a que se expõe, para só assim aderir, ou recusar, um procedimento médico-hospitalar. Mais que esclarecê-lo, é necessário que o sujeito manifeste, de modo livre e voluntário, sua concordância, aceitando submeter-se à prática médica.

Alguns dos episódios mais atrozés da história recente da humanidade ocorreram entre aos anos 1939 e 1945, quando houve a famigerada 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial. Nesse período os prisioneiros de guerra foram recolhidos nos campos de concentração e submetidos a experiências desumanas, permeadas por sofrimento; angústia; dor; problemas mentais e físicos e, na maioria das vezes, morte, uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais.

Com o término da guerra e a comoção internacional foi criado um Tribunal Militar Internacional, sediado em Nuremberg, para apurar e julgar os crimes causados contra a humanidade em virtude do evento bélico. Oportunidade em que o Código de Nuremberg foi promulgado. Esse diploma também continha diretivas internacionais sobre a ética em pesquisa, pois alguns médicos norte americanos, que participaram da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, também auxiliaram a elaborá-lo, com o fim de auxiliar nos julgamentos dos crimes contra a humanidade pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Alguns dos direitos do paciente, reconhecidos atualmente, tais como autonomia, consentimento livre e esclarecido constavam no diploma de Nuremberg. Contudo os procedimentos éticos expressos no código não foram obedecidos de imediato, pois os profissionais da saúde acreditavam que as disposições nele contidas se referiam exclusivamente aos crimes de guerra e não a todos os profissionais.

Contagiada pelos ideais éticos, em 1948 foi elaborada a Declaração de Genebra que enumerava deveres éticos do médico quando seres humanos fossem expostos à

experimentação, contudo a obtenção do consentimento esclarecido do paciente era facultado aos casos em que fossem possíveis.

O final da década de 40 foi o período em que a humanidade despertou para a necessidade de estabelecer limites éticos à ciência. No mês de dezembro de 1948, a ONU, Organização das Nações Unidas, ainda preocupada com os malefícios causados aos cidadãos pela guerra, elaborou um documento cujo escopo era preservar os direitos humanos, portanto fundamentais ao indivíduo, independentemente de gênero, etnia, ou localização geográfica, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este documento tem grande repercussão até os dias atuais, pois reafirmou a supremacia da defesa da autonomia do paciente, como direito inerente à condição humana.

Na década seguinte, a expressão *informed consent*, que se traduz como consentimento informado, foi empregada pela primeira vez, nos Estados Unidos. Sua utilização inicial foi nas pesquisas biomédicas, posteriormente passou a ser aproveitada também na atuação médica.

Na primeira metade da década de 60, em 1964, a cidade de Helsinque, Finlândia, sediou um importante evento, promovido pela Associação Médica Mundial, em que foram amplamente discutidas as diretrizes éticas internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos. A denominada Declaração de Helsinque foi decisiva ao reconhecer que o consentimento do paciente é fator preponderante ao eleger a conduta a ser adotada e quais os procedimentos que serão realizados. Ao longo dos anos esse documento sofreu seis revisões, a mais recente ocorreu em evento sediado na cidade sul coreana de Seul, no ano 2008.

Com o fortalecimento da autonomia do paciente, passou-se a analisar outra hipótese, a auto determinação do indivíduo, que consiste na adesão ou recusa antecipada do indivíduo a determinados tratamentos. Essa ideia surgiu nos Estados Unidos, no ano de 1967, quando a Sociedade Humana para Eutanásia, discutiu a possibilidade de um termo de consentimento prévio, denominado *Living Will*. Esse documento enumera quais as condutas que o paciente aceita submeter-se no futuro, caso seja acometido por uma enfermidade terminal e incurável, irreversível e que o comprometa ou o impossibilite de manifestar sua vontade. É o nascimento das Diretivas Antecipadas de Vontade.

Louis Kutner, advogado e ativista dos direitos humanos, no ano de 1969, propôs que se adotasse um documento que possibilitasse ao paciente expressar sua vontade na hipótese de, no futuro, padecer de alguma enfermidade que reduza sua capacidade de manifestação de vontade, como o denominado estado vegetativo, sem que haja a possibilidade de reversão de

seu quadro clínico e a retomada da sua capacidade física e mental, caso em que se estabeleceria quais tratamentos médicos seriam mantidos e quais seriam suspensos.<sup>103</sup>

Para essa hipótese recomendou que o documento fosse utilizado como instrumento processual de defesa, com o escopo de diferenciar homicídio privilegiado, baseado na compaixão, considerado valor moral relevante e homicídio qualificado, considerado motivo torpe.

Este documento, além de possibilitar ao seu subscritor direito a autonomia e autodeterminação de eleger o momento de sua morte, permite ao paciente, quando exposto àquela situação indesejada, manifestar-se previamente, expressando seu desejo de não mais viver, garantindo que sua vontade seria cumprida.

Posteriormente, foi redigida a Carta de Direitos do Paciente, no ano de 1973, pela Associação Americana dos Hospitais. Esse documento impunha aos hospitais, bem como a outras entidades de saúde, que reconhecessem os direitos dos pacientes e, principalmente, divulgassem a eles os direitos dos quais eram titulares.

Ainda na década de 70, a Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos em Pesquisas Biomédicas e Comportamentais dos Estados Unidos começou a elaborar o *Belmont Report*, cujo início se deu em 12 de julho de 1974, estendendo-se até 1978, com sua divulgação. Conforme mencionado, trata-se de documento que possibilitou a consolidação acadêmica da bioética, assegurou ao paciente o poder de autodeterminação, podendo decidir pelos procedimentos que aceitaria submeter-se. Nele estão elencados princípios éticos fundamentais e diretrizes que auxiliam a dirimir problemas éticos referentes à realização de pesquisas com seres humanos, além de elencar os princípios da autonomia, justiça e beneficência.

Os Estados Unidos, que possui um sistema legal próprio, permite a cada estado editar suas próprias leis, que coexistem com as leis federais aplicadas a todos os estados da federação. O estado da Califórnia, em 1976, elaborou uma lei versando sobre a morte natural, *Natural Death Act*, com vigência até 1991, ano em que a lei federal de autodeterminação do paciente, *Patient Self Determination Act*, foi promulgada e a substituiu.

A *Patient Self Determination Act*, lei federal de autodeterminação do paciente, foi um dos principais marcos legislativos para o reconhecimento e regulamentação das Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente. Sua positivação repercutiu nos meios acadêmicos, fazendo nascer a necessidade de uma criteriosa análise bioética acerca do instituto.

---

<sup>103</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. Suspensão de esforço terapêutico. **Cadernos de Direito Clínico**, Brasília, DF, ano 1, n. 1, p. 3-12, out. 2005.

Na Europa, a Holanda se mostrou vanguardista ao elaborar a Declaração sobre a Promoção dos Direitos do Paciente no ano de 1994. Este documento reconheceu, entre outros direitos fundamentais, aqueles que se referem ao consentimento da prática de procedimentos que serão efetuados nos indivíduos e à prévia informação e esclarecimento ao sujeito sobre a prática que estará submetido.

No ano de 1997 foi redigida a Carta de Oviedo, em evento realizado na cidade espanhola que batizou o documento. Também denominado de Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina, mais uma vez restou evidente a imperiosidade de garantir ao usuário dos serviços médico-hospitalares o direito de consentir, de modo livre, espontâneo e esclarecido sobre sua adesão ou recusa aos tratamentos e procedimentos que estará exposto.

O estado de São Paulo foi pioneiro no Brasil ao promulgar uma que reconhece e regulamenta direitos de usuários dos serviços de saúde. Essa norma recebeu o nome de *Lei Covas*<sup>104</sup>, em homenagem ao governador bandeirante acometido por uma neoplasia. O documento confere ao sujeito o direito de consentir ou recusar procedimentos que lhe serão realizados, livre, voluntária e esclarecidamente, após receber informações adequadas e ser esclarecido sobre os riscos e benefícios das práticas médicas.

No ano de 2002 a Espanha promulgou *Ley 41/2002*<sup>105</sup>, legalizando e regulamentando naquele país as Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente, batizadas como *instrucciones previas* ou *voluntades anticipadas*. A mesma lei reconhece a necessidade do paciente aderir aos procedimentos que ofereçam risco potencial, manifestando sua concordância de modo livre, esclarecido e voluntário.

A Carta Europeia de Direitos dos Pacientes, outro importante documento, foi elaborada no mesmo ano, na capital italiana que sediou o evento, tal qual a Declaração de Amsterdam, reconheceu vários direitos fundamentais aos pacientes, em especial aqueles que se referem ao consentimento do paciente; ao seu acesso à informação; ao seu esclarecimento; à livre eleição do profissional da saúde que auxiliará no tratamento e, também a respeito do procedimento que será adotado, que não deverá expor o paciente a riscos desnecessários, nem a angústias dores e sofrimentos inúteis, motivadas pela prática médico-hospitalar.

---

<sup>104</sup> SÃO PAULO (Estado). São Paulo. Lei n. 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 18 mar. 1999. p. 32. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

<sup>105</sup> ESPAÑA. Ley n. 41, de 14 de noviembre de 2002. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 14 nov. 2002, n. 274, p. 40126-10132. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/pf/L41-02.htm#C4>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

A Unesco, no ano de 2005, divulgou o documento que recebeu o nome de “Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos” que, conforme abordado anteriormente, tem como um de seus objetivos demonstrar a importância da dignidade da pessoa, da vida humana e das liberdades fundamentais, promovendo-as e as protegendo.<sup>106</sup>

O Ministério da Saúde do Brasil, no ano de 2009, editou a Portaria n. 1820/2009<sup>107</sup>, instrumento que reconhece o direito do paciente de receber informação sobre o tratamento ao qual será submetido. Somente após ter sido devidamente esclarecido, deverá aderir, ou recusar, a terapia proposta, livre e voluntariamente.

No mesmo ano o Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução n. 1931/2009<sup>108</sup>, que deu origem ao Código de Ética Médica. Esse importante diploma que estabelece as diretrizes éticas da profissão, considera infração a prática da distanásia (prorrogação do sofrimento do paciente terminal), bem como a eutanásia (antecipação da morte), aconselhando que se pratique a ortotanásia, oferecendo ao paciente todos os procedimentos paliativos disponíveis, capazes de aliviar seu sofrimento.

O Uruguai, ainda em 2009, foi mais um dos países a legalizar as Diretivas Antecipadas de Vontade, por meio da Ley n. 18.473/2009<sup>109</sup>, tal como já haviam feito diversos países como Grã Bretanha, Portugal, Alemanha, Holanda, França, Espanha, Bélgica e Estados Unidos. O *testamento vital*, denominação que o instituto recebeu no país latino americano, reconhece ao paciente o direito de recusar, ou aceitar, a terapia proposta pela equipe de saúde, a qual será submetido no futuro, caso venha a contrair uma doença, que esteja em estágio terminal e o paciente não esteja consciente para manifestar sua vontade.

No Brasil, houve uma tentativa de regulamentação do tema, também no ano de 2009, quando o Senador Gerson Camata apresentou o Projeto de Lei n. 524/2009, com esse escopo.

<sup>106</sup> PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 13, n. 2, p. 65-76, 2005.

<sup>107</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 1820, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2009, Seção 1, p. 80-81. Disponível em: <<http://www.adj.org.br/download/pdf/portaria1820.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

<sup>108</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1. p. 90. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 1 abr. 2012.

<sup>109</sup> URUGUAI. Ley n. 18.473, de 3 de abril de 2009. Voluntad anticipada. Se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y se establece su alcance. **Diário Oficial**, Poder Legislativo, Montevideo, 21 abr. 2009, n. 27714. Disponível em: <<http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

O Conselho Federal de Medicina, em meados de 2012, por meio da Resolução n. 1995/2012<sup>110</sup>, regulamentou, segundo sua competência, as Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente, reconheceu sua existência e importância ao descrever seu conteúdo e alcance, contudo ainda não houve no país, até a presente data, qualquer legislação que as regule.

---

<sup>110</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1. p. 269-270. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 2 out. 2012.

## CAPÍTULO 2 CONCEPÇÕES TEÓRICAS NA TERMINALIDADE DA VIDA

### 2.1 A vida humana e sua preservação

A vida e suas formas sempre foi objeto de interesse humano, seja no âmbito biológico, filosófico ou religioso. O maior interesse repousa sobre a vida humana, pois o narcisismo é uma característica da maioria das pessoas, por essa razão seu interesse e suas condições prevalecem sobre as dos demais.

Os gregos faziam distinção entre os diferentes conceitos de vida por meio de dois radicais. *Bío* refere-se à vida humana, enquanto que *zoé*, aos demais organismos vivos. Em outra análise, vida deriva da expressão latina *vita*, que contém os dois conceitos, tanto vida orgânica, quanto vida humana.<sup>1</sup>

O que difere os seres vivos dos não vivos, segundo a filosofia, é que os viventes são capazes de realizar ações de modo a aperfeiçoar o próprio agente, bem como os demais, sendo assim a vida pode ser considerada como a capacidade de ação imanente. O pretexto e objetivo da atividade é a pessoa.<sup>2</sup>

Inicialmente a ação imanente tinha como característica as necessidades essenciais para preservação do vivente, ou seja, sua nutrição para aquisição de energia suficiente para manutenção das atividades bioquímicas, o crescimento, para desenvolvimento próprio e a reprodução para perpetuação da espécie. Posteriormente, com a evolução natural das espécies, desenvolveu-se a atividade sensorial que possibilitou a autoregulação da atividade. Surge ainda a capacidade intelectual e espiritual, originando a consciência e a liberdade.<sup>3</sup>

A vida é composta por elementos materiais, que são físicos e psíquicos; e imateriais, os metafísicos. O conjunto desses elementos é tutelado como direito fundamental individual. É o direito de viver, defender a vida e continuar vivo, a vida não poderá ser interrompida por agentes externos ao seu próprio curso.<sup>4</sup>

O direito à vida é um direito essencial, o principal entre os essenciais, não haverá qualquer outro bem jurídico se não houver vida e sua proteção.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito 'vida' em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 17, n. 3, p. 377-389, 2009.

<sup>2</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>5</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

A vida apresenta um importante componente biológico, que representa todas as reações físico-químicas que se desenvolvem no organismo. Outra importante característica é a psicológica. A condição emocional é preponderante para o bem estar do ser humano. Por derradeiro, apresenta-se o componente social, a vida está presente nas relações interpessoais, não existe vida humana isolada, todas as pessoas são dependentes das relações sociais, em maior ou menor grau.

Por essa razão o ser humano é intitulado um ser biopsicossocial, vez que o equilíbrio humano é dependente da harmonia desses três componentes, quando qualquer deles é abalado o indivíduo fica fragilizado.<sup>6</sup>

Viver e estar vivo são condições distintas. Viver é o conjunto de dos elementos que compõe o ser biopsicossocial, enquanto que estar vivo se restringe ao elemento biológico, não significando, necessariamente viver.<sup>7</sup>

Assim alguém pode estar vivo em razão de suporte de vida artificial, contudo já tenha deixado de viver há algum tempo, pois perdeu os elementos psicológicos e sociais.

Nesse contexto, resulta imperioso analisar a respeito da obrigatoriedade da vida. A vida seria uma faculdade ou um dever?

É comum que inviolabilidade e indisponibilidade sejam utilizados como sinônimos, ocorre que não o são. Inviolabilidade é a oposição contra agressão ou ameaça de agressão praticada por terceiros, enquanto que indisponibilidade se refere à proibição de disposição pelo próprio detentor do bem, protegendo-o de si mesmo. Assim, a interpretação constitucional denota que a vida é um bem inviolável, porém disponível.<sup>8</sup>

Não há como negar a disponibilidade da vida, vez que a Constituição assim dispõe, embora se reconheça a possibilidade da vida ser considerada um bem supremo e o Direito Natural proíba o ser humano de renunciar à sua vida, por meio da análise filosófica, mas não o é perante a *Magna Carta*.<sup>9</sup>

A Constituição Federal<sup>10</sup> assevera que não haverá privação da vida humana, reconhecendo sua inviolabilidade, no inciso X, do art. 5.º. Contudo a alínea *a*, do inciso XLVII, do mesmo artigo relativiza essa inviolabilidade ao autorizar a pena de morte a militares, na hipótese de guerra externa.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> LIGIERA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade médica: diante da recusa de transfusão de sangue**. São Paulo: Nelpa, 2009.

<sup>10</sup> BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado, 1988.

A disponibilidade da vida também está presente na legislação infraconstitucional. O Código Penal<sup>11</sup> é exemplo ao não elencar a tentativa de suicídio como um dos tipos penais constantes no art. 122, descrevendo apenas as condutas praticadas por terceiros (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio) como crime, corroborando para o caráter inviolável da vida.

Portanto, não existe o dever de viver, pois há previsão constitucional quanto à inviolabilidade da vida, mas não quanto a sua indisponibilidade.<sup>12</sup>

Sendo assim é possível afirmar que a inviolabilidade da vida é relativa, enquanto que a disponibilidade é absoluta.<sup>13</sup>

### 2.1.1 A solução jurídica para conflitos aparentes entre princípios e regras

O Direito se apresenta por meio de princípios e regras.<sup>14</sup> As regras e princípios são normas, pois são formuladas por meio de expressões impositivas que cominam deveres, permissões e proibições, fundamentando ponderações concretas de dever-ser. A distinção entre princípios e regras repousa no conteúdo qualitativo de ambos.<sup>15</sup>

Os princípios jurídicos podem ser tratados como as regras jurídicas, sendo que alguns princípios têm a mesma obrigatoriedade que a lei, devendo assim ser considerados por toda a comunidade jurídica.

Os princípios são comandos que podem ser satisfeitos em grau variado e a sua satisfação não resulta apenas das realidades fáticas, mas das possibilidades jurídicas também. Essas possibilidades jurídicas são produzidas pelo conflito de princípios e regras. As regras são normas que serão satisfeitas ou não. A validade de uma regra impõe que seja feito exatamente o que ela exige, sem extrapolar, nem deixar de fazer. Regras se referem a determinações fáticas e juridicamente possíveis.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. p. 2391. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014.

<sup>12</sup> LIGIERA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade médica**: diante da recusa de transfusão de sangue. São Paulo: Nelpa, 2009.

<sup>13</sup> ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Nova York: Bloomsbury Academic, 2013.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>16</sup> Ibid.

O conflito de regras é resolvido por meio de critérios como anterioridade (cronológico) - *lex posterior derogat priori*; hierarquia - *lex superior derogat inferiori* e especialização - *lex specialis derogat generali*.<sup>17</sup>

No conflito de regras apenas uma delas pode ser válida, cabe ao intérprete a função de decidir qual é válida e qual necessita de reformulação, ou não pode ser levada em conta. É tarefa do sistema jurídico regular esses conflitos por meio de regras de precedência, regra mais específica ou pela hierarquia. O sistema jurídico pode ainda determinar a prevalência da regra baseada em princípios de importância superior.<sup>18</sup>

Quando há colisão de princípios significa que um deles tem precedência em relação ao outro. É a denominada relação de precedência condicionada, em que no caso concreto um dos princípios deve ser valorado mais intensamente em relação ao outro, em virtude de interesses colidentes, embora todos os princípios, como valores abstratos, estejam no mesmo nível.<sup>19</sup>

É fundamental conceber que a proporcionalidade é um instrumento metodológico importante para promoção da justiça na ordem jurídica. É um mecanismo que desperta no ordenamento jurídico um valor de justiça que lhe é inerente, garantindo à população a tutela adequada, por meio de um sopesamento entre bens jurídicos que podem ser valorados de modo distinto, bem como relativizando direitos fundamentais quando estes se encontrarem em conflito.<sup>20</sup>

A proporcionalidade abarca três axiomas parciais: adequação, ou idoneidade; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade têm origem na natureza dos princípios perante as possibilidades que o caso concreto produz, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito decorre das possibilidades jurídicas.<sup>21</sup>

A ponderação apresenta um caráter formal, logo não pode ser considerada objetiva vez que haverá um subjetivismo em sua apreciação, mas também não é correto afirmar que seja apenas baseada no subjetivismo. Não há objetividade perfeita em nenhum campo normativo, pois não existe sistema jurídico ideal, estabelecendo com exatidão todas as condutas

---

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Nova York: Bloomsbury Academic, 2013.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>20</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

<sup>21</sup> ALEXY, op. cit.

permitidas ou proibidas. Não bastassem, os princípios são sempre disposições hipotéticas indeterminadas, portanto impossível prever e regular todos os conflitos que poderão advir.<sup>22</sup>

É impossível encontrar um sistema dotado de tamanha racionalidade que consiga excluir completamente qualquer subjetivismo presente na interpretação ou na aplicação da norma.<sup>23</sup>

A solução de conflitos aparentes ocorrerá sempre considerando as regras de hermenêutica jurídica, bem como a ponderação do interprete que desempenha função fundamental, em razão do subjetivismo que é próprio da tarefa interpretativa.

### 2.1.2 O paradigma biotecnocientífico e sua influência no conceito de vida

O paradigma biotecnocientífico<sup>24</sup> consiste nas ferramentas técnicas e teóricas, institucionais e industriais, que objetivam estudar, modificar e transformar seres vivos e processos biológicos, conforme as necessidades e anseios de saúde, com o escopo de promover o bem estar às pessoas.<sup>25</sup>

A evolução biotecnocientífica, que acelerou o ritmo de produção biotecnológica a partir da década de 70, contribuiu para que a expressão vida fosse repensada, vez que praticas até então inexistentes passaram a ser utilizadas, alterando o ciclo natural vigente.<sup>26</sup>

A intervenção humana nos processos biológicos fez com que esse ciclo de vida natural fosse relativizado, deixando de ser apenas natural, pois o ser humano passou a ser agente transformador da vida, ampliando-a e podendo reduzir seu tempo.

Existe uma questão fundamental que deve ser levantada inicialmente, pois é anterior a qualquer questão jurídica e bioética envolvendo princípio ou término da vida, indaga-se: a vida possui valor intrínseco? O valor intrínseco da vida deve ser o objeto de discussão?<sup>27</sup>

<sup>22</sup> PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

<sup>23</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>24</sup> Biotecnociência é o “[...] conjunto de ferramentas teóricas, técnicas, industriais e institucionais que visam entender e transformar seres e processos vivos, de acordo com necessidades e desejos de saúde [e] visando a um genérico bem-estar de indivíduos e populações humanas.” (SCHRAMM, Fermin Roland. A moralidade da biotecnociência: a bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou a qualidade de vida das pessoas humanas? In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **Bioética: riscos e proteção**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ : Fiocruz, 2005. p. 21).

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Id. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 17, n. 3, p. 377-389, 2009.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**. Barcelona: Ariel, 1998.

Para responder a indagação acima, apresentam-se dois princípios que embora sejam antagônicos também são complementares, vez que em situações limites, diante de conflitos éticos, auxiliam na composição da solução mais adequada. São eles: o princípio da sacralidade da vida (PSV) e o princípio da qualidade de vida (PQV), que será analisado primeiramente.

O *princípio da qualidade de vida* defende a possibilidade de intervenção na vida humana sempre que o objetivo for promover bem estar ao seu titular, desde que essa conduta não prejudique terceiros. Em outras palavras, visa minorar o sofrimento da pessoa, ampliando sua qualidade de vida, ainda que para essa promoção seja necessário interferir diretamente na vida humana.<sup>28</sup>

O *princípio da sacralidade da vida* assevera que a vida é indisponível, inclusive ao seu titular, que não pode interferir nos ciclos da natureza, ainda que seu objetivo seja a promoção do próprio bem estar. A vida não pode sofrer qualquer intervenção, independentemente de seus propósitos.<sup>29</sup>

A sociedade atual é multifacetada, com uma moral plural, por essa razão não apresenta um padrão homogêneo de comportamento que poderia corroborar para a eleição de um dos princípios como principal em relação ao outro. Assim, acredita-se, estar em momento de transição, antes preponderava a sacralidade da vida, acreditava-se ser esta um bem supremo e indisponível, contudo essa não é mais a realidade dominante, muitas pessoas valoram a qualidade de vida como um bem superior à própria existência.

Há um verdadeiro embate de paradigmas, a sacralidade da vida, defendida por séculos como um valor moral absoluto, em confronto com a qualidade de vida, oriundo das teorias de direitos humanos, afeito à autodeterminação, inclusive considerando como um valor.<sup>30</sup>

Na hipótese do princípio da sacralidade ser considerado o mais importante a vida deve ser mantida a todo custo, lançando-se mão dos procedimentos oriundos do avanço científico, independente das consequências que trará à pessoa, afinal a vida é um valor absoluto.<sup>31</sup>

Quando a discussão não se restringe ao tempo de vida, mas também à qualidade do viver, preocupa-se também se a pessoa está sofrendo e qual a intensidade de sofrimento,

<sup>28</sup> SCHRAMM, Fermin Roland. Id. O uso problemático do conceito 'vida' em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 17, n. 3, p. 377-389, 2009.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> KOVÁCS, Maria Júlia. Bioética nas questões da vida e da morte. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 115-167, 2003.

ponderando-se qual a melhor solução para aquele indivíduo, continuar sofrendo, ou continuar vivendo.<sup>32</sup>

A sacralidade da vida deve transcender o caráter religioso teísta, sendo a morte antecipada interpretada como uma afronta à própria evolução natural, por essa razão a vida pode ser considerada como um bem moralmente inviolável. Ademais a vida humana constitui a reunião de inúmeros investimentos criativos, que se iniciaram desde a concepção do indivíduo, passaram pela sua formação e permanecem até o fim de seus dias.<sup>33</sup>

A abordagem quantitativa da vida, presente na sacralidade, não precisa, necessariamente, estar vinculada à religiosidade, como costumeiramente é feito, ainda que a origem da vida seja considerada sob a perspectiva leiga, como um grande mistério. É importante ser considerada e defendida, no entanto não é obrigatório opô-la à abordagem qualitativa, presente na qualidade de vida. É fundamental buscar a conjugação de ambas, com o objetivo específico de proteger a pessoa humana, para isso um princípio não deve ser utilizado no combate ao outro, mas em união.<sup>34</sup>

Em razão dessa dicotomia surge um terceiro princípio, na tentativa de auxiliar na composição de uma solução razoável, o *princípio de indiferença da natureza*, que estabelece que há distinção entre a vida meramente biológica e a vida biográfica. A vida biológica não pode ser valorada como boa ou má, ela é neutra, vez que se refere apenas a estar vivo, enquanto que a vida biográfica sim poderia ser valorada, embasada em conteúdos positivos (boa) e negativos (má).<sup>35</sup>

O que se indaga é, ao analisar os princípios da sacralidade e da qualidade de vida, a vida biológica ou a vida biográfica, qual deve receber maior valor, qual deve preponderar.

A pessoa pode ser mantida viva, mesmo sem viver, apenas o com o coração batendo artificialmente no peito de uma pessoa inconsciente, sem qualquer esperança de reverter esse quadro médico.<sup>36</sup>

Por essa razão temas que abordam o término da vida humana, como a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia, as Diretivas Antecipadas de Vontade, são tão debatidos, com

<sup>32</sup> KOVÁCS, Maria Júlia. Bioética nas questões da vida e da morte. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 115-167, 2003.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**. Barcelona: Ariel, 1998.

<sup>34</sup> JUNGES, José Roque. A vida como bem fundamental do homem. **Perspectivas Teológicas**, Belo Horizonte, v. 25, n. 67, p.339-345, 1993.

<sup>35</sup> MORI, Maurizio. Nè buona nè cattiva, la natura è indifferente. **MicroMega**, Roma, 17 mar. 2009. Disponível em: <<http://temi.repubblica.it/micromegaonline/ne-buona-ne-cattiva-la-natura-e-indifferente>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

<sup>36</sup> KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 61-69, 1998.

diversas opiniões, todas com argumentos condizentes, que buscam demonstrar sua convicção e auxiliar no processo biotecnocientífico.

### 2.1.3 Morte digna

O choque entre princípios, ou direitos fundamentais, pode dar origem a novos princípios ou direitos fundamentais. O interprete é o responsável por harmonizar os conflitos entre normas, sem que ocorra o sacrifício de qualquer regra.<sup>37</sup>

A Constituição Federal preceitua a possibilidade de direitos fundamentais surgirem de princípios que ela adote, permite a criação desses direitos como consequência da ponderação, criando uma nova regra harmonizada ao caso concreto, portanto com aplicabilidade imediata. A colisão de direitos fundamentais pode dar origem a um novo direito fundamental, que não se confunde com os que lhe deram origem, mas aplicável ao caso concreto.<sup>38</sup>

Só existe colisão de direitos fundamentais na hipótese da realização de um direito fundamental de um indivíduo interferir negativamente ou causar dano a um direito fundamental de outrem. Quando ambos direitos fundamentais têm como titular o mesmo sujeito há um falso problema.<sup>39</sup>

O direito à morte digna surge do conflito e harmonização entre os direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana e à liberdade, mas com conteúdo próprio, distinto dos que lhe deram origem, mas descendente de sua harmonização, ponderando as necessidades do caso concreto.

Existem condições que permitem que os médicos mantenham vivas por longos períodos, pessoas que estão em situação de terminalidade, sem perspectiva de cura, ou melhora, inconscientes em razão de sedativos que são ministrados para amenizar seu sofrimento, irreconhecíveis em razão dos procedimentos a que são expostas, ou seja, mantidas vivas por meio de tubos e aparelhos. O paciente se torna uma arena romana, em que os médicos digladiam contra a morte, causando angústia a todos os envolvidos. A natureza humana impõe o temor frente ao fim da vida, bem como a vida vegetativa, ainda que se

---

<sup>37</sup> DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Direito de liberdade e consentimento informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

recebam cuidados de extrema qualidade. Perquire-se quanto ao interesse e validade desse tipo de conduta e tratamento.<sup>40</sup>

O ideal de dignidade não pode estar restrito ao período em que a pessoa desfruta dos prazeres da vida, mas deve se estender por todas as etapas, inclusive quando os valores existenciais se modificam, em razão das necessidades especiais de cada fase da vida humana, respeitando os valores próprios de cada indivíduo e sua vontade e liberdade de autodeterminação.

O direito à morte digna consiste em respeitar a autonomia dos enfermos, obedecendo a sua personalidade, seus valores e sua concepção de vida e morte, que nada mais é que a etapa conclusiva do fenômeno chamado vida.

Morrer dignamente é poder escolher o modo e o momento adequado para o para si próprio, obedecendo aos seus valores, preservando a personalidade e permitindo que sua vida tenha continuidade ainda que tenha como consequência seu término, sendo conduzida na etapa final com os mesmo cuidados das fases iniciais.<sup>41</sup>

A morte coloca fim a tudo e não somente o começo do nada. A maneira como tratamos a morte, inclusive preservando e reconhecendo a importância da dignidade humana em qualquer etapa da vida humana, demonstra que é fundamental que a vida termine de modo apropriado, assim como deve ser a vida humana, sendo a morte apenas o reflexo de todos os valores vividos ao longo dos anos.<sup>42</sup>

A tecnologia permite a manutenção de um paciente terminal, sem perspectiva de melhoras, sofrendo de dores terríveis por períodos que vão de horas a anos. Esse procedimento realmente interessa a essa pessoa que sofre ou estaria apenas prolongando o seu sofrimento e retirando-lhe a dignidade no desfecho de sua existência?<sup>43</sup>

A morte digna é a morte natural, com o alívio fornecido pelo suporte de cuidados médicos paliativos adequados, minorando o sofrimento humano, tratando a pessoa quando não for mais possível curar a enfermidade.

A ideia de morte digna não deve estar ligada à antecipação do período de vida, pois não é isso o que ocorre, mas à qualidade da vida, que não pode ser reduzida ao seu conteúdo

---

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: WMF : Martins Fontes, 2009.

<sup>41</sup> MATIAS, Adeline Garcia Matias. **A eutanásia e o direito à morte digna à luz da Constituição**. 2004. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

<sup>42</sup> DWORKIN, op. cit.

<sup>43</sup> SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

biológico, morte digna é evitar que o processo de morte seja retardado por meio da obstinação terapêutica, que proporciona tratamentos fúteis, visto que a cura já não é mais possível.

Algumas vezes o direito à vida pode ser transformado em um dever de estar vivo, penalizando o enfermo e retirando-lhe o direito à libertação da dor, que pode ser absurda. A vida perde o sentido em razão de sua deterioração e o direito à vida passa a ser considerado um absurdo por seu titular, que está condenado ao sofrimento indeterminado.<sup>44</sup>

A autonomia do enfermo deve ser preservada, permitindo-lhe escolher quais pessoas que deseja que estejam próximas nessa etapa, quais cuidados que deseja receber, como deseja ser tratado. Ainda que o paciente suplique que o profissional lhe antecipe sua morte, este ato não caracteriza o direito à morte digna.

Morte digna é a situação em que os tratamentos inúteis ao paciente são suprimidos ou deixam de ser aplicados, vez que não há possibilidades de sobrevivência, todo e qualquer esforço apenas ampliaria o sofrimento do sujeito, sem lhe trazer qualquer benefício.<sup>45</sup>

Morrer com dignidade não é apenas um direito, mas sim a efetivação de vários direitos: como autonomia, consciência, liberdade e, principalmente a dignidade da pessoa humana. É a busca pela possibilidade de uma morte natural, sem o sofrimento decorrente da obstinação terapêutica, que apenas prolonga a angústia dos envolvidos. Busca-se o reconhecimento do direito do ser humano à autodeterminação.<sup>46</sup>

O direito à morte digna envolve situações de conflito entre escolhas, desejos e decisões sobre questões relacionadas à ética e à moral.<sup>47</sup>

O prolongamento de terapias inúteis, em situações irreversíveis, consiste em violação à dignidade da pessoa humana, causando sofrimento e dor não apenas ao paciente, mas também aos seus familiares e a todos os profissionais envolvidos no processo, razão pela qual a prática médica qual deve ser ponderadas e os interesses e valores harmonizados.

---

<sup>44</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo. **Anais ....** São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 273-283.

<sup>45</sup> PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 5. ed. São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2000.

<sup>46</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. Coordenação de Renan Lotufo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Prof. Agostinho Alvim).

<sup>47</sup> KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 61-69, 1998.

## 2.2 O fim da vida em suas espécies

Não se pode negar a finitude da vida humana, em algum momento a vida que habita em todo ser humano será extinta. Morte e vida são fases complementares, ínsitas a todas as pessoas. Embora essas sejam as únicas certezas humanas ainda prosperam questionamentos que ultrapassam o conhecimento jurídico, sendo necessário socorro de outras áreas do saber, como a medicina, filosofia e psicologia, recorrendo-se a uma dialética interdisciplinar.<sup>48</sup>

A discussão sobre o fim da vida remete à preocupação em defender a dignidade da pessoa humana em sua fase terminal e grande parte da discussão gira em torno dos meios para alcançar esse fim. O debate se complica em virtude da confusão terminológica, que, muitas vezes, não deixa claro o que se condena e o que se aprova.<sup>49</sup> Sendo assim, é imperioso proceder à distinção conceitual entre eutanásia, suicídio assistido, mistanásia, distanásia e ortotanásia.

### 2.2.1 Eutanásia

Resgatando as origens filológicas, Littré define eutanásia como boa morte, morte suave e sem sofrimento. Em tempos mais contemporâneos, tratar-se-ia de uma antecipação voluntária do passamento, imbuída por um *télos* humanitário – sobretudo para a pessoa, porém esse espírito humanístico contagia a coletividade à qual pertence o morrediço – dirigido à suspensão de um sofrimento insuportável.<sup>50</sup>

Pode-se afirmar que eutanásia é um ato médico que, ao utilizar-se de meios para evitar a dor e o sofrimento, acaba por abreviar a vida, munido de sentimento humanístico.<sup>51</sup>

Autores como Garcia defendem que o termo *eutanásia* deva ser utilizado exclusivamente para as práticas de profissionais da saúde, que sejam juridicamente tuteladas, empregadas em pacientes em estágio terminal, vítimas de doenças graves, que tenham por consequência severas limitações físicas e grande sofrimento, que quando utilizadas acabam por antecipar a sua morte. Enquanto que a conduta pessoal fundamentada na piedade e na

<sup>48</sup> MARREIRO, Cecília Lôbo. Responsabilidade civil do médico na prática da distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 2, p. 308-317, 2013.

<sup>49</sup> PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo, 2004.

<sup>50</sup> SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n.1, p. 113-120, jan./fev. 2005.

<sup>51</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Iniciação à bioética**. Brasília, DF, 1998.

misericórdia deveria receber o nome de *homicídio piedoso*, afinal o sentimento de compaixão é o responsável por induzir o leigo a tal prática.<sup>52</sup>

O Código Penal<sup>53</sup> considera homicídio privilegiado, no parágrafo 1.º, do art. 121, o fato do agente cometer o homicídio, movido por motivo de relevante valor moral, ou social, hipótese em que terá a pena reduzida em até um terço.

Já o Código de Ética Médica<sup>54</sup>, no *caput* do art. 41 proíbe o profissional de abreviar a vida do paciente, mesmo com pedido próprio, ou de familiares, considerando tal prática como infração ética punível.

Existem diversas classificações da eutanásia, mas duas principais são segundo o ato em si ou com referência ao consentimento do enfermo.<sup>55</sup>

Quanto ao ato: a) eutanásia ativa: ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente por fins humanitários (exemplo: injeção letal); b) eutanásia passiva: omissão proposital de procedimentos que garantiria perpetuação da sobrevivência (exemplo: deixar de usar certos medicamentos); c) eutanásia de duplo efeito: nos casos em que a morte é acelerada como consequência de ações médicas não visando o êxito letal, mas sim, ao alívio do sofrimento gerando secundariamente a morte (exemplo: injeção de morfina para controle da dor levando secundariamente a parada respiratória).

Quanto ao consentimento do enfermo: a) eutanásia voluntária: vontade expressa do doente, o que seria o mesmo que suicídio assistido; b) eutanásia involuntária: realizado contra a vontade do enfermo, o que poderia ser igualado a “homicídio”; c) eutanásia não voluntária: quando a vida é abreviada sem que se conheça a vontade do paciente.

O suicídio assistido é uma variável do suicídio comum, afinal toda morte advinda de uma ação, ou omissão comissiva do próprio agente, que tem consciência que sua conduta terá essa consequência, deve assim ser denominada.<sup>56</sup>

Com a finalidade de garantir o direito a uma boa morte, há quem defenda o suicídio assistido, prática essa institucionalizada na Holanda e na Suíça, configurada pela aplicação de

<sup>52</sup> GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 67, p. 253-275, jul./ago. 2007.

<sup>53</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. p. 2391. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014.

<sup>54</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1. p. 90. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 1 abr. 2012.

<sup>55</sup> SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n.1, p. 113-120, jan./fev. 2005.

<sup>56</sup> DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

uma injeção de substância letal. No suicídio assistido, a morte decorre de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou médico.<sup>57</sup>

O suicídio assistido é uma prática muito criticada, vez que o auxílio de um profissional da saúde a um paciente que busca a morte, atenta contra os princípios da ciência médica, que opostamente busca salvar e não abreviar a vida.<sup>58</sup>

A eutanásia se distingue do suicídio assistido, pois, neste, o próprio doente provoca a sua morte, naquela, terceira pessoa põe fim à vida do doente.

Contudo a análise da conduta pode ser distinta, o médico da saúde não tem como objetivo antecipar a morte, seu escopo é aliviar o sofrimento do paciente, conforme determina o seu ofício, permitir que a dignidade humana seja preservada, reconhecendo o direito que todos têm de não sofrer.<sup>59</sup>

O suicídio se tornou internacionalmente conhecido com a ampla divulgação do emblemático caso do médico norte americano Jack Kevorkian, apelidado pela imprensa de “Dr. Morte”, que inventou a Thanatron, uma máquina de suicídio, composta por um aparelho de eletrocardiograma, munido de mecanismo que, ao ser acionado pelo próprio paciente, injeta em sua veia uma substância salina neutra, contendo o anestésico Tiopental, acarretando inconsciência. Em seguida, uma dose letal de cloreto de potássio paralisa o coração. O médico disponibilizou o aparelho a 130 clientes, que o usaram, cometendo suicídio.<sup>60</sup>

Em seu estado, o Michigan, não havia legislação que proibisse o suicídio assistido. Todavia, o médico foi denunciado, julgado e condenado, por homicídio, muito embora tenha sido comprovado que seus pacientes eram suicidas seguros de sua decisão. Uma das pacientes deixou uma nota confessando que, conscientemente, não suportaria os sofrimentos de sua doença e não queria que sua agonia fosse presenciada por seus familiares. A defesa de Kevorkian sustentou que a decisão condenatória era incoerente, criando o seguinte dilema: por um lado, proibia-se um adulto consciente a pôr fim a sua vida com assistência médica, por outro lado, permitia-se o aborto, apesar de terminar com a vida da vítima, sem sua anuência.<sup>61</sup>

O argumento da defesa está fundamentado na autonomia da vontade e na autodeterminação do indivíduo que não suporta mais o sofrimento causado pela enfermidade,

<sup>57</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>58</sup> SOUSA, Paulo Henrique Martins de. De Kevorkian a Egoyan: o suicídio assistido entre o Direito e a Arte. In: DADALTO, Luciana. (Coord.). **Diretivas antecipadas de vontade**: ensaios sobre o direito à autodeterminação. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

<sup>59</sup> CHAVES, Antonio. **Direito a vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista de Tribunais, 1994.

<sup>60</sup> SOUSA, op. cit.

<sup>61</sup> DINIZ, op. cit.

mas está condenado a viver e suportar todas as dores, enquanto a morte natural não chegar, trazendo-lhe alívio e paz.

No Brasil, o suicídio assistido é inadmissível por expressa determinação do art. 122 do Código Penal<sup>62</sup>, que estabelece reclusão que pode chegar a seis anos, na hipótese do suicídio ser consumado, já se da tentativa de suicídio resultar lesão corporal de natureza grave, a sanção poderá ser de reclusão pelo período de até três anos. São condutas passíveis de apenação o induzimento ou o auxílio ao suicídio.

No Brasil, uma denúncia envolvendo uma médica que, supostamente, acelerava a morte de pacientes na Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) do Hospital Evangélico de Curitiba ganhou grande repercussão no início do ano de 2013.<sup>63</sup>

Virgínia Helena Soares de Souza, chefe do setor de UTI de um dos maiores hospitais da capital paranaense, e mais outros três médicos Anderson de Freitas, Edison Anselmo da Silva Junior e Maria Israela Cortez Boccato, duas enfermeiras, Laís da Rosa Groff e Patrícia Cristina de Goveia Ribeiro, o enfermeiro Claudinei Machado Nunes e a fisioterapeuta Carmencita Emília Minozzo, que compunham a equipe de saúde, foram denunciados pelo Ministério Público paranaense e pelo Núcleo de Repressão aos Crimes Contra a Saúde (Nucrisa), sob a acusação homicídio e, ou, formação de quadrilha, no período entre janeiro de 2006 e fevereiro de 2013.<sup>64</sup>

A denúncia é que a equipe médica, em razão da falta de leitos para acolher todos os pacientes que necessitavam de tratamento, elegiam aqueles que permaneceriam na UTI e quais deveriam ceder sua vaga para enfermos com maiores perspectivas de cura.<sup>65</sup>

Os acusados negaram a prática de eutanásia, tipificada como homicídio, vez que o Código Penal não dispõe de tipo penal específico para essa conduta.

O processo ainda não chegou ao seu término, contudo houve grande manifestação popular contrária à prática da eutanásia, demonstrando que parte considerável da população brasileira é contrária à abreviação da vida de um paciente por um médico, ainda que a conduta seja revestida por valores humanitários.

---

<sup>62</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. p. 2391. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014.

<sup>63</sup> MÉDICA acusada de acelerar mortes na UTI se diz inocente. **Fantástico**. Rio de Janeiro: Globo. 09 jun. 2013. Programa de TV. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/06/medica-acusada-de-acelerar-mortes-na-uti-se-diz-inocente.html>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

<sup>64</sup> LEITÃO, Leslie. Acusada de mortes em UTI se apresenta no Fórum de Curitiba, mas juiz nega prisão. **Veja Digital**, São Paulo, 27 mar. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/acusada-de-mortes-em-uti-se-apresenta-no-forum-de-curitiba-mas-juiz-nega-prisao>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

<sup>65</sup> MÉDICA..., op. cit.

### 2.2.2 Distanásia

Uma das principais características do ofício médico é o dever de buscar a cura das enfermidades e diminuir o sofrimento daqueles que buscam por seus préstimos, assim é ao longo dos séculos desde o princípio do exercício da medicina, porém nem sempre a cura é possível de ser alcançada, indaga-se como deve proceder o médico nessa situação, lutar até o fim, independentemente dos custos ao paciente? Ou aceitar que nem sempre curar é possível?

O extremo oposto à prática da eutanásia é a distanásia, que nada mais é que a obstinação ou futilidade terapêutica, ou seja, a prática de buscar prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como o grande e último inimigo.<sup>66</sup>

O termo distanásia tem como significado “morte lenta”, que se prorroga no tempo e com muito sofrimento, de modo desproporcional, causando dores e aflições a todos os envolvidos.<sup>67</sup>

O termo futilidade terapêutica tem origem na língua inglesa *medical futility*. Países de origem anglo-saxônica são os que mais utilizam a expressão, enquanto que o termo obstinação terapêutica, ou encarniçamento terapêutico, tem origem francesa *l'acharnement thérapeutique*, sendo predominante em países europeus.<sup>68</sup>

Essas expressões são sinônimas e qualificam a prática da distanásia, que consiste na prática médica que, por meio de procedimentos médico hospitalares, busca inutilmente curar um mal, mas acaba por causar sofrimento maior, sem promover qualquer benefício ao paciente, vez que a cura é inatingível.<sup>69</sup>

A distanásia é uma morte lenta, que causa sofrimento desnecessário ao doente, sem respeito à vontade e ao conforto do paciente, esse processo acaba sendo estendido em razão de recursos médicos disponíveis, que são utilizados de modo abusivo e sem qualquer perspectiva de benefício ao moribundo, ampliando seu sofrimento, afinal as dores físicas e morais são prolongadas.<sup>70</sup>

O avanço biotecnológico cobra como preço a despersonalização da dor e da morte, enquanto proporciona meios de prolongar a vida, pois promove intensificação das dores

<sup>66</sup> PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida. São Paulo: Loyola; 2001.

<sup>67</sup> LEMES, Conceição. Direitos tornam-se lei. In: GOUVEIA, Roberto. **Saúde pública, suprema lei**: a nova legislação para a conquista da saúde. São Paulo: Mandacaru, 2000.

<sup>68</sup> VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008.

<sup>69</sup> PESSINI, op. cit.

<sup>70</sup> VILLAS-BÓAS, op. cit

humanas, vez que não se sabe o limite para a manutenção da vida por meio de suporte artificial, que muitas vezes gera mais perdas que ganhos aos pacientes e seus familiares.<sup>71</sup>

Esses avanços proporcionaram sucesso no tratamento de doenças que antes eram consideradas incuráveis, por essa razão a medicina tem como objetivo inicial a cura das enfermidades e, como nem sempre manter o paciente vivo é possível, a eliminação da morte passou a ser um objetivo ideal.

Assim, sacrifica-se qualidade de vida em favor do prolongamento do tempo de vida. Quando não existe mais possibilidade de cura, como no caso de pacientes terminais, o dever do profissional deixa de ser curativo.<sup>72</sup>

É uma violação à liberdade individual expor uma pessoa a um processo lento e doloroso do processo de morte, fazendo-a sobrevivente de modo antinatural, unicamente pela possibilidade de recursos técnicos, em razão da evolução biotecnológica, sem qualquer preocupação com o ser humano, suas aflições e desejos. Mais que isso, trata-se de conduta incivilizada, que afronta a dignidade da pessoa humana, pois não demonstra qualquer compaixão com o paciente, ou com sua família, que também tem seu sofrimento prorrogado e ampliado.<sup>73</sup>

Enquanto, na eutanásia, o objetivo é abreviar a vida do paciente, preocupando-se com a qualidade de vida remanescente; na distanásia, o escopo é prolongar a vida do doente, fixando-se na quantidade dessa vida.<sup>74</sup>

Há quem defenda que a distanásia é o prolongamento do processo da morte de um paciente terminal, de modo desmesurado, por meio de um tratamento desproporcional.<sup>75</sup>

O tratamento fútil consiste na ausência de qualquer perspectiva de benefício ao paciente, ou ainda, quando houver uma ínfima probabilidade de benefício, essa esteja associada a uma má qualidade de vida.<sup>76</sup>

Não há qualquer amparo no dever moral à obstinação terapêutica, pois esta não se justifica, a ausência de benefício faz dela simplesmente uma prorrogação de sofrimento, sem perspectiva de qualquer ganho.

<sup>71</sup> MARTIN, Leonard M. **A ética diante do paciente terminal: leitura ético-teológica da relação médico-paciente terminal nos códigos brasileiros de ética médica.** São Paulo: Santuário, 1993.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Maria Zeneida Puga Barbosa; BARBAS, Stela. Autonomia do idoso e distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 2, p. 328-337, 2013.

<sup>73</sup> PALMER, Michael. **Problemas morais em medicina: curso prático.** São Paulo: Loyola, 2002.

<sup>74</sup> PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo, 2004.

<sup>75</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>76</sup> SCRIGNI, Adriana. Bioética e problemas de final de vida – uma experiência de limitação de suporte vital em um hospital de alta complexidade. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail Sobral e Luis Fernando Spósito. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). **Bioética clínica e pluralismo.** São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2013.

A crença que a vida biológica é um bem supremo que merece a concentração de todos os esforços disponíveis, independente do sacrifício de sua qualidade de vida, induz o profissional à distanásia. Outro fator é a dificuldade de profissionais, acostumados a salvar vidas, aceitarem a morte, o que lhes gera grande angústia.<sup>77</sup>

Muitas vezes a prática da distanásia está associada à denominada medicina preventiva. Com o escopo de evitar acusação de atuação médica equivocada, que poderia dar ensejo à responsabilização profissional, o profissional opta por realizar procedimentos médico hospitalares desnecessários.<sup>78</sup>

Outras vezes, menos frequentes, está enraizada na ganância, tentando obter ganhos financeiros, vez que essas técnicas são elaboradas e de alto custo, portanto necessitam de montante monetário considerável para fazer-lhe frente ao feito, situação que pode ser agravada quando é conduzida à revelia do paciente.<sup>79</sup>

O interesse econômico pode ser tanto do profissional da saúde, quanto do nosocômio, lesando o paciente, que depositou sua confiança no médico, porém o ato lesivo também poderá ter como vítima o plano de saúde do enfermo, que suportará os altos custos do procedimento, bem como a Administração Pública, na eventualidade do paciente ser submetido ao tratamento na rede pública de saúde, onerando o erário público.

A vaidade profissional também é uma das razões que fundamentam a distanásia, o profissional por vezes não admite o insucesso das tentativas de tratamento, e observa a morte que se aproxima não como uma circunstância própria da vida, mas como um fracasso pessoal, por essa razão luta contra o perecimento humano como um inimigo que se aproxima, trazendo-lhe frustração profissional.<sup>80</sup>

O Código de Ética Médica determina que a distanásia seja evitada, prescrevendo que doentes terminais, que padecem de moléstia incurável, devam receber todos os cuidados paliativos disponíveis, contudo não deverá empreender ações diagnósticas ou terapêuticas obstinadas ou inúteis, bem como respeitar a autodeterminação do paciente.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Maria Zeneida Puga Barbosa; BARBAS, Stela. Autonomia do idoso e distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 2, p. 328-337, 2013.

<sup>78</sup> PINTO, Cristhiane da Silva. Quando o tratamento oncológico pode ser fútil? Do ponto de vista da paliativista. **Revista Brasileira de Cancerologia**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 393-396, 2008.

<sup>79</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008.

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1. p. 90. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 1 abr. 2012.

Contudo é imperioso ressaltar que todo procedimento deve ser discutido com o paciente e, sendo necessário, com seus familiares, vez que a autodeterminação do paciente está presente no diálogo e cada um dos agentes pode ter uma interpretação distinta sobre a vida e a futilidade terapêutica. Sendo assim, em situações limite a relação médico paciente deve ser preservada, por meio da comunicação e do respeito mútuo.<sup>82</sup>

### 2.2.3 Ortotanásia

Na hipótese do médico aceitar que nem sempre é possível curar o enfermo, mas vislumbrar que ainda assim é possível, e necessário, tratar suas dores físicas, sociais, morais e psicológicas, surge a opção da ortotanásia.

A ortotanásia, etimologicamente, quer dizer morte correta; o radical *ortho* significa certo, enquanto que *thanatos* significa morte. Trata-se do não prolongamento do processo de morte, extrapolando o processo natural.<sup>83</sup>

Ortotanásia consiste em permitir que a morte ocorra em seu próprio tempo, sem que ocorra qualquer conduta que procure antecipar ou prolongar esse processo natural, seja por meio de um comportamento omissivo comissivo, visando suspender suportes vitais, seja por conduta ativa, com a retirada ou desligamento de equipamentos substitutos de órgãos, ou que controlem suas funções normais, causando colapso do organismo, desencadeando a morte. A ortotanásia também é denominada, por alguns estudiosos de paraeutanásia, eutanásia por omissão.<sup>84</sup>

Em outras palavras, a ortotanásia significa a arte de bem morrer. Por esse prisma, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida, fazendo com que o paciente que está em fase terminal e seus familiares enfrentem a morte com certa tranquilidade. Nesse processo, há a conjugação do conhecimento ético com o componente técnico. Respeita-se a autonomia do doente e proporciona a ele um tratamento paliativo para diminuir a sua agonia e sofrimento, de modo a não transformá-lo em mero objeto, sujeito ao

<sup>82</sup> SCRIGNI, Adriana. Bioética e problemas de final de vida – uma experiência de limitação de suporte vital em um hospital de alta complexidade. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail Sobral e Luis Fernando Spósito. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). **Bioética clínica e pluralismo**. São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2013.

<sup>83</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

prolongamento ou à abreviação de sua vida de acordo com as conveniências da família ou da equipe médica.<sup>85</sup>

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define como cuidados paliativos aqueles que têm por objetivo melhorar a qualidade de vida dos doentes e familiares que estejam vivenciando uma doença grave, ou incurável, cujo prognóstico é uma ameaça à vida. O tratamento se concentra na prevenção e na diminuição do sofrimento, mas não se restringe às dores físicas, oferecendo auxílio aos problemas psicossociais e espirituais.<sup>86</sup>

O profissional da saúde não tem a obrigação de prolongar indefinidamente a vida do paciente, gerando sofrimento insuportável e desnecessário ao enfermo, exceto se esse for seu desejo, expressamente manifestado.<sup>87</sup>

Opostamente, é um dever da equipe médica se abster de procedimentos considerados desproporcionais, extraordinários ou fúteis, que não proporcionarão qualquer melhora ao doente.<sup>88</sup>

Começar uma terapêutica que é considerada fútil pela ciência médica, bem como dar continuidade a um tratamento que não proporciona nenhum benefício ao paciente não é uma prática profissional, afinal o médico deve promover a saúde e o bem estar do paciente e não ampliar seu mal estar.<sup>89</sup>

A vida já está em seu desfecho e essa situação é irreversível, apenas são omitidos os procedimentos que não contribuem para combater o sofrimento, opostamente, apenas o prolongam. Enquanto que os cuidados básicos, paliativos, que aliviam o sofrimento são mantidos.<sup>90</sup>

Na ortotanásia o que se suprime é o tratamento fútil, que agride o paciente, retirando-lhe a dignidade, sem contribuir para o abreviamento da vida, assim se distancia do conceito de eutanásia passiva.<sup>91</sup>

A decisão de suspender medida extraordinária ou desproporcional não tem por objetivo direto ocasionar a morte, mas evitar sofrimento desnecessário, o que pretende é

<sup>85</sup> PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo, 2004.

<sup>86</sup> INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **Cuidados paliativos**. Disponível: <[http://www.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?ID=474](http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=474)>. Acesso em: 17 jan. 2014

<sup>87</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **O equilíbrio do pêndulo**. São Paulo: Ícone; 1998.

<sup>88</sup> NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 17, n. 1, p. 29-39, 2009.

<sup>89</sup> PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 5. ed. São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2000.

<sup>90</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008.

<sup>91</sup> AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de. **Bioética fundamental**. Porto Alegre: Tomo, 2002.

promover o bem estar do paciente, com isso apenas não se prolonga a vida que está próxima ao fim.<sup>92</sup>

Pode-se afirmar que a ortotanásia é mais que uma simples atitude médico hospitalar, é um ideal<sup>93</sup> pelo qual tanto o direito, quanto a medicina, devem lutar, pois a morte é inevitável.<sup>94</sup>

A morte é interpretada como um processo, de modo humanizado, possibilitando ao paciente conforto, amparo, por meio de cuidados paliativos, e reduzindo ao máximo seu sofrimento, assegurando sua dignidade por todo o curso da etapa derradeira de sua vida.<sup>95</sup>

A ortotanásia encontra-se prevista na Resolução n. 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina<sup>96</sup>, que foi elaborada sob a influência do princípio da dignidade da pessoa humana.

A resolução permite a limitação ou suspensão de procedimentos e terapias que busquem prolongar a vida de paciente em fase terminal, porém impõe que a vontade da pessoa seja respeitada. Impõe ao médico o dever de esclarecer ao enfermo quais os tratamentos mais adequados, inclusive assegurando-lhe o direito de solicitar outra opinião médica.

Reconhece ainda o direito do paciente de continuar recebendo cuidados paliativos, que aliviam os sintomas e diminuem o sofrimento. A assistência integral ao enfermo será assegurada, promovendo conforto físico, psíquico, religioso e social, sendo-lhe permitido o direito da alta hospitalar.

Em 2007, o Ministério Público Federal entrou com uma Ação Civil Pública<sup>97</sup> contra a referida resolução, em que se requeria como pedido principal a nulidade da resolução e, alternativamente que os critérios para prática da ortotanásia fossem definidos.<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> TORREÃO, Lara. **Aspectos éticos na abordagem do paciente terminal em unidade de terapia intensiva pediátrica**. 2001. Dissertação. (Mestrado em Ciências Médicas) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

<sup>93</sup> PESSINI, Leo. **Distanásia: até quando prolongar a vida**. São Paulo: Loyola, 2001

<sup>94</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008.

<sup>95</sup> CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 3, p. 405-411, 2013.

<sup>96</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.805/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Seção I. p. 169. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2012.

<sup>97</sup> BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltarf1/pagina-inicial.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

<sup>98</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A ortotanásia na justiça brasileira. **Revista Bioethikos**, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 476-486, 2010. Disponível: <[http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos\\_476-486\\_.pdf](http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486_.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2014.

A defesa apresentou parecer expondo os conceitos de eutanásia, ortotanásia e distanásia, descrevendo suas aplicações e distinções, conforme fora pedido na exordial. Pleiteou-se a improcedência da ação.<sup>99</sup>

Assim, em 2010, a Ação Civil Pública foi julgada improcedente, entendendo tanto o juiz, quanto a Procuradoria Federal que a posição do Conselho Federal de Medicina é válida.<sup>100</sup>

A legislação penal silencia com relação a esse tema, embora tenha havido, em 1984, uma proposta de reforma do Código Penal com a inclusão do parágrafo 4.<sup>o101</sup>, ao art. 121, com o escopo de tornar a ortotanásia não punível, contudo a proposta foi rejeitada. O texto legal propunha que a ortotanásia excluísse a ilicitude do homicídio.<sup>102</sup>

Fica evidenciado que na ortotanásia a vida do paciente não é abreviada, nem mesmo prolongada, ocorre de modo natural, sem interferência humana direta. O que se objetiva é promover o bem estar do enfermo que já se encontra acometido por doença, portanto fragilizado e não deseja ter seu sofrimento ampliado por práticas que não lhe trarão benefícios, apenas ampliarão sua agonia.

Seguindo as lições da deliberação moral a eutanásia, ou suicídio assistido, seria considerada uma prática extrema, vez que anteciparia a morte do paciente, por meio de conduta médica, ainda que a decisão esteja permeada por espírito humanitário. No extremo diametralmente oposto estaria a distanásia, que, refutando o processo de morte, busca combatê-la, mesmo que o custo dessa conduta seja a ampliação desnecessária do sofrimento do doente terminal.

Nesse contexto, a ortotanásia se apresenta como solução mais ponderada, pois não antecipa a morte, nem promove a obstinação terapêutica, opta-se por tratar o paciente, quando curar já não é possível, permite que a vida siga seu fluxo normal, buscando aliviar o seu sofrimento.

<sup>99</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A ortotanásia na justiça brasileira. **Revista Bioethikos**, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 476-486, 2010. Disponível: <[http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos\\_476-486\\_.pdf](http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486_.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2014.

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> CARDOSO, Juraciara Vieira. **Ortotanásia**: uma análise comparativa da legislação brasileira projetada e em vigor. 16 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ortotan%C3%A1sia-uma-an%C3%A1lise-comparativa-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-brasileira-projetada-e-em-vigor>>. Acesso em: 19 mar. 2014. Anteprojeto de reforma do código penal (1984). Art. 121, “§4.º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja o consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.”

<sup>102</sup> JUNGES, José Roque et al. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 18, n. 2, p. 275-288, 2010.

### CAPÍTULO 3 REFLEXÕES SOBRE O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

O advento do *Belmonte Report* teve fundamental importância para a discussão da autonomia da vontade nas questões que envolvem a bioética, por meio de estudos e debates que não ficaram restritos àquele período, mas que persistem até a atualidade.

Uma das discussões que ganham corpo com o desenvolvimento do pensamento bioético e jurídico é quanto ao consentimento do sujeito aos procedimentos e pesquisas que envolvam seres humanos. Esse consentimento que deve, obrigatoriamente, ser manifestado de forma livre e com esclarecimento prévio, é corolário do princípio da autonomia da vontade, disposta pela primeira vez no diploma norte americano e tido como princípio basilar da bioética.

Muito se argumenta que a alteração do modo pelo qual se estabelece a relação médico-paciente pode ser a responsável pelo reconhecimento desse importante direito ao cidadão, contudo também não é equivocado argumentar que este seria apenas um desdobramento da dignidade da pessoa humana.

A relação médico paciente é exclusivamente baseada na confiança. Desse modo qualquer atitude que macule essa relação a levará a ruína. Para que seja considerada saudável requer fidelidade de ambas as partes, o profissional deve preservar as informações que lhe são confiadas, esclarecendo quem procura por seus préstimos quanto aos riscos, benefícios e prognósticos ínsitos ao procedimento.

O médico é o profissional eleito de modo livre pelo paciente, ou sua família, para auxiliá-lo na prevenção ou tratamento de uma enfermidade, enquanto que o paciente é o protagonista da administração de sua saúde, nesse contexto, a consulta e o ato médico, tornam-se uma relação de sinergia.<sup>1</sup>

Existe uma relação assimétrica entre médico e paciente, o profissional da saúde dispõe do conhecimento técnico imprescindível para lutar pela restituição da saúde do enfermo. Enquanto que o paciente está em desequilíbrio físico ou mental em razão da fragilidade de sua saúde<sup>2</sup>

Essa relação que por sua própria natureza já é desigual, foi ainda mais distanciada com o avanço biotecnológico, que contribuíram para que cada vez mais os profissionais se

---

<sup>1</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica.** Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

<sup>2</sup> TAVARES, Marcelo de Sousa. Aspectos éticos da quebra da relação médico-paciente. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 125-131, 2008.

superespecializassem, perdendo as características do médico de família de outrora. Houve, com isso, a desumanização do médico, que se tornou um técnico, ignorando, muitas vezes, os aspectos humanos, que são fundamentais a essa relação.<sup>3</sup>

Embora um pouco desgastada atualmente essa relação ainda guarda seu valor. Muitos profissionais zelam por ela, guiados pelo Código de Ética Médica<sup>4</sup>, que em seu capítulo I, ao estabelecer os princípios fundamentais do diploma, remete aos ensinamentos de Hipócrates e “[...] defende o amor ao paciente como forma de amor pela arte médica”<sup>5</sup>, orientando a própria atuação profissional. Esse documento reconhece também os princípios bioéticos garantidores do paciente: autonomia; beneficência; não maleficência; justiça; cidadania; responsabilidade e dignidade humana.

Essa interação não é apresentada de forma única, mas distinta, existindo diversos modelos de relação médico-paciente.<sup>6</sup> A primeira delas é denominada paternalista, genitoral, ou sacerdotal, segundo a qual o médico assegura ao paciente todas as intervenções que auxiliem na promoção de sua saúde e bem-estar, o médico decide com a mínima intervenção do paciente, extrapolando sua própria autonomia, prevalecendo as escolhas do profissional em detrimento da opção do enfermo, figurando como um tutor, todavia essa atuação se restringe a situações de emergência.

O modelo denominado informativo, científico, engenheirista ou do usuário, é fundamentado no dever do médico de informar ao paciente todos os riscos e benefícios relativos ao tratamento, vez que apenas com o consentimento do enfermo, dar-se-á a intervenção necessária. Segundo esse modelo se estabelece uma relação contratual, reduzindo o profissional da saúde à condição de um prestador de serviços qualificado, prejudicando a relação baseada na confiança, a relação passa a ser impessoal.

Enquanto que no modelo interpretativo, o médico exerce a função de auxiliar o paciente em suas escolhas, não se limitando a prestar-lhe informações sobre os riscos e benefícios de cada procedimento, ajudando-o na compreensão de valores específicos. Sendo assim, o

<sup>3</sup> SAMPAIO, Adriano Cavalcante e SILVA, Maria Rejane Ferreira da. Prontuários médicos: reflexo das relações médico-paciente. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 18, n. 2, p. 451-468, 2010.

<sup>4</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1. p. 269-270. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 2 out. 2012.

<sup>5</sup> NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira; SIQUEIRA, José Eduardo de. A bioética no atual Código de Ética Médica. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 18, n. 2, p. 439-450, 2010.

<sup>6</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

enfermo não detêm valores predeterminados, sua autonomia tem característica de autocompreensão e o profissional tem função de aconselhá-lo, aclarando seu entendimento.

Contudo existem alguns limites, como a disponibilidade do profissional, pois essa espécie de aconselhamento requer que o prazo da consulta seja ampliado, o que nem sempre é possível em razão de interesses econômicos. Todavia a limitação principal é a formação inadequada dos profissionais da saúde para essa função de aconselhamento, o que poderia incidir em outro problema, influenciar o paciente segundo as suas perspectivas, persuadindo-o e limitando sua própria interpretação e decisão.

O modelo deliberativo é caracterizado pelo dever do médico de informar o paciente sobre os aspectos clínicos do procedimento e de seus valores, deveria exercer o papel de um irmão mais velho, de um mestre, aconselhando o enfermo e lhe mostrando o caminho moral a ser trilhado para chegar à decisão quanto à adesão ao tratamento. O paciente terá sua autonomia preservada, após analisar os diversos valores que compõe a decisão acerca do tratamento a ser adotado. A grande censura apresentada a essa teoria é que o profissional da saúde desconhece quais os valores mais relevantes para cada paciente, pois a sociedade atual é pluralista, cujos valores são imensuráveis, além do mais, o paciente busca o médico para tratar a sua enfermidade e não para um debate moral.

O avanço tecnológico não pode se tornar uma barreira entre médico e paciente, o sistema capitalista tampouco pode corrompê-lo, seu mister é oferecer apoio, seja na forma de prevenção, tratamento ou alívio da dor. O profissional da saúde deve conhecer a aflição humana, seus medos e necessidades e amparar o enfermo, que, certamente, estará inseguro e incerto quanto ao seu futuro.

A vida e a dignidade de qualquer pessoa devem estar no ápice de todas as relações sociais, independentemente de serem hierárquicas, entretanto se uma das partes envolvidas nessa discussão, ou um grupo específico, for mais bem informado que outro, haverá zonas de atrito e desequilíbrio.<sup>7</sup>

A necessidade de se determinar condutas acerca da qualidade de vida e de seu prolongamento, bem como quaisquer outros procedimentos que, por eventos alheios à vontade do paciente e do profissional, podem alterar a continuidade ou modo de viver em razão da intervenção médico-hospitalar, devem ser discutidas com as partes envolvidas, a fim de esclarecer os interessados quanto ao seu conteúdo integral.

---

<sup>7</sup> SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

### 3.1 Acepção jurídica e bioética do termo de consentimento

A acepção jurídica de consentimento, segundo De Plácido e Silva, deriva do verbo latino *consentire*, cujo significado é “ter o mesmo sentir, estar de acordo, concordar”<sup>8</sup>. Pode ser interpretada como manifestação de vontade definitiva. O consentimento confere validade ao ato jurídico, por essa razão deve ser deferido de modo livre e sério. Demonstra que o manifestante concorda com o ato que será praticado e o autoriza, conferindo poder à pessoa que irá praticá-lo. A ausência do consentimento denota um obstáculo à realização do ato.<sup>9</sup>

O termo *consentimento* diz respeito a um comportamento capaz de autorizar a atuação de alguém para um determinado fim. Quando se trata, especialmente, de consentimento para procedimento médico hospitalar, autoriza-se o profissional atuar na esfera físico-psíquica do paciente, com escopo de promover a saúde de quem está acometido por uma enfermidade. É imperioso destacar que o consentimento informado não se restringe ao simples fato de permitir ao paciente eleger o profissional que irá cuidar de sua saúde.<sup>10</sup>

O consentimento tem por característica a comunicação associada à autorização, porém não se trata de mera comunicação é necessário esclarecer o sujeito quanto ao procedimento, que somente poderá ser iniciado após autorização de quem a ele estiver submetido.

A origem do consentimento não é hipocrática, mas sim uma contribuição da ciência jurídica à medicina, auxiliando-a, com os ideais emanados pela teoria dos direitos humanos, na sua concretização como direito primário e fundamental.<sup>11</sup>

Sua manifestação de consentimento demonstra a instrumentalização do diálogo travado entre o profissional da saúde e o tomador de seus serviços, permitindo o início da prestação médica, sendo renovada a cada nova intervenção.<sup>12</sup>

O consentimento livre e esclarecido embora derive de autonomia não pode ser considerado como seu sinônimo, vez que a responsabilidade técnica e moral do profissional da saúde permanecem, independentemente, da adesão por parte do paciente ao tratamento proposto.

---

<sup>8</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2004. p. 353.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português** (elementos para o estado da manifestação da vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001.

<sup>11</sup> TAMAYO, Carlos Tena; LEE, Gabriel Manuel; MATA, Octavio Casa Madrid. (Ed.). **Consentimiento válidamente informado**. México: Conamed, 2004.

<sup>12</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

Ademais uma decisão que verse sobre a qualidade de vida deve ser tomada de modo ponderado, e apenas é assim quando são esclarecidas todas as dúvidas referentes aos procedimentos, quais suas consequências, quais os benefícios e quais os riscos de efeitos adversos apresentados. Essa conduta fortalece a relação médico-paciente, que é tipicamente fiduciária.<sup>13</sup>

Surge para o médico o dever de informar o paciente. O esclarecimento impõe que as dúvidas sejam sanadas de modo simples e de fácil entendimento, afinal existe uma disparidade na relação. O paciente é hipossuficiente, pois não detém a mesma qualificação técnica que o profissional, ainda que possua grau de instrução superior ao do médico, desconhecerá o conteúdo dos procedimentos médico hospitalares, além disso, a vulnerabilidade de sua integridade física e psicológica também o torna mais frágil nessa relação.

No entanto, é importante ressaltar que em alguns casos a vontade manifestada no consentimento pode estar prejudicada por vícios da vontade do paciente em razão de erro, intimidação ou dolo.<sup>14</sup>

Poderá haver erro na hipótese da informação ao paciente ser comunicada de modo equivocado, ou pouco claro, impossibilitando sua compreensão de modo adequado.

A intimidação poderá ocorrer na eventualidade do profissional que receber a recusa do paciente, argumentar que na inexecução do procedimento haverá risco de perda das coberturas contratadas junto à prestadora de serviços médico hospitalares, ou mesmo seguradora.

Já o dolo é menos frequente, em razão da própria atividade profissional que é de aliviar o sofrimento e salvar vidas. Nessa hipótese o médico, arditosamente, enganaria o paciente com o objetivo de colher sua manifestação de vontade.

O consentimento livre e esclarecido é fundamental para demonstrar que a atuação a que o sujeito está exposto, respeita a sua autonomia, que este conhece os riscos decorrentes do procedimento (não-maleficência) e os benefícios que terá com a prática de determinado ato (beneficência) e que, caso seja necessário, terá acesso aos dados colhidos em pesquisa, a fármacos, a tratamentos, entre outros (equidade).

É, portanto, a síntese, a corporificação dos limites bioéticos, éticos e morais nos procedimentos aos quais o ser humano está sujeito, e, por consequência, o respeito à

---

<sup>13</sup> SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>14</sup> DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Bioética clínica e direito médico. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Org.) **Bioética clínica e pluralismo**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo : Loyola, 2013.

dignidade humana e à vida, de forma a poder contribuir com a discussão sobre os limites e princípios bioéticos, bem como demonstrar a importância jurídica deste documento.

Deve-se dedicar especial atenção à extensão da informação, que deve ser completa e renovada a cada ato.<sup>15</sup>

Só há verdadeiramente autonomia quando a vontade dos sujeitos da relação (médico, paciente e familiares) está exposta de modo claro e delimitado, somente por meio dessa dialética é possível eleger a conduta mais adequada.

Todavia por décadas o consentimento informado recebeu críticas da comunidade médica que alegava que na hipótese do paciente ter acesso a todas as informações de modo detalhado, incluindo riscos diminutos, haveria ansiedade e desconforto em razão da incerteza e teria como consequência elevação nos índices de recusa e abandono das terapias. O termo de consentimento livre e esclarecido chegou a receber denominações provocativas, como Termo de Ressentimento.<sup>16</sup>

Determina-se que os diagnósticos e prognósticos, assim como os riscos, sejam informados com prudência, respeitando as consequências psicológicas que poderá acarretar no paciente.<sup>17</sup>

Muitas vezes a informação equivocada, transmitida de modo inadequado, linguagem inacessível, fez com que se entendesse que o consentimento era somente uma etapa burocrática no tratamento da enfermidade.

A mera informação quanto aos riscos e benefícios não é suficiente, o médico deve oferecer opções ao tratamento, explicando ao paciente quais os ganhos e perdas de cada uma das opções.

Não se pode olvidar que muitos pacientes preferem retomar o modelo paternalista e confiar ao médico os destinos do tratamento, pois, equivocadamente, imagina que a responsabilidade técnica, que é exclusiva do profissional, está sendo compartilhada consigo. Ou ainda, pela segurança e confiança que deposita no profissional, bem como o medo de receber uma má notícia, concretizando o que antes era apenas uma possibilidade.

Muitas vezes o próprio profissional da saúde faz uso do termo de consentimento como instrumento preventivo de responsabilidade, seguindo o modelo de medicina preventiva adotado no pedido de exames complementares, que tem por escopo exclusivo documentar que

---

<sup>15</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**: fundamentos e ética biomédica. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

<sup>16</sup> GRINBERG, Max; CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. Termo de consentimento com sentimento In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>17</sup> SGRECCIA, op. cit.

o procedimento eleito era o mais adequado, na eventualidade de se discutir sua responsabilidade.

Respeitar a vontade do paciente, manifestada no consentimento, é elemento essencial da relação médico paciente, o profissional deve lutar pelo bem estar e dignidade de quem busca seus préstimos.<sup>18</sup>

Reconhecendo a importância da relação médico paciente e buscando preservar a autodeterminação do paciente e a autonomia técnica do médico, na Itália, o Comitê Nacional para a Bioética (CNB)<sup>19</sup>, em 1992, editou algumas diretrizes norteadoras dessa relação.

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é um documento em que o paciente, após ter recebido todas as informações e ter sanado todas as dúvidas, manifesta seu consentimento ao médico para realização de procedimentos terapêuticos e diagnósticos, sendo na maioria das vezes recomendada a utilização da forma escrita.<sup>20</sup>

O documento determina que a relação travada entre o profissional e o enfermo deverá ser duradoura, quando este padecer de doença relevante ou de difícil diagnóstico. O médico deve conhecer a personalidade de quem confia em seus serviços e deve estar preparado para auxiliá-lo. As más notícias devem ser dadas de modo prudente, evitando o agravamento da doença. As comunicações devem ser feitas de modo claro, com linguagem acessível e de fácil interpretação, capazes de serem objetiva e integralmente entendidas por qualquer cidadão. O profissional não deverá se submeter ao desejo de familiares, que pretendam omitir-lhe a gravidade dos prognósticos, deixando que o paciente tome as decisões que julgar necessárias.<sup>21</sup>

O consentimento livre e esclarecido pode inclusive ser considerado como um dos direitos da personalidade, além de representar uma garantia contra invasões à intimidade física e psíquica do paciente. A prática da bioética é caracterizada pelo respeito aos princípios ético-jurídicos, associados aos valores socioculturais, que são evidenciados nas tradições e costumes.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> HOSSNE, Willian Saad; VIEIRA, Sonia. **A experimentação com seres humanos: aspectos éticos**. São Paulo: EDUSP, 1995.

<sup>19</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. **Informazione e consenso all'atto medico**. Roma, 1992.

<sup>20</sup> BARBOSA, Hermes de Freitas. **É obrigatório o uso do Termo de Consentimento Informado?** Ribeirão Preto, [2014]. Disponível em: <<http://www.hermesbarbosa.med.br/noticias2.php?id=90>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

<sup>21</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

<sup>22</sup> NEVES, Maria do Céu Patrão. Contexto cultural e consentimento – uma perspectiva antropológica. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. (Org.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola : São Camilo, 2003.

Na análise bioética não existem soluções absolutas, porém é necessário assegurar a todo e qualquer ser humano uma vida com condições dignas, e não é fora de propósito dizer que a dignidade, muitas vezes, está na razão direta do atendimento dos interesses mais íntimos, sendo o Direito o instituto que deve zelar pela manutenção da vida digna e pelos interesses legítimos.

### 3.2 Modos de manifestação de vontade

A manifestação de vontade pode ser expressa de diversas formas, são espécies: escrita, oral ou digital; explícita ou tácita; pessoal ou representada. Não há, como regra, um modo especial a ser adotado, salvo quando o consentimento apresenta uma importância singular, ou nas hipóteses de representação, quando deverá, obrigatoriamente, adotar-se a forma escrita.<sup>23</sup>

A informação poderá ser transmitida pelo profissional da saúde de forma oral e o paciente poderá manifestar sua aprovação, ou recusa, do mesmo modo. Contudo essa espécie de manifestação não é a mais adequada, visto que alguma informação importante poderá não receber a atenção necessária, ou ser entendida de modo diverso de sua real amplitude.

Ademais, passados alguns dias, dúvidas poderão surgir e o paciente, que é a parte mais frágil nessa relação desigual, ficará ainda mais prejudicado.

Existe ainda a possibilidade de, posteriormente, o médico precisar demonstrar que esclareceu o enfermo de modo adequado, cumprindo com sua responsabilidade ética e jurídica, contudo terá enormes dificuldades para fazê-lo.

Sendo assim, por todos esses riscos para ambas as partes da relação, esse não é considerado o modelo mais adequado. Opostamente, é considerado o modelo mais frágil, dentre todas as modalidades, contudo, ainda que frágil, é mais benéfico que a ausência de consentimento.

O modelo digital é o que apresenta menor aplicação prática, as informações são disponibilizadas de modo digital, a comunicação pode ser feita por meio de uma gravação de áudio, vídeo, ou apresentação, colhendo-se, por algum meio a manifestação do paciente. Esse modelo possibilita que as informações sejam retomadas nas hipóteses de dúvidas, ou equívocos, bem como permite a comprovação de sua existência, caso se faça necessária, preservando profissionais da saúde e os tomadores de seus serviços.

---

<sup>23</sup> SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

Existe também o modelo escrito, que é mais comum que o modelo digital e menos comum que o modelo oral, as informações são entregues na modalidade escrita ao paciente, que terá consigo uma via da comunicação. O consentimento é colhido, por meio de assinatura, e uma via ficará sob a guarda do profissional ou do serviço de saúde.

Alguns procedimentos exigem esse modelo de manifestação de vontade, são exemplos: reprodução assistida e doação de órgãos e tecidos. É prudente que a recusa consciente a intervenções, procedimentos e terapias, que tenham por consequência risco à integridade física, psíquica, ou à vida do manifestante, seja feita na modalidade escrita, como na hipótese de negativa de transfusão em razão de credo religioso.

Essa espécie de consentimento livre e esclarecido também permite comprovação de existência, na eventualidade de, no futuro, existir essa necessidade, representando uma segurança ao médico e ao paciente, pois há demonstração, ainda que inicial, de cumprimento aos preceitos jurídicos, éticos e bioéticos, materializados no instrumento de vontade.

A manifestação pode ser explícita, por meio da adoção de uma dessas modalidades de consentimento, em que o manifestante demonstra objetivamente, após ter sido esclarecido, seu desejo de aderir ao tratamento proposto pelo corpo clínico.

Há ainda a possibilidade de consentimento tácito, na eventualidade de, após todas as informações acerca da terapêutica, dos prognósticos, das reações esperadas e adversas terem sido prestadas, o paciente não firma qualquer documento aderindo expressamente ao tratamento, entretanto sua conduta demonstra, ainda que no silêncio, seu desejo de se submeter à terapia oferecida.

Ocorre consentimento tácito quando o enfermo se apresenta na data e local indicado para um procedimento, faz uso de um fármaco prescrito, ou se abstém de praticar atividades contraindicadas. Em todas essas situações as atitudes do manifestante demonstram seu interesse de aderir ao tratamento, mesmo sem qualquer manifestação expressa.

É comum que o próprio paciente demonstre o desejo de aderir à terapêutica apresentada, mas a manifestação de vontade pessoal, embora seja a regra não é a única possibilidade, muitas vezes situações outras retiram do paciente a capacidade de exercer a autodeterminação, necessitando que outrem o faça por si.

O consentimento esclarecido por representação é fundamental para a saúde da relação médico paciente nas situações em que o paciente está privado de consciência. Pacientes acometidos por doenças mentais, ou em estado vegetativo, são exemplos, ou quando, embora disponha de consciência, não têm capacidade para agir, como nos casos de menores e incapazes.

Evidente que em caso de urgência, com paciente em risco iminente de morte, a equipe médica ficará desobrigada de obter a manifestação de vontade, afinal um valor mais alto está em risco e nesse caso específico, aguardar o consentimento seria desmedido, atentatório contra a vida e a dignidade da pessoa humana.

Muitas são as espécies de manifestação de vontade, algumas oferecem maior segurança aos profissionais da saúde e aos enfermos, outras são mais frágeis, mas o fundamental é que exista a preocupação em adotar alguma das modalidades de comunicação, com o escopo de esclarecer o paciente, pois somente assim haverá respeito mútuo e uma relação médico paciente saudável, respeitando preceitos jurídicos e bioéticos.

### 3.3 Capacidade e discernimento: termos sinônimos ou complementares?

É comum que se pergunte quem tem aptidão para consentir, a quem caberia a manifestação da vontade, quais são os indivíduos que podem expressar seu desejo e existem limites à autodeterminação.

A autonomia do sujeito, quando seu objeto é um procedimento médico-hospitalar, deve seguir padrões mais rígidos que os utilizados cotidianamente, nas demais relações da vida civil.<sup>24</sup>

O ordenamento jurídico é responsável por estabelecer aqueles que estão habilitados à prática de determinados atos jurídicos, essa aptidão recebe o nome de capacidade.

A capacidade é responsável por conferir validade aos atos praticados por determinada pessoa, atribuindo-lhes efeitos jurídicos capazes de criar, extinguir ou modificar relações jurídicas. Portanto, não é mero direito subjetivo, mas o antecede, é seu pressuposto.<sup>25</sup>

A norma civil inicialmente estabelece a capacidade de fato<sup>26</sup>, de modo genérico, inerente à condição humana. Todavia há a capacidade de direito, que possibilita a pessoa exercer os atos da vida civil de modo pleno.

Não são todos que detêm capacidade de direito, inicialmente o diploma civil estabeleceu o critério biológico<sup>27</sup> como elemento distintivo da capacidade, pois apenas os

<sup>24</sup> SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>25</sup> PACIFICI-MAZZONI, Emidio. **Istituzioni di diritto civile italiano**. Firenze: E. e F. Cammelli, 1871.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2014 - Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

<sup>27</sup> Ibid. Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

maiores de 18 anos possuem tal aptidão, entretanto mesmo os maiores podem sofrer limitação da capacidade<sup>28</sup>, desde que não apresentem discernimento necessário para expressar sua vontade.<sup>29</sup>

Discernimento é o critério de juízo, valor, prudência, quando a pessoa está hábil para diferenciar um ato prejudicial de um benéfico, o correto de incorreto, algo que é conveniente do que não o é, a conduta lícita da conduta ilícita.<sup>30</sup>

Não apresentam discernimento pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou reduzido. Os toxicômanos, ébrios habituais e até mesmo o enfermo podem apresentar ausência de discernimento, nessas hipóteses é necessário que um médico ateste sua capacidade.<sup>31</sup>

Quando se analisa o consentimento, o paciente deve ter discernimento para exercer sua autonomia, compreender o significado de sua decisão e aderir, ou recusar, o procedimento ao qual poderá ser submetido, sendo função do médico atestar se o sujeito está apto a decidir.<sup>32</sup>

Vale dizer que sem discernimento o paciente está impedido de manifestar seu consentimento, invalidando o ato por completo.

A pessoa só é capaz de decidir quando puder entender a informação que lhe é transmitida, ponderar as propostas que lhe são apresentadas, visando o resultado que mais lhe interessa, segundo seus desejos e valores mais relevantes.<sup>33</sup>

O discernimento pode ser traduzido como a capacidade de consentir, capacidade de escolher, entre as alternativas que são apresentadas, a que melhor satisfaz o interesse da

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2014 –

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

<sup>29</sup> SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>30</sup> CHAVES, Antonio. Capacidade civil. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). **Enciclopédia Saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 13.

<sup>31</sup> ANDERSON, Miriam. The Capacity to Make a Will When the Testator's Mental Capacity is Impaired; Catalan Supreme Court Judgement January 26, 2009. **Indret**, Barcelona, v. 3, p. 1-15, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=1440242>>. Acesso em: 27 maio 2014

<sup>32</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. v. 1

<sup>33</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James Franklin. **Principles of biomedical ethics**. New York: Oxford University, 1979.

pessoa, podendo ser considerado como outra espécie de capacidade que deve ser somada à capacidade de direito e capacidade de fato.<sup>34</sup>

O sujeito deve ter capacidade legal para dar seu consentimento a qualquer procedimento ou terapia médica, para tanto a pessoa deve estar com discernimento pleno.<sup>35</sup>

Assim o discernimento se diferencia da capacidade civil em razão da ausência de um critério objetivo, como o critério etário, sendo imperioso analisar o caso concreto para poder aferir a aptidão do indivíduo para expressar seus desígnios por meio de juízos de valores.

Pugna-se cada vez mais pela relativização dos critérios objetivos de capacidade, com o escopo de conferir ao incapaz a possibilidade de exercer sua autonomia em decisões referentes aos direitos da personalidade exclusivamente.<sup>36</sup>

A adoção de critérios etários e biológicos para determinar a capacidade civil muitas vezes atrapalha o exercício regular dos direitos da personalidade, afetando seu titular, retirando-lhe, ou relativizando sua dignidade.<sup>37</sup>

Não se pode negar que capacidade civil e discernimento sejam complementares, contudo não é correto afirmar que sejam sinônimos, pois há menores de 18 anos, que consegue valorar suas condutas de modo prudente, fazendo a correta distinção do que lhe é benéfico, ou prejudicial. O discernimento está presente, mas ainda falta-lhe a capacidade civil.

Há também ocasiões em que a capacidade civil está desacompanhada de discernimento, pessoa maior acometida de enfermidade grave que lhe causa sérios transtornos emocionais.

Sendo assim, o consentimento para práticas médicas só será válido quando estiverem associados capacidade civil e discernimento, em qualquer outra situação o consentimento não produzirá efeitos.

---

<sup>34</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra, 2004.

<sup>35</sup> NEGRI, Stefania. The Right to Informed Consent at the Convergence of the International Biolaw and International Human Rights Law. In: \_\_\_\_\_. (Org.) **Self-determination, dignity and end-of-life care: regulating advance directives in international and comparative perspective**. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

<sup>36</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

<sup>37</sup> DADALTO, Luciana. Capacidade *versus* discernimento: quem pode fazer as diretivas antecipadas de vontade In: \_\_\_\_\_. (Coord.) **Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação**. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

### 3.4 Relevância jurídica

Inúmeras atrocidades foram cometidas nas guerras que antecederam o Código de Nuremberg e a imoralidade dos abusos de Tuskegee, no estado norte americano do Alabama, em pesquisas que se estenderam de 1932 até 1972, em que cidadãos foram utilizados como cobaias, com a finalidade de se descobrir quais os efeitos da sífilis e de fármacos, cujas reações esperadas e adversas deveriam ser estudadas em um grupo de homens negros e socioeconomicamente vulneráveis. Na época já havia surgido o termo de consentimento livre e esclarecido, contudo os sujeitos da pesquisa não eram esclarecidos quanto aos riscos e benefícios pesquisa, tampouco existia consentimento.

Opostamente, diversos hospitais detinham uma lista com os nomes dos sujeitos, verdadeiras “cobaias humanas”, para que não lhes fosse ministrada penicilina, pois influenciaria nos resultados da pesquisa.<sup>38</sup>

A ciência jurídica é responsável por impedir abusos e danos à população. Essa deve ser a principal contribuição do direito na tentativa de manutenção de uma sociedade ética, justa e igualitária.

As previsões legais sobre o tema ainda são incipientes, mas já começam a reconhecer a necessidade de regulamentar o assunto, devido a sua importância na sociedade atual e as consequências trágicas de sua ausência.

Em razão da ausência de leis específicas versando sobre a necessidade de exigência do termo de consentimento em pesquisa científica, os estudiosos da bioética e do biodireito acabam buscando em leis gerais subsídios que auxiliem na estrutura jurídica do consentimento livre e esclarecido, como meio de defesa da autodeterminação do paciente, que é um direito fundamental, atinente à personalidade e à dignidade humana.

A Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), órgão associado ao Conselho Nacional de Saúde (CNS), no ano de em 1996, editou a Resolução n. 196/96, que estabeleceu as diretrizes éticas para pesquisas envolvendo seres humanos e dedicou o item IV especialmente para discorrer sobre o consentimento livre e esclarecido.

Após diversas sugestões de diversos pesquisadores e comitês de ética em pesquisa, no ano de 2012, o CONEP substituiu a Resolução n. 196/96 pela já mencionada Resolução n.

---

<sup>38</sup> GRINBERG, Max; CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. Termo de consentimento com sentimento In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

466/12, que também destinou o mesmo item IV para as diretrizes acerca do consentimento livre e esclarecido.

Essas resoluções reconheceram que o consentimento é exercício da dignidade humana e estabeleceram que as informações constantes no instrumento devem estar redigidas em linguagem clara e acessível, respeitando as características culturais, condição socioeconômica e autonomia do manifestante.

Embora o interesse das resoluções seja a pesquisa, como não há norma própria que verse sobre o consentimento livre e esclarecido não é equivocado usá-las por analogia, aproveitando o que for compatível para a utilização clínica.

O Conselho Federal de Medicina também demonstrou especial interesse em respeitar a autodeterminação do paciente dedicando princípios e artigos do Código de Ética Médica ao tema.

Estabelece o Código de Ética Médica logo no Capítulo I, que versa sobre princípios fundamentais, que o profissional deverá aceitar as escolhas do paciente sobre a terapêutica, desde que tecnicamente adequados.

O Capítulo III, cujo título é a responsabilidade profissional, impõe ao médico que colha o consentimento em casos como de inseminação artificial; transplante de órgãos e tecidos; esterilização; terapia e manipulação genética, ou abortamento, conforme dispõe a legislação.

Já no Capítulo IV, direitos humanos, impõe ao profissional a vedação de atentar contra a autonomia da vontade do paciente, que poderá recusar terapia médico-hospitalar.

A relação com pacientes e familiares é o tema do Capítulo V, que assevera que sempre que houver possibilidade, o paciente deverá ser informado quanto à práticas diagnósticas e terapêuticas, oferecendo alternativas de tratamento, sem apresentar oposição ao desejo do enfermo buscar outra opinião.

Muito embora exista a lacuna legislativa a relevância jurídica da manifestação de vontade como pressuposto da autonomia em respeito à dignidade humana é garantia constitucional.

Assim, impõe o inciso II, do art. 5.º da CF<sup>39</sup> que ninguém será compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, cuja ordem não esteja prevista em lei.

---

<sup>39</sup> BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado, 1988.

O Código Civil<sup>40</sup> também dispõe acerca da necessidade de se colher o consentimento para intervenção médico hospitalar, quando estabelece no art. 15 da lei civil que ninguém poderá ser constrangido a aderir à terapia médico hospitalar.

Sendo assim, nenhuma pessoa será obrigada a se submeter à terapia, salvo se concordar com os procedimentos e intervenções às quais será submetida, na hipótese de discordância, poderá manifestar livremente sua recusa.

No Brasil, conforme anteriormente mencionado, apenas o estado de São Paulo, por meio da Lei Estadual n. 10.241, de 1999<sup>41</sup>, conhecida como Lei Covas, prevê o respeito à autonomia dos usuários dos serviços de saúde, que se dá pelo consentimento informado, inclusive permitindo ao enfermo escolher o local de sua morte.

É cristalina a evolução normativa do instituto, embora ainda não seja regulamentado de modo completo e específico, não se pode ignorar a evolução não só das normas, mas do próprio entendimento sobre a autodeterminação. Nesse contexto a ciência jurídica não se omitiu e ao longo das décadas vem cumprindo sua função e buscando disciplinar o instituto.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2014.

<sup>41</sup> SÃO PAULO (Estado). Lei n. 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 18 mar. 1999. p. 32. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

## CAPÍTULO 4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO DISSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E A NECESSIDADE DE ACONSELHAMENTO MÉDICO E JURÍDICO

As Diretivas Antecipadas de Vontade surgiram nos Estados Unidos da América, por meio de uma lei federal denominada Patient Self-Determination Act (PSDA). Esta ferramenta jurídica tem por escopo instrumentalizar os desejos do paciente para situações futuras em que não consiga expressar seus desejos, possibilitando a preservação da autonomia e da dignidade mesmo em situações de incapacitação.

Atualmente diversos países, em diversos continentes, já regulamentaram as Diretivas Antecipadas de Vontade, podem ser citados como exemplos a Austrália, Espanha, França, Bélgica, Itália, Holanda, Uruguai e Argentina, entre outros.

Conforme veremos, no Brasil ainda não houve a normatização do documento, contudo o Conselho Federal de Medicina já reconheceu sua importância em algumas resoluções. A Resolução n. 1.805/2006<sup>1</sup>, publicada em 28 de novembro de 2006, permitiu ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem a vida de doentes na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, respeitando sua vontade ou a de seu representante legal. Por sua vez, a Resolução n. 1.995/2012<sup>2</sup>, publicada em 31 de agosto de 2012, conservando as disposições estabelecidas anteriormente, regulamentou, de modo mais completo, as Diretivas Antecipadas de Vontade, não impondo regras aos particulares, apenas diretrizes éticas e morais aos médicos, que devem ser observadas no exercício da profissão.

As resoluções mencionadas comprovam o esforço do Conselho Federal de Medicina, que fazendo uso de sua atribuição de promover, por todos os meios ao seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina, além do prestígio e bom conceito na área médica, se preocupou em estabelecer critérios de conduta éticos, referentes às Diretivas Antecipadas de Vontade.

A adoção da nomenclatura Diretiva Antecipada de Vontade se deu em razão do termo *diretiva* figurar como uma orientação ou instrução; *antecipada*, porque a manifestação é pretérita à situação em que o paciente se encontra no momento de sua utilização; e *vontade*, pois os desejos do declarante são manifestados por meio da diretiva, baseada no

---

<sup>1</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.805/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Seção I. p. 169. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2012.

<sup>2</sup> Id. Resolução CFM n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1. p. 269-270. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 2 out. 2012.

discernimento e na capacidade eleger dentre as opções disponíveis, aquela que mais lhe interessa e satisfaz suas necessidades essenciais.<sup>3</sup>

As Diretivas Antecipadas de Vontade são uma manifestação livre e prévia, segundo a qual uma pessoa munida de capacidade e discernimento, renuncia tratamentos e cuidados médico-hospitalares na eventualidade de, no futuro, por qualquer razão não possa expressar livremente sua recusa.

A lição de Cristina Lòpez Sanchez complementa a conceituação do instituto:

*Una directriz anticipada es un término general que contiene instrucciones acerca de los futuros cuidados médicos que ha de recibir una persona en el caso de que se vuelva incapaz de expresarlos por sí misma. Esta denominación, directrices anticipadas, en realidad constituye el género que comprende dos tipos de documentos en virtud de los cuales se puede plasmar por adelantado la voluntad de la persona que los redacta. Así, por un lado, tenemos el llamada testamento vital y por otro lado, el poder médico o poder para el cuidado de la salud que se otorga a un representante.<sup>4</sup>*

As Diretivas Antecipadas de Vontade são uma hipótese de autodeterminação do paciente, que fazendo uso de sua autonomia, baseado em seus valores pessoais, recusa a prática de tratamentos fúteis, em situações de terminalidade e irreversibilidade da enfermidade.

*[...] la regulación de los Documentos de voluntades anticipadas representa un importante paso adelante en el respeto a la autonomía de las personas, al permitirles decidir respecto a las actuaciones sanitarias que deseen recibir, o no, en el futuro, si se encuentran en determinadas circunstancias [...].<sup>5</sup>*

Não se pode olvidar a necessidade de demonstrar a importância da relação médico-paciente, além da ética médica, principalmente referente a pacientes terminais, e a

<sup>3</sup> ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v.32, n. 3, p. 358-362, 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/22041>>. Acesso em: 17 de junho de 2014.

<sup>4</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. **Testamento vital y voluntad del paciente**: conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003, p. 27-28. Tradução nossa: “A diretiva antecipada é um termo geral que contém instruções sobre futuros cuidados médicos que uma pessoa irá receber nas hipóteses de se tornar incapaz de se expressar por si próprio. Esta denominação, diretivas antecipadas, na realidade é um gênero, que tem como espécies dois tipos de documentos em razão dos quais a vontade da pessoa que o redige é materializada. Deste modo, por um lado, tem-se o denominado testamento vital e por outro lado o poder médico ou poder para cuidar da saúde que se outorga a um representante.”

<sup>5</sup> CASADO, María; ROYES, Albert (Coord.). **Documento sobre las voluntades anticipadas**. Barcelona: Observatori di Bioètica i Dret, 2001. p. 61. Tradução nossa: “[...] a regulamentação dos Documentos de vontades antecipadas representa uma evolução importante no respeito à autonomia das pessoas, por permitir-lhes decidir sobre às os procedimentos médico-hospitalares que desejam receber, ou não, no futuro, se estiverem em determinadas circunstâncias [...].”

importância dos cuidados paliativos que permitem aliviar a dor do enfermo, proporcionando-o condições dignas na derradeira etapa de sua vida.

A doutrina estrangeira, assim como a pátria têm demonstrado grande interesse no tema, reconhecendo sua atualidade e importância para a defesa dos direitos da personalidade e da dignidade humana.

#### **4.1 O instituto no direito comparado**

As Diretivas Antecipadas de Vontade tem sua origem no direito estadunidense, país em que a doutrina se ocupou de tecer conceitos, estabelecer regras, limites e pugnar por sua regulamentação.

Posteriormente o instituto ganhou popularidade na Europa, onde se desenvolveu, ganhando novas particularidades e incorporando características culturais próprias de cada Estado. Certamente é o continente com maior número de países que regulamentaram e fazem uso das Diretivas Antecipadas de Vontade.

A América Latina também tem representantes que já possuem leis próprias dedicadas ao instituto e outros países onde ainda não houve a regulamentação existem estudos e interesse, ainda que acadêmico, na elaboração de regramento específico.

No Brasil a doutrina ainda é incipiente sobre o tema, mas alguns estudiosos têm destinado esforços e demonstrando interesse na adoção do documento, bem como advogando pela necessidade de inserção do tema no ordenamento jurídico pátrio.

Por essa razão é imperioso analisar a legislação internacional de países como Austrália, Finlândia, Hungria, Inglaterra, País de Gales, Alemanha, Áustria, México, Porto Rico, Venezuela, entre outros. A França possui legislação sobre o tema, mas para autores como Dadalto<sup>6</sup> não pode ser considerada como um país que reconhece as Diretivas Antecipadas de Vontade, pois a atuação do médico diante do instituto é discricionária, portanto poderá recusar-se a cumprir a determinação do paciente.

Escolheu-se utilizar no presente estudo as legislações de Estados Unidos da América, Espanha, Portugal, Holanda, Bélgica, Itália, Uruguai e Argentina para exemplificar a experiência estrangeira e comparar sua evolução e suas características nesses países.

---

<sup>6</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

#### 4.1.1 Living Will: a realidade estadunidense

Conforme mencionamos, as Diretivas Antecipadas de Vontade surgiram nos Estados Unidos, no ano de 1967, sob a denominação *living will*. Sua origem está ligada à Sociedade Americana para a Eutanásia, que adotou e disseminou a ideia de utilização de um documento no qual a pessoa poderia expressar sua vontade com referência a cuidados futuros de saúde, demonstrando seu desejo de não receber intervenções médicas de manutenção da vida.<sup>7</sup>

A evolução do instituto teve importante colaboração de Louis Kutner, um advogado que no ano de 1969, propôs um novo modelo com o escopo de evitar conflitos na relação médico-paciente, envolvendo pacientes terminais e seus familiares. O documento versava acerca de decisões prévias sobre os tratamentos pelos quais eram submetidos pacientes que padeciam de doença em estágio terminal.<sup>8</sup>

O advogado defendeu a existência do documento que, além de bastante claro, satisfazia quatro importantes finalidades: a) auxiliar no julgamento jurídico de processos envolvendo homicídio privilegiado por relevante valor moral e homicídio qualificado por motivo torpe, servindo como prova da conduta; b) preservar a autonomia e autodeterminação do paciente que deseja morrer; c) servir como instrumento de declaração de vontade, segundo o qual o paciente manifesta seu desejo de morrer, inclusive na eventualidade de futura incapacidade de expressar seu consentimento; e d) representar uma garantia do cumprimento futuro da vontade do paciente.<sup>9</sup>

A primeira disposição legal sobre o instituto foi o *Natural Death Act*, elaborado na Califórnia, pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Após sua aprovação, algumas associações médicas locais elaboraram um *Guidelines and Directive*, com objetivo de orientar a conduta médica frente às diretivas.<sup>10</sup>

A norma exige que seu subscritor seja uma pessoa maior e capaz, portanto exige capacidade e discernimento, são necessárias também duas testemunhas que devem presenciar o ato. O documento ganha eficácia 14 dias após sua lavratura. A diretiva tem validade limitada ao prazo de cinco anos, período a partir do qual necessita ser renovada. As diretivas não serão válidas durante o período de gravidez. A revogação do documento pode ser

<sup>7</sup> LEÃO, Thales Prestrêlo Valadares. Da (im)possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3626, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24638>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

<sup>8</sup> KUTNER, Louis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. **Indiana Law Journal**, Bloomington, v. 44, p.539-554, 1969.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> LEÃO, op. cit.

efetuada a qualquer tempo. Como particularidade, a lei exige que o estado de terminalidade seja atestado por dois médicos.<sup>11</sup>

As testemunhas não podem ter vínculos sanguíneos ou matrimoniais com o declarante, nem mesmo serem beneficiárias de quinhão sucessório de qualquer natureza, situações em que estarão impedidas de participar do ato. O médico assistente, pessoas vinculadas ao médico assistente, ou ao estabelecimento de saúde em que o declarante é um paciente também não poderão figurar como testemunha.

A lei entende que pessoas maiores e com discernimento têm direito de decidir quanto ao recebimento de cuidados de saúde, incluindo a decisão de retirar ou suspender tratamento de suporte de vida, nas hipóteses de doença terminal acompanhada de condição de inconsciência permanente. Desta forma, preserva a autonomia do paciente em relação ao prolongamento do processo de morte, pois acredita que o avanço biotecnológico na área médica tornou possível dilatar artificialmente a vida humana, além dos limites naturais.

Enfim, a norma reconhece a Diretiva Antecipada de Vontade, com escopo de instruir a equipe médica a manter ou suspender tratamento de suporte de vida no caso de doença terminal.

A lei também reconhece a figura do mandatário ao estabelecer a respeito da possibilidade da pessoa escolher um representante para controlar as questões referentes à sua saúde, o denominado procurador de cuidados de saúde.

A elaboração da lei californiana serviu de inspiração para o reconhecimento por outros estados norte-americanos do living will.

Anos depois, em 1991, por meio do caso Cruzan, o living will foi analisado pela primeira vez em um tribunal estadunidense. Nancy Cruzan sofreu um acidente automobilístico e ficou em estado vegetativo persistente. A família de Cruzan requereu a interrupção de procedimentos de nutrição artificial que a mantinham viva, o caso teve grande repercussão e causou comoção na sociedade americana.<sup>12</sup>

Devido ao clamor público gerado pelo caso Cruzan, as Diretivas Antecipadas de Vontade do Paciente ganharam importância no país, que aprovou a primeira lei federal que

---

<sup>11</sup> BAUDOIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. **Éthique de la mort et droit à la mort**. Paris: Press Universitaires de France, 1993.

<sup>12</sup> MARKUS, Karen. **The law of advance directives**. Disponível em: <<http://www.scu.edu/ethics/publications/ie/v8n1/advancedirectives.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

dispunha sobre o direito de autodeterminação do paciente, o *Patient Self-Determination Act (PSDA)*.<sup>13</sup>

O *Patient Self-Determination Act (PSDA)*, embora seja uma lei federal deve ser interpretada apenas como uma diretriz que estabelece conceitos e versa sobre algumas questões específicas, que devem ser tratadas de modo semelhante em todo território americano, vez que trinta e cinco estados dos Estados Unidos já legislaram sobre o *living will*.<sup>14</sup>

Naquele país, o paciente ao dar entrada em algum dos centros de saúde deve ser informado sobre seus direitos enquanto paciente, entre eles o de expressar sua vontade quanto a opções de adesão, ou recusa, a procedimentos e terapias na hipótese de incapacidade superveniente de manifestar seu consentimento. Esse documento recebe o nome de *Advance Directives*, que no Brasil recebe o nome de Diretivas Antecipada de Vontade<sup>15</sup>, documento em que o paciente manifesta sua autodeterminação. As *Advance Directives* são gênero, que apresentam três espécies: *Living Will*; que corresponde a declaração prévia para o fim da vida; *Durable Power of Attorney for Health Care*, semelhante ao mandato duradouro<sup>16</sup>, que nomeia representante para administrar a saúde; e o *Advanced Care Medical Directive*.<sup>17</sup>

Discute-se, nos Estados Unidos, a ampliação das diretivas de vontade, propondo que não fiquem restritas aos pacientes terminais, mas que abranjam de modo indistinto todos os pacientes, por meio do *Advanced Care Medical Directive*, ou planejamento antecipado de tratamentos médico-hospitalares, segundo o qual, por meio do mandato duradouro.<sup>18</sup> Nessa hipótese, o representante de saúde nomeado será responsável por cumprir a vontade determinada no *Advanced Care Medical Directive* e, na omissão do documento, o mandatário expressará, com base em seu convívio com o mandatário, qual seria a vontade do outorgante, caso pudesse manifestá-la.

<sup>13</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. **Anais ....** Brasília, DF: CONPEDI, 2008. p. 516-538.

<sup>14</sup> EMANUEL, Ezekiel J.; EMANUEL, Linda L. Living wills: past, present, and future. **The Journal of Clinical Ethics**, Hagerstown, v.1, n.1, p.1-19, 1990.

<sup>15</sup> Assunto que será tratado a continuação.

<sup>16</sup> Previsto nas resoluções brasileiras, que será abordada a continuação.

<sup>17</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. v. 1

<sup>18</sup> PENALVA, op. cit.

#### 4.1.2 *Instrucciones previas*: a experiência espanhola

Na Espanha o documento de autodeterminação recebeu o nome de *instrucciones previas*. O interesse por regulamentar o instituto surgiu por iniciativa da Asociación Pro Derecho a Morir Dignamente que, em 1986, elaborou um modelo do documento, que anos depois, após intensa discussão, foi incluída no ordenamento jurídico espanhol.<sup>19</sup>

O Código de Ética Médica espanhol, cuja lei vigora desde 1999, já demonstrou indícios de regulamentação das *instrucciones previas*, vez que seu art. 27 estabelece que quando o estado do paciente não lhe permitir tomar decisões quanto aos procedimentos médicos, a equipe médica deverá respeitar e valorar os desejos manifestados anteriormente pelo paciente, assim como seus representantes e responsáveis legais.<sup>20</sup>

Todavia, o marco inicial legislativo foi decretado apenas uma década e meia mais tarde, no ano 2000, com o advento da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina na Espanha, ou Convênio de Oviedo, como é mais conhecida a convenção.

O Convênio de Oviedo, em seu art. 9.º estabeleceu que deverá ser considerada a vontade do paciente, que tenha se manifestado anteriormente sobre uma intervenção médica, caso no momento da intervenção esteja incapacitado de expressar o seu desejo.

O Convênio ganhou grande importância por reconhecer o direito do paciente à autodeterminação, considerando que em razão da constante evolução do conhecimento e da tecnologia biomédica novos procedimentos possam ser desenvolvidos, fazendo com que as determinações constantes na manifestação de vontade percam validade. Outro ponto que merece destaque é o fato de ter sido o primeiro documento legislativo internacional que vinculou juridicamente os países que o subscreveram, ainda que seja necessária a edição de normas específicas para cada país.

Contudo, mesmo com a previsão das *instrucciones previas* no ordenamento jurídico espanhol, as diretivas precisaram ser normatizadas, por meio de leis locais com vigência e competência relacionada a cada uma das comunidades autônomas espanholas. Andaluzia, Aragón, Catambria Extremadura, Galícia, La Rioja, Madrid, Navarra e Valencia, são algumas

<sup>19</sup> CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. **La autonomía del paciente**: del consentimiento informado al testamento vital. Albacete: Bomarzo, 2005.

<sup>20</sup> ESPAÑA. Organización Médica Colegial. **Código de Ética y Deontología Médica**. Madrid, 10 set. 1999. Disponível em: < <http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>>. Acesso em: 2 jun. 2014 - Art. 27: “[...] y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables.”

comunidades autônomas que regularam o instituto, cujas disposições legais guardaram as linhas mestras, mas também apresentam grandes distinções<sup>21</sup>, as quais são destacadas:

- a) existe um total de 16 (dezesesseis) comunidades autônomas que regulamentaram o tema, sendo que 11 (onze) comunidades utilizam a nomenclatura voluntades antecipadas e somente 5 (cinco) fazem uso do termo *instrucciones previas*;
- b) a Andaluzia, Navarra e Valencia estabelecem que a legitimidade para elaboração do documento está restrita ao discernimento, permitindo sua elaboração por pacientes menores de idade;
- c) a norma editada em Madrid faz distinção entre *instrucciones previas* e mandato duradouro, enquanto que a legislação de Navarra diferencia entre as declarações prévias para o fim da vida e as Diretivas Antecipadas de Vontade;
- d) todas as comunidades exigem a forma escrita e anexadas ao prontuário do paciente, bem como a existência de procurador ou representante;
- e) um percentual considerável das comunidades permitem ao outorgante dispor sobre temas como doação de órgãos e destino do cadáver.<sup>22</sup>

Sobre este assunto, grande parte da doutrina brasileira considera que disposições sobre doação de órgãos e destino do corpo, após o falecimento, são temas estranhos às Diretivas Antecipadas de Vontade, devendo ser dispostos em documento próprio.

Apenas dois anos depois, no final de ano de 2002, foi editada a ley 41/2002<sup>23</sup>, que dedicou seu art. 11, dotado de cinco itens, às *instrucciones previas*. A norma se preocupou em estabelecer as linhas gerais do instituto, consignando que as *instrucciones previas* são destinadas à equipe médica, manifestando a vontade do subscritor a não ser submetido a tratamentos fúteis que busquem prolongar sua vida de modo artificial. Essa lei reafirmou a possibilidade do outorgante dispor sobre doação de órgãos e sobre o destino de seu corpo, após seu falecimento. A lei ainda permite ao declarante nomear um representante, um procurador para saúde, por meio de um mandato duradouro, bem como a revogação do documento a qualquer tempo.

<sup>21</sup> LEÃO, Thales Prestrêlo Valadares. Da (im)possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3626, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24638>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

<sup>22</sup> PENALVA, Luciana Dadalto. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. **Anais ...** Brasília, DF: CONPEDI, 2008. p. 516-538.

<sup>23</sup> ESPAÑA. Ley n. 41, de 14 de noviembre de 2002. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 14 nov. 2002, n. 274, p. 40126-10132. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/pf/L41-02.htm#C4>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

A forma escrita é obrigatória na constituição das *instrucciones previas*, porém poderá ser utilizado instrumento público ou privado, caso seja feita a opção por instrumento público será facultada a escolha de elaboração perante notário, em Cartório; ou por meio do Registro Nacional ou da Administração Pública, na eventualidade de se escolher a confecção por instrumento privado será obrigatória a participação de 3 (três) testemunhas.<sup>24</sup>

A lei é expressa ao estabelecer que não são admitidas disposições que contrariem o ordenamento jurídico, assim como as práticas contrárias à vontade do outorgante.

A Ley n. 41/2002 dispõe sobre a conjunção do critério etário ao discernimento para atribuir legitimidade ao autor das *instrucciones previas*, sendo assim menores de idade não podem elaborar o mencionado documento, opostamente ao que algumas comunidades autônomas estabelecem em suas legislações. Contudo a lei reitera a obrigatoriedade do documento ser anexado ao prontuário do paciente.<sup>25</sup>

Passados alguns anos, viu-se a necessidade de regulamentar o item 5<sup>26</sup>, do art. 11 da Ley 41/2002, foi então editado o Decreto 124/2007<sup>27</sup>, que estabeleceu a criação do Registro Nacional de Instrucciones Previas e do arquivo de dados de caráter pessoal.<sup>28</sup>

O Decreto estabeleceu que o acesso ao Registro Nacional de Instrucciones Previas será restrito ao subscritor das *instrucciones previas*, seu representante legal, ou terceiro designado pelo outorgante para este fim; aos responsáveis pelos registros autônomos; e às pessoas que a autoridade sanitária da comunidade autônoma correspondente ou o Ministerio de Sanidad y Consumo designar.<sup>29</sup>

O paciente, em comunidades autônomas em que não houve regulamentação do instituto, deverá recorrer à autoridade de sua comunidade, requerendo que seu documento de *instrucciones previas* seja remetido ao Registro Nacional, onde será feita uma inscrição provisória e, posteriormente, a devida notificação de tal inscrição à comunidade autônoma

<sup>24</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>25</sup> LEÃO, Thales Prestrêlo Valadares. Da (im)possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3626, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24638>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

<sup>26</sup> ESPAÑA. Ley n.º 41, de 14 de noviembre de 2002. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 14 nov. 2002, n. 274, p. 40126-10132. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/pf/L41-02.htm#C4>>. Acesso em: 23 jun. 2014 - "5. *Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.*"

<sup>27</sup> Id. Real Decreto n.º 124/2007, de 02 de febrero de 2007. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 15 fev. 2007, n. 40, p. 6591-6593. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2007/02/15/pdfs/A06591-06593.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

<sup>28</sup> DADALTO, op. cit.

<sup>29</sup> LEÃO, op. cit.

correspondente. A execução do documento é obrigatória, a atuação da equipe médica é vinculada ao conteúdo do documento, independentemente da comunidade autônoma a que o paciente pertencer.<sup>30</sup>

#### 4.1.3 *Nontreatment directives*: o vanguardismo holandês

A Holanda apresenta uma posição vanguardista na tutela dos direitos de pacientes em terminalidade, pois já reconhecia seus direitos mesmo antes do Convênio de Oviedo, do qual é signatário, mas não o ratificou.

O pioneirismo holandês na defesa dos direitos dos pacientes iniciou-se pelo *Act on the medical treatment contract* de 1.º de abril de 1995, que ingressou no ordenamento jurídico como parte do Código Civil holandês, com o escopo de esclarecer o paciente de seus direitos e auxiliá-lo em sua defesa.

As disposições legais não ficaram restritas às relações médicas pautadas em contratos, mas também aos direitos oriundos de práticas sanitárias, que em razão de sua natureza são alheias ao contrato.

A legislação holandesa reconhece a importância do consentimento informado, o qual divide em duas etapas: informação e consentimento. A informação é fundamental para a configuração da autonomia, apenas o paciente corretamente esclarecido é capaz de manifestar seu consentimento, que pode ser expresso ou presumido.

Sua grande inovação é reconhecer a validade das Diretivas Antecipadas de Vontade, que devem ser apresentadas na forma escrita, a qual também denominam de *nontreatment directives*, mas que não se confunde com uma declaração para eutanásia, que é permitida naquele país.

O documento deverá ser utilizado para indicar que, em circunstâncias específicas, alguns tratamentos e procedimentos médico-hospitalares, como por exemplo, a reanimação mecânica, podem ser recusados, quando se constituírem em procedimentos extraordinários, de obstinação terapêutica, que em nada contribuem para a cura da doença ou para melhorar a qualidade de vida do paciente, mas apenas ampliam o processo de morte.

O objetivo do documento é consignar ao médico quais os tratamentos que o signatário deseja e quais não deseja receber, na hipótese de, no futuro, estar incapacitado de se expressar livremente.

---

<sup>30</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

A lei não define quais são os requisitos específicos das Diretivas Antecipadas de Vontade, apenas traça linhas gerais do instituto, conferindo ao médico a missão de interpretar e, principalmente, cumprir a vontade do paciente, que estará expressa no documento.

Na hipótese de omissão o médico deve ponderar qual seria a vontade do paciente naquela situação específica, bem como ouvir as declarações de parentes para que o anseio do enfermo seja cumprido, respeitando sua autonomia e autodeterminação.

Outra novidade é que na Holanda são considerados capazes os maiores de 16 (dezesesseis) anos, contudo pessoas maiores de 12 (doze) têm permissão para manifestar sua contrariedade à presença de representante legal para decidir quanto a procedimento médico hospitalar, bastando que expresse seu desejo para que o representante seja afastado.

A contribuição holandesa para o desenvolvimento das Diretivas Antecipadas de Vontade também é de fundamental importância, visto seu pioneirismo no interesse da tutela da autonomia e da autodeterminação, assim como na efetivação dos demais direitos do paciente, associado à incorporação dos valores do Convênio de Oviedo do qual também é signatária.

#### 4.1.4 *Déclaration Anticipée de Volonté*: o pioneirismo belga

A Bélgica foi o primeiro país a regulamentar a *Déclaration Anticipée de Volonté*, como o instituto foi batizado no país, após o advento do Convênio de Oviedo. A lei de direitos do paciente é datada de agosto de 2002 e contém 19 artigos, que objetivam regulamentar os cuidados de saúde.

A legislação tutela a autonomia e a autodeterminação do paciente, para tanto assegura o direito à informação quanto ao conteúdo e consequências dos procedimentos e tratamentos sanitários, por meio de uma linguagem acessível e de fácil compreensão, permitindo seu entendimento quanto ao conteúdo. Podendo, o paciente, recusar tratamentos fúteis e obstinados, na hipótese de padecer de doença em fase terminal e dotada de irreversibilidade.

A lei belga determina que o paciente menor deverá ser representado por seus representantes legais para manifestação de seu consentimento e no caso de incapacidade de paciente maior de idade este deverá ser representado pela pessoa nomeada por em instrumento de procuração. Sendo assim, há reconhecimento do procurador de saúde, por meio de um

mandato duradouro, que poderá ser redigido pelo paciente ou pelo procurador, devendo constar a data de sua elaboração e ser subscrito por ambos.

Em eventual inexistência de mandato duradouro deverá ser considerado como representante do paciente seu cônjuge ou companheiro, na sua ausência deverá figurar o familiar, com grau de parentesco mais próximo. Caso o representante se recuse a exercer o seu papel, ou exista conflito entre o desejo do paciente e do representante, o médico deverá levar em consideração o melhor interesse do paciente.<sup>31</sup>

A legislação ainda estabelece que a *Déclaration Anticipée de Volonté* deva ser renovada a cada 5 (cinco) anos, sendo consideradas inválidas as declarações de vontade datadas com prazo superior ao legal, assim como as redigidas em contrariedade ao ordenamento jurídico.<sup>32</sup>

Contudo o documento poderá ser revogado a qualquer tempo, não havendo dependência de decurso do prazo de 5 (cinco) anos para sua revogação, bastando o desejo do declarante de dispor de modo distinto do previsto na diretiva.

Há ainda a previsão de participação de 2 (duas) testemunhas, com o escopo de conferir validade ao ato e veracidade às informações, para tanto não podem ter interesses pessoais ou patrimoniais na morte do declarante.

A importância da Bélgica em legislar sobre o tema não se restringe ao vanguardismo, mas em reconhecer, pós Convênio de Oviedo, a importância do mandato duradouro e das declarações prévias para o fim da vida, tutelando o direito do paciente à autodeterminação.

#### 4.1.5 As *Directivas Antecipadas de Vontade*: a experiência portuguesa

A Resolução da Assembleia da República n. 01/2001 fez com que Portugal ratificasse a Convenção Internacional de Direitos Humanos e Biomedicina. No ano de 2008, a edição de novo código Deontológico aplicado a área médica, demonstrou a preocupação portuguesa com as Diretivas Antecipadas de Vontade. Já em 2012, o instituto foi regulamentado por meio da Lei n. 25/2012<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> FEDERAL COMMISSION ON PATIENTS' RIGHTS. **Law Patients' Rights**. 2007. Disponível em: <<http://www.health.belgium.be/internet2Prd/groups/public/@public/@dg1/@legalmanagement/documdocu/ie2divers/19081113.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

<sup>32</sup> BÉLGICA. **Déclaration anticipée de volonté**. 28 mai 2002. Disponível em: <[http://www.bruxelles.be/artdet.cfm?id=5781&#a\\_1](http://www.bruxelles.be/artdet.cfm?id=5781&#a_1)>. Acesso em: 28 jun. 2014

<sup>33</sup> PORTUGAL. Lei n. 25/2012 de 16 de julho de 2012. **Diário da República**, Porto, 16 jul. 2012. 1ª Série, n. 136. p. 3728. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

A atuação da Associação Portuguesa de Bioética (APB) foi fundamental para a adoção das Diretivas Antecipadas de Vontade, com base em diversos documentos como o parecer P/05/APB/06 sobre os fundamentos do Testamento Vital, o projecto P/06/APB/06 sobre Directivas Antecipadas de Vontade, o Guidelines P/11/APB/08, o parecer P/16/APB/09 sobre as Directivas Antecipadas, o estudo E/17/APB/10 sobre o Testamento Vital e a proposta P/19/APB/10 sobre modelo de documento de Directivas Antecipadas de Vontade.

O primeiro dos pareceres citados, emitido pela Associação Portuguesa de Bioética (APB), fazia referência à recusa de transfusão sanguínea em Testemunhas de Jeová, mas também serviu para fixar as bases das Diretivas Antecipadas de Vontade, enquanto que os demais documentos serviram para delimitar conceitos, estabelecer limite e delinear o instituto.<sup>34</sup>

Deve-se também destacar a colaboração do Código de Deontologia Médica português, editado em 2008<sup>35</sup>, ao estabelecer no art. 46, que a conduta médica deve obedecer à autodeterminação do paciente, em especial se houver confeccionado um documento escrito demonstrando seu desejo. Prescreve ainda, que embora não esteja o médico vinculado ao desejo do menor com discernimento, deverá leva-la em conta no momento de decidir sobre o tratamento. Reconhece a importância da consulta a representantes legais e familiares, na hipótese de incapacidade de manifestação de vontade do paciente, com o propósito de respeitar sua autonomia, porém buscando atender sempre aos melhores interesses do doente.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>35</sup> PORTUGAL. Regulamento n. 14/2009, de 26 de setembro de 2008. **Diário da República**, Porto, n. 8, 2 Série, 11 jan. 2009. Disponível em: <<https://www.ensp.unl.pt/dispositivos-de-apoio/cdi/cdi/sector-de-publicacoes/revista/2000-2008/pdfs/rpsp-1-2009-1/08-2009.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>36</sup> *Ibid.* Artigo 46.º (Doentes incapazes de dar o consentimento)

1. No caso de menores ou de doentes com alterações cognitivas que os torne incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, este deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível.
2. Se houver uma directiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa.
3. A opinião dos menores deve ser tomada em consideração, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de pedir o consentimento aos representantes legais daqueles.
4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer.
5. Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes quereriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade.
6. Quando se considerar que as decisões dos representantes legais ou dos familiares são contrárias aos melhores interesses do doente, os médicos devem requerer o suprimento judicial de consentimento para salvaguardar os interesses e defender o doente.

Posteriormente, a Lei 25/2012 regulamentou o instituto, que sofreu clara influência do direito norte americano e espanhol. O primeiro por ter sido o criador do instituto e o segundo em razão da proximidade territorial, cultural e linguístico dos países.

A lei portuguesa trouxe consigo, como grande inovação, a criação do registro nacional de Directivas Antecipadas de Vontade, denominado RENTEV, responsável por centralizar o armazenamento de documentos e facilitar sua eficácia, permitindo que o médico, responsável pelo tratamento do doente, consulte sua base de dados e tenha ciência de sua existência. Após tomar conhecimento do conteúdo da diretiva, a equipe médica atua de modo vinculado à vontade do declarante.

Contudo há um equívoco técnico ao elaborar o diploma Directivas Antecipadas de Vontade (Diretivas Antecipadas de Vontade) e Testamento Vital (declarações prévias para o fim da vida) são tratados como sinônimos, quando, conforme já mencionado não o são. A lei portuguesa reconhece a figura do mandato duradouro, que recebe o nome de procurador para cuidados de saúde, mas como um documento apartado, não integrante da Directiva Antecipada de Vontade. Outra especificidade da lei portuguesa é o prazo de validade do documento, restrito a 5 (cinco) anos, embora possa ser revogado a qualquer tempo.<sup>37</sup>

Portugal e Brasil são países muito próximos, não apenas em razão da colonização, língua, cultura ou religiosidade, mas, principalmente, por serem países resistentes a novidades. A regulamentação do instituto em Portugal demonstra a possibilidade da Diretiva Antecipada de Vontade receber o mesmo tratamento no Brasil.

#### 4.1.6 *A dichiarazione anticipata di trattamento*: a experiência italiana

A Itália é mais uma das nações subscritoras do Convênio de Oviedo, reconhecendo a necessidade de garantir ao paciente o direito de autodeterminação por meio de um documento em que sua vontade esteja manifestada. Contudo, até o presente momento, mencionado convênio não foi ratificado pelo país, mesmo com a Lei n. 145 de 2001<sup>38</sup> tendo autorizado o Presidente da República a ratificar a Convenção. Não há também qualquer lei específica editada sobre o tema.

---

<sup>37</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>38</sup> ITÁLIA. Legge 28 marzo 2001, n. 145. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, n. 95, 24 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/01145l.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

Todavia, a Itália demonstra interesse em garantir que a vontade do paciente, exemplo é o Código de Ética Médica italiano, que em seu art. 34 estabelece que o médico, na eventualidade do paciente estar incapacitado de manifestar sua própria vontade e estando acometido de grave risco de morte, deve levar em conta o desejo manifestado previamente pelo paciente.<sup>39</sup>

Enquanto que o art. 37, do referido diploma, de modo semelhante ao seu correspondente brasileiro, propõe que o médico deve adotar práticas de ortotanásia, proibindo condutas fúteis, próprias da distanásia.<sup>40</sup>

Desta forma, o código deontológico introduziu aos médicos o dever ético de respeito à autodeterminação do paciente aos médicos, contudo essa disposição não vínculo aos demais, tendo sua eficácia restrita aos profissionais da saúde.

A Constituição Federal italiana em seu art. 32 estabelece que ninguém será obrigado a se submeter a um procedimento sanitário, salvo por disposição legal, sendo que a lei em situação alguma poderá violar o respeito à pessoa humana.<sup>41</sup> A obstinação terapêutica na Itália, caracterizada por uma intervenção penosa e aflitiva ao paciente, recebe o nome de *accanimento terapeutico*, fazendo referência a obstinação e esforço próprios dos caninos, utilizado também na manutenção da vida, ainda que inviável.<sup>42</sup>

Por essa razão e demonstrando sua preocupação com a tutela dos interesses do paciente, o Comitê Nacional de Bioética, no ano de 2003, desenvolveu um documento análogo às Diretivas Antecipadas de Vontade, o qual denominou *dichiarazione anticipata di*

---

<sup>39</sup> FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI. **Código de Deontologia Médica**. Roma, 1998. Disponível em: <[http://www.unimi.it/cataloghi/comitato\\_etico/codice\\_deontologia\\_medica.pdf](http://www.unimi.it/cataloghi/comitato_etico/codice_deontologia_medica.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2014. *Art. 34 - Autonomia del cittadino - Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso. Il medico ha l'obbligo di dare informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà, compatibilmente con l'età e con la capacità di comprensione, fermo restando il rispetto dei diritti del legale rappresentante; analogamente deve comportarsi di fronte a un maggiorenne infermo di mente.*

<sup>40</sup> Ibid. Art. 37 - *Assistenza al malato inguaribile - In caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve limitare la sua opera all'assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutili sofferenze, fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita. In caso di compromissione dello stato di coscienza, il medico deve proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile.*

<sup>41</sup> ITÁLIA. Constituição da República Italiana. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 27 dez. 1947, n. 298. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014. *Art. 32: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*

<sup>42</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida - Eutanásia, accanimento terapeutico e dignidade humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 39, p. 3-17, jul./set., 2009.

*trattamento*, também chamado de *testamento biologico*, *testamento di vita*, *direttive anticipate*, ou *volontà previe di trattamento*.<sup>43</sup>

A *dichiarazione anticipata di trattamento* enfrenta algumas condições para sua elaboração, quais sejam: o subscritor deve ser pessoa maior e capaz, obedecer a forma escrita com caráter público, e não enfrentar qualquer tipo de pressão ou coação familiar ou social, não pode dispor sobre eutanásia ou outras manifestações que contrariem às normas legais ou dispositivos éticos, na elaboração do documento o paciente deve, obrigatoriamente, ser orientado por um médico e a sua redação deve ser objetiva, sem deixar margem a omissões e interpretações dúbias no futuro, afim de preservar o real interesse do declarante com a realização de seu desejo.<sup>44</sup>

A Itália, por meio de decisões jurisprudenciais, também reconhece a figura do mandato duradouro, com a nomeação de um representante da saúde, que recebe o nome de *amministratore di sostegno*, responsável por representar o mandante no futuro, caso esteja incapacitado de manifestar seu desejo, devendo agir em consonância com as orientações expressas pelo outorgante.<sup>45</sup>

Existem dois casos emblemáticos da jurisprudência italiana, que ganharam repercussão internacional, tendo como protagonistas Piergiorgio Welby e Eluana Englaro.

Piergiorgio Welby era um artista e ativista italiano que, na década de 1960, com 17 anos, foi diagnosticado com uma doença degenerativa, que em razão de sua evolução, a partir de 1997, o incapacitou de respirar sem auxílio de aparelhos.<sup>46</sup>

Welby se transformou em um ativista do movimento de direito a morrer, tendo declarado publicamente seu desejo de recusar o tratamento médico que o mantinha vivo.

Em dezembro de 2006, alguns meses após a declaração pública de Welby, o médico anestesista Mario Riccio, que padecia de Esclerose Lateral Amiotrófica, doença degenerativa semelhante a sua, decidiu agir conforme a determinação de Welby, após ter se convencido que sua atuação como médico era lícita e que a manifestação de vontade de Welby era isenta de coação, pressão social ou familiar.

O caso gerou intenso debate jurídico e político, tendo culminado com a absolvição do médico pela juíza Zaira Secchi, do Tribunal de Roma, que entendeu que não houve crime na conduta de Riccio ao desligar os equipamentos responsáveis pela ventilação artificial que mantinha a vida de Welby. A juíza argumentou que o paciente havia manifestado seu desejo

<sup>43</sup> CALÒ, Emanuele. **Il testamento biologico**. Milano: Ipsoa, 2008.

<sup>44</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>45</sup> ZANCHETTA, Rachele. **Il testamento biologico**: note a margine del ddl. Calabrò: Exeo, 2012.

<sup>46</sup> DADALTO, op. cit..

de interromper o tratamento médico, sendo esse um direito constitucional, portanto inexistindo homicídio, mas atendendo a um desejo de Welby, sendo assim, Riccio cumpriu um dever profissional.<sup>47</sup>

Semelhante ao caso Welby é o caso Eluana Englaro, uma italiana que, aos 22 anos, após um acidente automobilístico em 1992, entrou em um estado vegetativo persistente (EVP), sendo artificialmente mantida em suporte artificial de vida.

O pai de Eluana, Beppino Englaro, iniciou uma batalha judicial com o escopo de interromper a nutrição artificial e o suporte de vida artificial, que mantinham sua filha viva.

Após uma longa demanda, com recusas iniciais do Tribunal de Apelação de Milão em 1999 e, posteriormente, do Tribunal de Cassação, em 2005, a alta corte italiana, em 2008, permitiu que Beppino Englaro, *amministratore di sostegno* e pai de Eluana, pudesse representar sua filha em razão de sua incapacidade e recusar a continuidade da hidratação e nutrição artificiais, concedendo esse direito a Beppino Englaro.<sup>48</sup>

Os dois casos demonstram, que embora não exista uma lei específica sobre as *dichiarazione anticipata di trattamento*, elas já estão consolidadas nos tribunais, na doutrina e na jurisprudência italiana, sendo reconhecidos e tutelados os direitos dos pacientes a autodeterminação.

#### 4.1.7 Uruguai e Argentina: as inovações na América Latina

Argentina e Uruguai são países latino-americanos que dispõe de legislação que regulamenta as Diretivas Antecipadas de Vontade.

O Uruguai editou a lei 18.473/2009<sup>49</sup> que dedica 11 artigos ao instituto. A norma não traz grandes inovações, reconhece a competência de toda pessoa maior de idade e com discernimento de estabelecer uma declaração prévia para o fim da vida, manifestando seu desejo de recusar futuros tratamentos médicos que prolonguem seu processo de morte.

A lei faz ressalva aos cuidados paliativos, que devem ser mantidos com o escopo de assegurar o bem-estar, a qualidade de vida e a dignidade do paciente. Ademais inova ao

---

<sup>47</sup> GOLDIM, José Roberto. **Caso Piergiorgio Welbi Eutanásia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/welby.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

<sup>48</sup> ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O direito de morrer: o caso Eluana Englaro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2099, 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12557>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

<sup>49</sup> URUGUAI. Ley n. 18.473, de 3 de abril de 2009. Voluntad anticipada. Se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y se establece su alcance. **Diário Oficial**, Poder Legislativo, Montevideo, 21 abr. 2009, n. 27714. Disponível em: <<http://200.40.229.134/leyes/AccessoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

prescrever a possibilidade de um consentimento prévio a tratamentos e práticas obstinadas que objetivem prolongar sua vida, ainda que com sacrifício de sua qualidade, em nítido respeito à autonomia da vontade do paciente.

A legislação uruguaia estabelece alguns critérios para elaboração das Diretivas Antecipadas de Vontade, quais sejam: deve, obrigatoriamente, respeitar a forma escrita; o subscritor deve ser maior e capaz, haverá a participação de 2 (duas) testemunhas que não podem ser o médico que acompanha o paciente, ou qualquer funcionário da instituição de saúde em que o paciente está internado; o documento será anexado ao histórico clínico do paciente, a declaração de vontade pode ser revogada a qualquer momento e por qualquer meio, sendo necessária a ciência ao médico, que a fará constar no histórico clínico do declarante.<sup>50</sup>

A lei também prevê a figura de um representante de saúde, nomeado por meio de um mandato duradouro. O representante deve ser pessoa maior e dotada de discernimento, sendo responsável pelo fiel cumprimento das determinações constantes na diretiva, na eventualidade de ausência de capacidade do outorgante para manifestar seu desejo ou decidir quanto ao tratamento.

Todo e qualquer tratamento apenas será suspenso após previa comunicação da determinação à Comissão de Bioética da instituição de saúde, que terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para decidir pelo deferimento, ou não, da recusa de tratamento. A ausência de pronunciamento da Comissão é considerada como aprovação tácita à interrupção do tratamento.<sup>51</sup>

O médico deve atuar de modo vinculado ao desejo do paciente. Na hipótese de conflitos éticos, morais, religiosos, ou pessoais que não permitam ao médico cumprir a diretiva, o profissional será substituído por outro.

A Argentina também demonstra bastante interesse ao tema, sendo o país sul-americano com maior produção doutrinária acerca das Diretivas Antecipadas de Vontade, que também recebem o nome de *directivas anticipadas del paciente para tratamientos biomédicos*. O instituto foi inicialmente regulamentado de modo regional, para, apenas posteriormente, uma lei federal ser editada estabelecendo fundamento e conceitos com eficácia nacional.

---

<sup>50</sup> LEÃO, Thales Prestrêlo Valadares. Da (im)possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3626, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24638>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

<sup>51</sup> Ibid.

A Província de Rio Negro, por meio da Lei n. 4.263/2007, foi a responsável por inaugurar a regulamentação das Diretivas Antecipadas de Vontade na Argentina. Além de delimitar conceitos e fundamentos, determinou a criação do Registro de Diretivas Antecipadas de Vontade, com competência provincial, assim como a necessidade de anexar a declaração à folha inicial do histórico clínico do outorgante, podendo ser revogada a qualquer tempo, inclusive tacitamente, no caso do declarante manifestar consentimento permitindo tratamento com conteúdo oposto ao da diretiva, o que demonstra a maturidade do instituto no país vizinho.<sup>52</sup>

A lei proíbe disposições de vontade contrárias à legislação, assim como aquelas cujo conteúdo verse sobre a recusa a cuidados paliativos tais quais analgesia, bem como nutrição, ou hidratação por vias naturais.

A norma reconhece a existência do mandato duradouro, segundo o qual será nomeado mandatário para representar o outorgante, na hipótese deste estar incapacitado de manifestar sua vontade. A lei inova ao permitir que o ex-cônjuge, ou ex-companheiro permaneça desempenhando essa função, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.<sup>53</sup>

A Província de Buenos Aires também empreendeu esforços no sentido de regulamentar o instituto, a criação do Registro de Atos de Autoproteção de Prevenção de uma Eventual Incapacidade, por parte do Conselho Diretivo de Escritores da Província de Buenos Aires, no ano de 2004, pode ser considerado como seu marco inaugural.<sup>54</sup>

Os atos de autoproteção são as manifestações de pessoa maior e com discernimento, com conteúdo referente às declarações prévias para o fim da vida e também sobre seu patrimônio na hipótese de incapacidade futura.<sup>55</sup>

A Ley n. 26.529/2009<sup>56</sup>, que versa sobre os direitos do paciente, foi a responsável por regulamentar *directivas anticipadas* em todo o território argentino. A lei é composta por 25 artigos que não versam apenas sobre *directivas anticipadas*, mas sobre os direitos do paciente frente os profissionais e as instituições de saúde, sendo que apenas um versa especificamente sobre o tema.

---

<sup>52</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>53</sup> BOSTIANCIC, Maria Carla. **Las directivas anticipadas del paciente para tratamientos biomédicos: validez ético-jurídica y responsabilidad civil de los profesionales de salud**. Mar del Plata: Secretaria de Ciencia y Técnica: Ed. Universidad Nacional de Mar del Plata, 2008.

<sup>54</sup> DADALTO, op. cit.

<sup>55</sup> BRANDI, Nelly A. Taiana de; LLORENS, Luis Rogelio. La creación del registro de actos de autoprotección. **Revista Notarial de La Plata**, La Plata, v. 948, p. 419-428, mayo/ago. 2004.

<sup>56</sup> ARGENTINA. Ley n. 26.529 de 21 de octubre de 2009. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

A lei estabelece em seu art. 11<sup>57</sup> que toda pessoa maior e com discernimento poderá elaborar as *directivas anticipadas* com referência aos tratamentos de saúde que deseja receber ou que recusa, sejam eles preventivos ou paliativos. As *directivas anticipadas* vinculam a atuação médica e apenas não serão acatadas na hipótese de contrariarem a legislação, como no caso de prática de eutanásia, quando serão consideradas inexistentes.

Essa lei teve sete artigos alterados dois anos mais tarde, por meio da Ley n. 26.742/2012<sup>58</sup>, que ficou conhecida como lei da “morte digna”, que tem como principais características: evitar o encarniçamento terapêutico, humanizando a relação médica e respeitar a autonomia da vontade do paciente e sua autodeterminação; evitar tratamentos fúteis, quando não houver mais chance de cura; permitir a adoção de cuidados paliativos que aliviam o sofrimento do paciente; permitir a renúncia a tratamentos que visam prolongar de maneira artificial o processo de morte.<sup>59</sup>

A lei isenta de responsabilidade administrativa, civil ou penal os médicos que atuarem sem extrapolar ou transgredir os limites legais do instituto.

Argentina e Uruguai são países que já legislaram sobre o direito a autonomia e autodeterminação dos pacientes terminais, reconhecendo seu direito de decidirem quanto ao início e continuidade de tratamentos que lhes poderão ser oferecidos na fase final de sua vida, que poderão ter como consequência o prolongamento do processo de morte.

Em que situação se encontra o Brasil, sobre essa temática?

Sabe-se que a população brasileira aguarda que os legisladores também reconheçam a necessidade do Brasil editar um diploma legal capaz de regulamentar juridicamente as Diretivas Antecipadas de Vontade, mas como está encaminhando a discussão?

---

<sup>57</sup> ARGENTINA. Ley 26.529 de 21 de octubre de 2009. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2014. **ARTICULO 11.** — *Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrán como inexistentes.*

<sup>58</sup> Id. Ley n.26.742, de de 9 de mayo de 2012. Modificase la Ley N° 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 24 mayo 2012. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

<sup>59</sup> SOCIEDADE BRASILEIRA DE BIOÉTICA. **Lei da “morte digna” é aprovada no Senado Argentino**, Brasília, DF, 14 maio 2012. Disponível em: <<http://www.sbbioetica.org.br/noticia/lei-da-morte-digna-e-aprovada-no-senado-argentino/>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

## 4.2 As Diretivas Antecipadas de Vontade no contexto brasileiro: gênero e espécies

No Brasil a doutrina sobre o tema ainda é incipiente, mas a discussão começa a ganhar força e interesse, conforme adiantamos. Poucos são os autores que debruçam sobre o tema de modo aprofundado, enquanto que as propostas legislativas ainda esbarram na burocracia da política e adormecem nos gabinetes dos legisladores.

Conforme mencionado, o instituto já está normatizado em diversos países europeus, bem como nas Américas e recentemente o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1995/2012, estabeleceu o marco inicial para a regulamentação do instituto no Brasil.

As Diretivas Antecipadas de Vontade são documento redigido por pessoa capaz, com o escopo de dispor sobre procedimentos ou cuidados diagnósticos e terapêuticos, manifestando antecipadamente seu consentimento ou recusa, sendo assim é as disposições são anteriores à recomendação da intervenção médica.<sup>60</sup>

Renata de Lima Rodrigues assim conceituou as Diretivas Antecipadas de Vontade:

[...] são determinações prévias dadas por certas pessoas – estando elas ou não na condição de pacientes no momento de sua elaboração-, que devem ser cumpridas, ante uma situação na qual elas se tornem incompetentes para decidir o cuidado de si mesmo, indicando suas preferências de tratamento ou até mesmo autorizando uma terceira pessoa a tomar decisões por ela.<sup>61</sup>

As Diretivas Antecipadas de Vontade são comumente confundidas com mandato duradouro e a declaração prévia de vontade para o fim da vida, ou testamento vital, como é popularmente conhecido o instituto, contudo é imperioso destacar que as diretivas são gêneros que apresentam essas duas espécies.

Por outro lado, embora sejam complementares as Diretivas Antecipadas de Vontade, mandato duradouro e declaração prévia de vontade para o fim da vida não são expressões sinônimas, como costumeiramente se entende.

As Diretivas Antecipadas de Vontade são gênero, cujas espécies são as declarações prévias de vontade para o fim da vida e o mandato duradouro. As primeiras consistem na

---

<sup>60</sup> BARBOSA, Hermes de Freitas. **Diretivas antecipadas de vontade**: percepção de pacientes com diagnóstico de neoplasia maligna de ovário. Ribeirão Preto, 2011/2013. Disponível em: <<http://www.bv.fapesp.br/pt/auxilios/31478/diretivas-antecipadas-de-vontade-percepcao-de-pacientes-com-diagnostico-de-neoplasia-maligna-de-ovar/>>. Acesso em: 22 maio 2014.

<sup>61</sup> RODRIGUES, Renata de Lima apud MOREIRA, Mayana Sales. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao corpo, à saúde e à vida digna. In: DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte, 2013, p. 48.

enumeração dos procedimentos aceitos e não aceitos, ou seja, os consentimentos e os dissentimentos prévios às intervenções que deverão ser feitas, em situações de inconsciência causadas por enfermidades incuráveis e irreversíveis. São, portanto, ferramentas de manifestação do paciente com a indicação positiva ou negativa de terapias, procedimentos e assistência sanitária que deverão, ou não, serem realizadas em situações futuras e determinadas. O paciente poderá optar em se submeter ou recusar o tratamento proposto, que, embora não lhe traga a cura, poderá prolongar seu período de vida.<sup>62</sup>

Por sua vez, o mandato duradouro, é o instrumento pelo qual o cidadão nomeia um procurador que o representará, manifestando a vontade do mandante nas situações em que este estiver impossibilitado de fazê-lo com independência.<sup>63</sup>

#### 4.2.1 Declaração Prévia de Vontade para o Fim da Vida

A declaração prévia de vontade para o fim da vida é a espécie de Diretiva Antecipada de Vontade mais conhecida. Tem origem no *living will* do direito americano. No Brasil é conhecido como testamento vital, provavelmente em consequência de uma tradução literal do instituto saxônico.

A declaração prévia consiste na manifestação de vontade de um paciente quanto à utilização ou recusa de tratamentos, na hipótese de se encontrar impossibilitado de manifestar livremente seu desejo se, por ventura, sofrer de uma doença incurável, com estado irreversível e terminal, ou ainda em estado vegetativo permanente.<sup>64</sup>

Inicialmente, é imperioso destacar que nesse documento não há solicitação de qualquer intervenção que objetive abreviar a morte, mas sim recusa a procedimentos que prolonguem uma vida inviável, que só gera sofrimento e dor, que retira a dignidade da pessoa, sendo-lhe um dever estar vivo e não um direito.

As terapias corriqueiras que visam tratar o paciente, diminuir a dor, aliviar o sofrimento, oferecer-lhe amparo e tranquilidade são mantidas. Evita-se a obstinação terapêutica, por meio de tratamentos fúteis que tentam, a qualquer custo, curar o paciente quando isso já não é mais possível, apenas dilatando a angústia do enfermo e de seus familiares.

---

<sup>62</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo. **Anais ....** São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 273-283.

<sup>63</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 82.

<sup>64</sup> Ibid.

A suspensão desses esforços extraordinários recebe o nome de suspensão de esforço terapêutico (SET). Quando há esse tipo de conduta não é o fármaco utilizado para analgesia que levará o paciente à morte em razão de overdose, mas sim a própria doença, o medicamento apenas trará alívio auxiliando no tratamento.<sup>65</sup>

Objetiva-se com esse documento resguardar a dignidade humana nesse momento de aflição, preservando seu direito à manifestação de vontade e à autodeterminação. Assim, o paciente poderá, munido de discernimento e capacidade civil, consentir previamente aos tratamentos que irá aderir e dissentir de outros que não deseja receber.

O paciente em sua declaração poderá se manifestar sobre a recusa e limitação de tratamento, a não-oferta de suporte vital (NSV), retirada de suporte vital (RSV), e ordem de não-reanimação, ou não-ressuscitação mecânica (ONR).<sup>66</sup>

O tema não-oferta e retirada de suporte vital causa grande controvérsia entre a doutrina, muitos entendem que a ausência de suporte vital poderia ser enquadrada em eutanásia, pois seria uma conduta direta do profissional da saúde que ocasionaria o abreviamento da vida.

Barroso e Martel<sup>67</sup> defendem que a não-oferta de suporte vital (NSV), a retirada de suporte vital (RSV) e a ordem de não-ressuscitação (ONR) integram a limitação a tratamento constante na declaração. Esclarecem que o suporte vital consiste em mecanismos artificiais que permitem a manutenção da vida quando o organismo não consegue mais desempenhar suas funções, o sistema de alimentação e hidratação artificial, além do sistema de ventilação mecânica, podem ser citados como exemplos. A ordem de não-ressuscitação (ONR) diz respeito a não proceder a reanimação de um paciente que está em estágio terminal de moléstia crônica incurável e irreversível.

A declaração prévia de vontade para o fim da vida está intensamente relacionada a fronteira que divide o término da vida e o início da morte, que é uma das questões existenciais mais tormentosas do ser humano e poucas vezes aceitas no sentido psicanalítico.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo. **Anais ....** São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 273-283.

<sup>66</sup> FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 4, 2003. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

<sup>68</sup> ZIMMERMAN, David. A dignidade diante da morte, sob a ótica de um psicanalista. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

López Sánchez<sup>69</sup> aponta como sendo os principais objetivos da declaração prévia de vontade para o fim da vida a garantia que os reais interesses do paciente sejam observados e respeitados no fim de sua vida; e a segurança jurídica ao médico para atuar em situações em que há manifestação de vontade, confrontantes com outros valores e interesses.<sup>70</sup>

A declaração prévia tem efeito vinculante aos médicos, profissionais da saúde, procuradores de saúde, familiares e demais interessados, ou seja, *erga omnes*.<sup>71</sup> Esse efeito vinculante é fundamental para evitar uma batalha jurídica na hipótese do médico se recusar a cumprir o conteúdo da declaração, o que modificaria a natureza e até mesmo a razão de existir do instituto e abalaria a fidejussão que alicerça a relação médico-paciente.<sup>72</sup>

Existem linhas mestras que devem estar presentes nas declarações prévias para o fim da vida. Luciana Dadalto<sup>73</sup> elenca cinco pontos essenciais em sua elaboração, quais sejam: valores e desejos; decisões sobre o fim da vida; disposições outras; diretrizes para a equipe médica e revogação.

Os valores e desejos devem estar presentes para delimitar a intenção do declarante ao elaborar o documento, aclarar quais seus valores e suas intenções, elucidando a atuação da equipe médica e do representante para saúde.

As decisões sobre o fim da vida cumprem a função de indicar, genericamente, para quais as patologias/situações que o declarante recusa receber tratamento e procedimentos médicos.

Podem ainda constar outras disposições que versem sobre o local em que o declarante deseja passar seus dias derradeiros, manifestações sobre o interesse pela cremação ou enterro e pugnando pela validade do documento.

As diretrizes para a equipe médica consistem na indicação à equipe de saúde de seu médico de confiança e a manifestação de consciência de seu ato, e do conteúdo dos procedimentos e tratamentos aos quais renuncia.

---

<sup>69</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. **Testamento vital y voluntad del paciente**: conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003.

<sup>70</sup> DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: \_\_\_\_\_; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

<sup>71</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>72</sup> RODOTÀ, Stefano. La legge i dilemmi dela libertà. In: BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi.(Coord.). **Il dolore e la politica**: accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura. Milano: Mondadori Bruno, 2007.

<sup>73</sup> DADALTO, op. cit.

É fundamental que o declarante manifeste ter sido esclarecido da possibilidade de revogação do documento a qualquer momento, independentemente de justificativa, haja vista que a declaração prévia de vontade para o fim da vida apresenta conteúdo volitivo e, por sua própria natureza, pode sofrer alterações ao longo da vida, por essa razão o documento não pode ser permanente.

Não obstante, porém existem situações em que a declaração prévia para o fim da vida sofrerá limitações. Dadalto<sup>74</sup> cita a hipótese de contrariedade ao ordenamento jurídico, situação em que o médico não deverá cumprir as determinações do documento e as situações contraindicadas ao tratamento do paciente, devido a procedimentos que já estejam superados para a Medicina. O médico também poderá deixar de cumprir o conteúdo da declaração prévia por razões religiosas, morais, ou éticas. Neste caso deverá justificar sua recusa, encaminhando o paciente a outro profissional que cumpra as disposições do documento. A recusa imotivada e injustificada não será aceita em hipótese alguma.<sup>75</sup>

Além dos cinco itens apresentados, como contribuição, o presente estudo pretende ampliar esses pontos essenciais incluindo a necessidade de aconselhamento médico e jurídico como pressupostos fundamentais de validade do documento.

Esse assunto, que será exposto com maiores detalhes separadamente, reforça a preocupação com o instituto. Assim, entende-se que a participação de um médico é fundamental para esclarecer ao declarante quanto à consequência de sua decisão. Trata-se de aconselhamento técnico, que objetiva explicar em que consiste cada um dos procedimentos e tratamentos disponíveis para serem utilizados em pacientes terminais, quais seus benefícios e malefícios de sua utilização. De modo análogo, a participação de um advogado é essencial para o aconselhamento técnico jurídico apresentando as implicações de sua decisão, inclusive aventando sobre a possibilidade de revogação.

A declaração prévia de vontade para o fim da vida não apresenta forma determinada em países com estrutura jurídica análoga à brasileira. Não existe imposição pela forma pública ou privada. Quando se faz a opção é importante a participação de testemunhas, no mínimo duas, para conferir validade ao ato, contudo, recomenda-se a opção pela forma pública, vez que o notário, ao lavrar a escritura, confere-lhe validade em razão de sua fé pública.

---

<sup>74</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>75</sup> RODOTÀ, Stefano. La legge i dilemmi dela libertà. In: BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi.(Coord.). **II dolore e la politica**: accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura. Milano: Mondadori Bruno, 2007.

A lei espanhola, por exemplo, criou o Registro Nacional de Instruções Prévias, que está subordinado ao Ministério da Saúde e Consumo<sup>76</sup>, onde as declarações prévias são arquivadas e podem ser consultadas por meio eletrônico. No Brasil entendemos que também deve haver a criação de um órgão público semelhante, para que as declarações prévias sejam arquivadas e possibilite sua consulta, este órgão estará subordinado ao Colégio Notarial do Brasil.<sup>77</sup>

A criação deste banco de declarações prévias para o fim da vida é importante para conferir efetividade ao instituto, evitando que o desejo do paciente se perca em meio à burocracia cotidiana.

É importante que o documento de declarações prévias seja anexado pela equipe médica ao prontuário do paciente, pois demonstrará que a equipe médica possuía informação sobre sua existência e agiu em consonância ao desejo do paciente.

Indaga-se: em qual momento a declaração prévia para o fim da vida prevista no Brasil teria eficácia?

A lei norte americana preceitua o prazo de quatorze dias de sua formulação para que tenha eficácia, o legislador acredita que esse prazo é suficiente para que o declarante reflita sobre sua decisão e, em caso do arrependimento, a revogue, antes que produza efeitos jurídicos. Já na Espanha a eficácia é imediata, vez que as declarações podem ser revogadas assim que o outorgante desejar, sendo desnecessário o prazo de arrependimento.<sup>78</sup>

Contudo acredita-se que a eficácia é conferida no momento em que a declaração prévia é anexada no prontuário do paciente, pois neste momento a ciência da equipe médica é inequívoca, independentemente se a opção foi pela lavratura de uma escritura, forma pública, ou por meio de um instrumento particular, acompanhado de, no mínimo duas testemunhas. Neste momento a atuação da equipe de saúde passa a ser vinculada ao desejo do declarante.

Perquire-se ainda se haveria prazo de validade para a declaração de vontade. A lei portuguesa adotou prazo de validade de cinco anos, sob o argumento que o declarante poderia olvidar-se de sua elaboração, além do fato dos procedimentos, tratamentos e técnicas médicas sofrerem constante evolução, muitas vezes fazendo com que a declaração se torne obsoleta

---

<sup>76</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. **Testamento vital y voluntad del paciente**: conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003.

<sup>77</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>78</sup> Ibid.

em razão do desenvolvimento de terapias que permitam a cura de enfermidades, que até então eram completamente desconhecidas.<sup>79</sup>

Entretanto deve ser ressaltado que a declaração prévia para o fim da vida só é utilizada como fator inibidor da prática da distanásia. A partir do momento em que existe uma nova técnica que permite a cura de uma doença e que no momento da elaboração do documento era desconhecida, a declaração perde sua validade, pois não tutela mais uma situação de terminalidade e irreversibilidade da enfermidade, portanto estaria contrariando o ordenamento jurídico o que é vedado.

Sendo assim, acredita-se que é desnecessária a imposição de prazo de validade à declaração prévia para o fim da vida, visto que o declarante pode revogá-la a qualquer tempo e a descoberta de nova técnica que torne possível a cura de uma doença elencada no documento faz com que este perca sua validade, tornando-o nulo por contrariar a legislação vigente.

No que se refere à sua denominação, a doutrina estrangeira constantemente utiliza as expressões *living will*, *patientenverfügungen*, *testamento biológico*, *advance directives*, *voluntad anticipada*, *instrucciones previas* e *directivas anticipadas de vontade* para nomear a declaração prévia para o fim da vida. No Brasil a expressão mais comum é testamento vital.<sup>80</sup>

Testamento vital, mesmo sendo o nome pelo qual o instituto é mais conhecido no Brasil, não é o termo mais adequado, pois gera equívocos. Essa terminologia permite uma associação natural ao testamento sucessório, com disposições principalmente patrimoniais e sempre *post mortem*, que em nada se assemelha às declarações prévias para o fim da vida.

Acredita-se que o instituto tenha sido batizado de testamento vital em razão de uma tradução literal e equivocada da expressão *living will*, do direito saxão. A termo *will* pode ser traduzido como testamento, contudo essa não é seu único significado, também pode manifestar anseio e vontade, enquanto que o termo *living* se refere à vida. Portanto a tradução literal permite a nomenclatura testamento vital, mas também permite interpretar que o real objetivo do instituto é demonstrar as vontades referentes à vida, ou ainda, em uma interpretação mais abrangente, a declaração de vontades para o fim da vida.

---

<sup>79</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. **Testamento vital y voluntad del paciente**: conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003.

<sup>80</sup> FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 4, 2003. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

É fundamental destacar as distinções entre o testamento e a declaração prévia para o fim da vida. Testamento é um negócio jurídico personalíssimo, unilateral, solene, revogável, com disposições patrimoniais e extrapatrimoniais e que produz efeitos *post mortem*.<sup>81</sup> Enquanto que as declarações prévias também são um negócio jurídico personalíssimo e unilateral - uma declaração de vontade, revogável e com conteúdo extrapatrimonial, contudo não apresenta solenidade e, principalmente, não produz efeitos *post mortem*.<sup>82</sup>

Essa é a razão pela qual se prefere a adoção da nomenclatura declaração prévia para o fim da vida em substituição ao termo testamento vital, vez que está mais adequado a natureza do instituto, que é respeitar o desejo do declarante para a fase derradeira de sua vida e não qualquer disposição com eficácia após sua morte.

#### 4.2.2 Mandato duradouro

A segunda espécie de Diretiva Antecipada de Vontade é o denominado mandato duradouro, ou poder duradouro do representante. Assim como a declaração prévia para o fim da vida, o instituto tem origem no direito estadunidense, no denominado *durable power of attorney for health care*. Outros países adotam nomenclaturas diferentes. Na Espanha recebeu o nome de *mandato de asistencia sanitaria e poder para el cuidado de salud*, em Portugal é chamado *procuradores de cuidados de saúde*.

Enquanto a declaração prévia estabelece condutas que devam ou não ser tomadas no fim da vida, o mandato duradouro consiste na outorga de procuração referente aos cuidados com a saúde, portanto mandato duradouro, em que se nomeia representante para tomar as providências cabíveis em nome do paciente, não apenas em situações de terminalidade.<sup>83</sup>

O indivíduo por meio do mandato duradouro pode nomear um procurador, ou mais procuradores, para auxiliarem os médicos nas decisões que serão tomadas quanto ao tratamento ou sua recusa, na eventualidade do mandante estar incapacitado de manifestar seu desejo. A decisão deverá sempre ser alicerçada nos valores e desejos do outorgante.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6

<sup>82</sup> DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 28, p. 61-71, mayo 2013.

<sup>83</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. v. 1

<sup>84</sup> DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Deste modo o mandatário deverá conhecer, intimamente, o mandante, suas vontades e valores e defender seus interesses levando-os em conta. O outorgado, apenas cumprirá a vontade do outorgante, estando a ela vinculado, omitindo seus valores e desejos próprios.<sup>85</sup>

Qual seria o procurador mais adequado? Ascendentes, descendentes, cônjuge, o médico de confiança do representado, o advogado da família, ou até mesmo um ente com grau de parentesco mais distante, pois é nessa escolha que repousa a grande dificuldade de efetividade do instrumento.

O eleito deve possuir grande afinidade com o representado, conhecendo-o profundamente e tendo sua confiança, pois caso não o conheça, ou mesmo o conhecendo, não cumpra a sua vontade, o instituto perde sua efetividade.<sup>86</sup>

Surgem então dois obstáculos para a escolha de um procurador que desconhece o desejo do mandante na situação em que depara, ou o mandatário que se recusa a cumprir a determinação do mandante por convicções próprias, valores morais e religiosos diferentes aos do outorgante, ou por apego e afeto ao representado, não aceitando a irreversibilidade de sua condição.

É fundamental a adoção do modelo do melhor interesse do paciente, ou seja, mesmo diante da dificuldade apresentada pela situação em que o outorgante se encontra, ainda que os laços de afetividade sugiram que a vontade do mandante seja descumprida, o procurador deve zelar pelo melhor interesse do mandante, pois o mandatário é apenas a voz do representado que, por algum motivo, não pode mais ecoar. Sendo assim, caso seja necessário, em razão da contrariedade, as decisões do representante podem ser invalidadas.<sup>87</sup>

O mandato duradouro apresenta algumas vantagens em razão de sua flexibilidade. O mandato tem aplicação temporalmente mais próxima, havendo uma adequação maior entre a disposição de vontade e a realidade do desenvolvimento técnico e científico da medicina. No mandato duradouro há garantia que a deliberação do mandante será cumprida; o mandato duradouro se adequa às novas realidades, visto que o procurador, em caso de omissão,

---

<sup>85</sup> MARINO, Ignazio Roberto Maria. Testamento biológico: i diritti dei malati e l'operato dei medici. In: BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi. (Coord.). **Il dolore e la politica**: accanimento terapeutico, testamento biológico, libertà di cura. Milano: Mondadori Bruno, 2007.

<sup>86</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra, 2004.

<sup>87</sup> BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James Franklin. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

decidirá com base nos valores do outorgante, moldando os fatos concretos às vontades do mandante.<sup>88</sup>

O mandato duradouro não se restringe à fase terminal, será utilizado sempre que o declarante estiver incapacitado de manifestar seu desejo. Contudo, a nomeação de um procurador é fundamental mesmo quando há a feitura de uma declaração prévia para o fim da vida, vez que o documento pode apresentar inadequação, ou ambiguidade.

Nesta hipótese será importante buscar a intenção real do declarante. Uma pessoa que demonstre conhecimento e afeto pelo emitente deverá exercer a função de mandatário e auxiliar no cumprimento da declaração.

Sendo assim, a união das espécies declaração prévia de vontade do paciente e do mandato duradouro formam o gênero Diretivas Antecipadas de Vontade.

#### **4.3 As Diretivas Antecipadas de Vontade como dissentimento: uma modalidade especial de consentimento livre e esclarecido**

O consentimento livre e esclarecido é fundamental para garantir a autonomia do paciente, sua liberdade e respeitá-lo enquanto ser humano, preservando sua dignidade. Destina-se a informar e esclarecer o paciente, permitindo-o decidir sobre a adesão ou recusa de um tratamento ou cuidado médico-hospitalar.

Nesse contexto as Diretivas de Vontade devem ser entendidas como um modelo especial de consentimento livre e esclarecido, pois ao analisar as declarações prévias de vontade para o fim da vida é possível concluir que se trata de um documento em que, previamente, diversos cuidados e tratamentos médicos são recusados, após amplo e efetivo esclarecimento por profissionais da ciência médica e jurídica.

Desse modo é possível afirmar que há um dissentimento livre e esclarecido, pois o outorgante, após receber todas as informações disponíveis sobre os tratamentos e cuidados médicos existentes e acessíveis, além de ter todas as suas dúvidas esclarecidas, usando de sua liberdade e autonomia, poderá recusar tratamentos e cuidados que não desejam receber no futuro, na hipótese de estarem inconsciente e não puderem manifestar seu desejo e padecerem de doença crônica, irreversível, incurável e em estágio terminal.

---

<sup>88</sup> MULHOLLAND, Kelly C. Protecting the right to die: the patient self-determination act of 1990. **Harvard Journal on Legislation**, Cambridge, ano 28, n. 2, p. 609-630, 1991. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

É inegável que a Diretiva Antecipada de Vontade versa sobre uma recusa livre e esclarecida, ao exercício de autonomia e autodeterminação, baseada nos direitos da personalidade e na dignidade humana, contudo não segue o padrão do consentimento livre e esclarecido que, em regra, existe para manifestar a adesão a um tratamento ou cuidado médico-hospitalar, opostamente o que se pretende documentar é o dissentimento.

Contudo não significa que não possa ser tratado como uma espécie, ou modalidade especial de consentimento livre e esclarecido, ou o dissentimento livre e esclarecido, como se propõe.

Ademais as Diretivas Antecipadas de Saúde são mais amplas, pois não estão restritas às declarações prévias para o fim da vida e ao dissentimento livre e esclarecido, ela vai além e por meio de segunda espécie o mandato duradouro nomeia um representante, para substituir o mandante e cumprir seus anseios, caso seja necessário, ainda que não esteja em situação de terminalidade, mas incapacitado de manifestar sua vontade.

Sendo assim, trata-se de modalidade especial com características próprias, mas com o mesmo objetivo, respeitar a autonomia e autodeterminação do paciente, afinal quando o interessado recusa, ou não adere a um tratamento, em regra não formaliza sua renúncia, somente recusa o procedimento e abandona o tratamento. Quando há adesão ao tratamento ou cuidado, em regra, a aceitação é formalizada.

Este instrumento permite oferecer nova oportunidade de manifestação de vontade do paciente, respeitando seus valores, crenças e desejos, reconhecendo-o como ser humano, digno de convicções e escolhas, configurando-se como um verdadeiro Termo de Dissentimento, ou recusa, livre e esclarecido, que pode ser considerado como espécie do gênero consentimento livre e esclarecido.

#### **4.4 Os avanços do Judiciário sobre a questão: análise do enunciado n. 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promoveu, na cidade de São Paulo, nos dias 14 e 15 de maio de 2014, a I Jornada de Direito da Saúde. O evento aprovou diversos enunciados sobre questões referentes à saúde, dentre eles o enunciado n. 37 que estabelece:

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

O enunciado merece elogios, por diversos motivos, sobretudo em razão da exigência de, no mínimo, duas testemunhas para a confecção da Diretiva Antecipada de Vontade, por meio de instrumento particular, conferindo maior segurança jurídica ao declarante e ao responsável por seu cumprimento. É imperioso que não há a mesma exigência quando há opção pela forma pública, visto que o notário dispõe de fé-pública.

No entanto, o enunciado recém-aprovado merece críticas por ter cometido diversos equívocos conceituais.<sup>89</sup> Inicialmente pode-se citar a confusão que é feita ao utilizar os termos Diretivas Antecipadas de Vontade e declarações antecipadas de vontade como sinônimos. Declarações antecipadas de vontade não existem. O que existem são Diretiva Antecipada de Vontade e Declaração Prévia para o fim da vida, mas que são institutos distintos, a primeira expressão é gênero que tem a segunda expressão como espécie.

Contudo a confusão não está restrita à nomenclatura, abrange também o alcance do instituto, que pelo enunciado fica restrito a tratamentos médicos, quando na realidade abarca tanto tratamento, quanto cuidados médicos.

Com isso, foi possível notar uma evolução da preocupação do judiciário, que embora não tenha regulamentado o assunto, demonstra interesse ao elaborar enunciado versando sobre o tema. Tratou-se da primeira chance de sedimentar de modo correto a terminologia a ser adotada, mas, infelizmente, essa oportunidade foi desperdiçada.

#### **4.5 A importância do aconselhamento médico e jurídico nas Diretivas Antecipadas de Vontade**

O advogado atua como um agente fundamental para a manutenção social, porque ele é o responsável por interpretar o ordenamento jurídico e, sempre que necessário, defende-lo. Pode ser considerado como a estrutura da sociedade.<sup>90</sup>

Como defensor do ordenamento jurídico, o advogado colabora para a manutenção do Estado Democrático de Direito, vez que assegura ao cidadão comum que seus interesses serão tutelados por meio das normas vigentes.

---

<sup>89</sup> DADALTO, Luciana. **Será a hora de jogar a toalha?** Apontamentos sobre o enunciado n. 37 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, 16 maio 2014. Disponível em: <<http://diretivasantecipadas.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

<sup>90</sup> MARTINS, Ives Gandra. A função social do Advogado. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 5. n. 14. p. 94-99, jul./set. 1983.

Quando há qualquer indício ou ameaça de violação a um direito fundamental não há a quem se recorrer para se evitar a infração, que não ao advogado<sup>91</sup>, pois ele é o profissional habilitado a desempenhar a defesa dos interesses sociais, por meio de procedimentos judiciais. O advogado mobiliza o direito frente à injustiça.<sup>92</sup>

A profissão tem caráter público e político, pois sua atuação deve estar condicionada a valores éticos e morais. É a constante luta pela liberdade e pela justiça, que estão entre os maiores interesses sociais.<sup>93</sup>

É inequívoco que o ordenamento jurídico seja bastante complexo e hipertrofiado, em razão das inúmeras leis, por essa razão Vadel<sup>94</sup> explica que o advogado desempenha a função de auxiliar o cidadão, prestando-lhe assessoria técnica quanto ao conteúdo e alcance das normas.

Assim é inequívoca a importância da participação do advogado, como assessor técnico na elaboração das Diretivas Antecipadas de Vontade.

O ordenamento jurídico deve ser interpretado enquanto um sistema de regras. Sendo assim, se for analisada a legislação, é possível verificar que o Estatuto da Advocacia<sup>95</sup> impõe a obrigatoriedade do visto do advogado para que atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas sejam admitidos a registro, sob pena de nulidade do instrumento. Entendimento semelhante tem a Lei do Registro de Comércio<sup>96</sup>, que foi regulamentada pelo Decreto n. 1.800/96<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> As menções feitas a advogados são extensivas aos defensores públicos, que desempenham papel fundamental para preservação dos interesses da população que não tem condições econômicas de financiar o patrocínio de seus interesses em juízo. O declarante menos favorecido poderá recorrer à defensoria pública, sem necessidade de pagamento.

<sup>92</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Problemas atuais da advocacia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 471-474, 1975.

<sup>93</sup> BOMFIM, Benedito Calheiros. **A função social da advocacia**. Disponível em: <www.neofito.com.br>. Acesso em: 19 jun. 2014.

<sup>94</sup> VADELL, Lorenzo M. Bujosa. La garantía de la Assistència de Letrado: función social y relevancia constitucional. In: PAIVA, Mário Antônio Lobato de. (Org.). **A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade**. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

<sup>95</sup> BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 1994. p. 10093. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2014 - Art. 1º São atividades privativas de advocacia: [...]§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

<sup>96</sup> Id. Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1994. p. 17514. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

<sup>97</sup> Id. Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 jan. 1996. p. 1504. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1800.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1800.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2014 - Art. 36. O ato constitutivo de sociedade mercantil e de cooperativa somente poderá ser arquivado se visado por advogado, com a indicação do nome e número de inscrição na respectiva Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

A exigência de visto de advogado se refere à constituição e alteração de atos constitutivos de qualquer pessoa jurídica, independentemente se por meio de instrumento público, ou particular.

Essa exigência ocorre porque, em tese, o advogado é quem detém conhecimento técnico para elaborar um contrato, atendendo os interesses individuais e sociais, agindo com fidelidade ao ordenamento jurídico, orientando e evitando prejuízos ao cidadão.<sup>98</sup>

Ainda no mesmo sentido a Lei n. 11.441/07<sup>99</sup>, que dispõe sobre a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual, por via administrativa, estabeleceu a obrigatoriedade de assessoria técnica jurídica para a validade dos atos, por meio de procedimento extrajudicial, em que é adotada a forma pública.

A assistência jurídica não se resume à presença formal do advogado, para autenticar o ato. O profissional deve participar efetivamente, prestando orientação jurídica, esclarecendo eventuais dúvidas e elaborando a minuta que dará origem à escritura pública.<sup>100</sup>

Sendo assim, a estrutura normativa brasileira se preocupou em estabelecer a obrigatoriedade da participação de um advogado para cumprir a função de assessoria efetiva em procedimentos como atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas; inventário; partilha; separação consensual e divórcio consensual, por via administrativa. Nesse sentido, por analogia, nos parece óbvio que as Diretivas Antecipadas de Vontade tutelam bem jurídico de valor superior à constituição de pessoa jurídica, disposição e sucessão patrimonial, e dissolução de sociedade matrimonial.

Deste modo, é imperioso regulamentar que a participação de um assessor jurídico seja obrigatória para a validade das Diretivas Antecipadas de Vontade, sendo considerado nulo o documento que não dispusesse da participação de um advogado em sua elaboração e aconselhamento.

A função do advogado nas Diretivas Antecipadas de Vontade é fundamental. O profissional atuará como um auxiliar, garantindo que os anseios do outorgante sejam cumpridos, que sua elaboração cumpra os preceitos da legalidade, seguindo a melhor técnica,

---

<sup>98</sup> THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. Considerações acerca da obrigatoriedade da aposição do visto de advogado em atos constitutivos de sociedades empresárias. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 147-153, 2008.

<sup>99</sup> BRASIL. Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jan. 2007. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm)>. Acesso em: 17 jul. 2014.

<sup>100</sup> LÔBO, Paulo. **Divórcio e separação consensuais extrajudiciais**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=13313&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13313&Itemid=675)>. Acesso em: 20 jun. 2014.

evitando ambiguidades e interpretações dúbias, que porão em dúvida a equipe médica no momento do seu cumprimento.<sup>101</sup>

Ademais o advogado auxiliará na orientação da escolha quanto a melhor forma de elaboração, no detalhamento das situações possíveis, demonstrará quais são as opções disponíveis e quais os limites legais de cada opção, orientará quanto a escolha do procurador de saúde, além de prestar orientações jurídicas diversas, como direitos subjetivos de pacientes em terminalidade e sucessão patrimonial.

Semelhante é o entendimento relativo à assessoria médica, engana-se quem acredita que a função do médico na sociedade está restrita à atuação tecnobiológica, a atuação médica também é interdisciplinar e multifacetada, pautada por valores éticos, morais, culturais, científicos, políticos, humanos, sociais e ecumênicos.<sup>102</sup>

O médico desempenha atividade fundamental para a sociedade, mais que curar, o médico é responsável por cuidar. É o profissional que renuncia a sua vida para se dedicar ao próximo, fazendo de seu ofício uma devoção.

Não há profissional mais apto a esclarecer o conteúdo de cada tratamento que o profissional da saúde. O médico é quem dispõe de formação técnica para assessorar o indivíduo quanto os benefícios, malefícios e consequências de cada procedimento biomédico.

Sendo assim, a ausência de aconselhamento médico poderá levar o outorgante a decidir baseado em falsas premissas, que ele, por desinformação, ou informação inadequada, acredita serem verdadeiras e terá, como consequência, uma conclusão falsa, sem alcançar seu real objetivo, deste modo sua vontade estará maculada pelo vício do erro.

Apenas haverá autonomia quando o interessado dispuser de informações reais e completas acerca das alternativas que lhe são apresentadas, caso a informação seja incompleta haverá uma falsa liberdade de escolha.

Um tema de tamanha relevância, como as Diretivas Antecipadas de Vontade, merece um cuidado especial, como a participação obrigatória de um médico, como profissional responsável por oferecer todas as informações necessárias ao exercício da autonomia.

Deste modo, defende-se a obrigatoriedade de aconselhamento médico e jurídico para a elaboração das Diretivas Antecipadas de Vontade, vez que sua ausência apresenta como consequência limitação ao exercício da autonomia, em razão da ausência de informações

---

<sup>101</sup> LIPPMANN, Ernesto. O papel do advogado no testamento vital. In: DADALTO, Luciana. (Coord.). **Diretivas antecipadas de vontade**: ensaios sobre o direito à autodeterminação. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

<sup>102</sup> BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**: ética do humano – compaixão pela terra. Petrópolis: Vozes, 1999.

fundamentais ao processo de decisão. A falta de assessoria jurídica ou médica deve ensejar a nulidade absoluta do instrumento, seja ele público ou particular.

#### 4.6 Responsabilidades oriundas das Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente

O médico, quando desenvolve seu ofício não assume o compromisso de alcançar um resultado específico, ou seja, o médico não garante que o resultado pretendido seja logrado. O médico não se compromete em curar o paciente, compromete-se apenas em empregar as melhores técnicas disponíveis para buscar um resultado satisfatório.

Quando se analisa a responsabilidade civil do médico o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor reconhecem que a responsabilidade dos profissionais da saúde, em regra, é subjetiva, ou seja, necessita que se comprove a existência de, ao menos, um dos elementos da culpa, que são negligência; imprudência ou imperícia.

Deste modo, é obrigatória a apreciação do elemento culpa *lato sensu*, que mesmo complexa deve ser comprovada, pois se a conduta for isenta de dolo, negligência, imprudência ou imperícia, não haverá responsabilização.<sup>103</sup>

Todavia, não se discute um ato de iatrogenia<sup>104</sup>, ou desdobramentos da prática médica, mas sim as consequências do cumprimento ou do descumprimento da vontade do paciente que está manifestada no documento das Diretivas Antecipadas de Vontade, o que tem caráter e efeitos diversos.

Atualmente, em razão da ausência de uma lei que reconheça e regule expressamente as Diretivas Antecipadas de Vontade do Paciente, qualquer que seja a conduta do profissional da saúde não será suficiente para assegurar sua segurança quanto a licitude de sua decisão.

Embora regras esparsas reconheçam o direito à autonomia e autodeterminação do paciente, como já exposto, esse entendimento depende de um esforço interpretativo

<sup>103</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>104</sup> “Iatrogenia é uma palavra que deriva do grego: o radical *iatro* (“iatrós”), significa médico, remédio, medicina; *geno* (“gennáo”), aquele que gera, produz; e “*Ia*”, uma qualidade. [...] o significado mais aceito é o de que iatrogenia consiste num resultado negativo da prática médica. [...] Sob esta óptica, o “erros médicos”, tais como os conhecemos no Código de Ética Médica (imperícia, imprudência e negligência) se enquadram na categoria de iatrogenias, no entendimento contemporâneo.” (TAVARES, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da iatrogenia e educação médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, p. 181, 2007).

sistemático, o que nem sempre é feito pelos operadores da ciência jurídica, gerando insegurança dos profissionais de saúde frente às Diretivas Antecipadas de Vontade.

Ademais, a legislação atual, tal como está formatada, permite ao paciente manifestar sua autonomia, mas não é suficiente para vincular a atuação do médico. Sendo a atuação do profissional discricionária, poderá ele escolher entre cumprir ou não as Diretivas Antecipadas de Vontade. Diante desta situação, resulta necessário analisar quais seriam as consequências éticas e jurídicas dessa escolha?

#### 4.6.1 Responsabilidade civil decorrente do acatamento da manifestação antecipada de vontade do paciente

As Diretivas Antecipadas de Vontade são pautadas em práticas de ortotanásia, que consiste em exercício regular dos preceitos médicos. Contudo é fundamental que a família do paciente concorde com a prática, vez que a negativa dos parentes pode ensejar ação judicial em face do profissional. A comunhão de vontades traz segurança ao médico.<sup>105</sup>

É fundamental retomar que, embora a ortotanásia não esteja tipificada como crime no Código Penal, houve apresentação de sugestão de alteração do art. 121, no Anteprojeto do Código Penal. Pretendia-se incluir a ortotanásia entre as hipóteses excludentes de ilicitude, o texto propunha a inserção do § 4.º, que iria dispor:

§4º - Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Ainda que a proposta de inclusão do § 4.º ao art. 121 do Código Penal não tenha sido aceita, é suficiente para demonstrar que, parcela da doutrina considera que a prática de ortotanásia poderia configurar crime, tanto que almejava incluí-la como hipótese de exclusão de ilicitude.

---

<sup>105</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**. eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Ademais a conduta do médico pode ser interpretada como uma omissão voluntária, capaz de provocar a morte de outrem, configurando homicídio privilegiado por relevante valor moral<sup>106</sup>, que dará inclusive ensejo à diminuição da pena em razão do relevante valor social e moral, que deu causa ao crime, ou ainda omissão de socorro<sup>107</sup>, ambos os crimes tipificados pelo Código Penal.

É imperioso ressaltar que o Código Penal não elenca entre as causas capazes de afastar a ilicitude do ato, o pedido da vítima. Deste modo o consentimento ou a solicitação do paciente são irrelevantes para afastar a caracterização do crime.<sup>108</sup>

O entendimento majoritário e, aparentemente, correto é que a prática médica não deva ser punida, contudo não há segurança quanto a essa questão. Ainda que o profissional não seja condenado, o simples fato de enfrentar um procedimento judicial já lhe causaria inúmeros prejuízos, que vão desde o patrocínio do processo, até a repercussão profissional e familiar que o caso ganharia.

A arte médica é baseada na confiança e a simples averiguação de uma conduta ilícita de um profissional da saúde pode ser suficiente para implodir sua carreira profissional.

Não bastasse, a repercussão fato pode refletir na família do médico, afetando inclusive pessoas que não estão envolvidas diretamente com a conduta, como cônjuge, filhos, pais e irmãos.

Deste modo, não é seguro, ainda que todos os indícios encaminhem para a ausência de ilicitude na conduta do profissional, que o acatamento das Diretivas Antecipadas de Vontade dê causa à responsabilização do profissional.

Não é lícito ao médico alegar em sua defesa a existência da Resolução n. 1.805/2006 e Resolução n. 1.995/2012, ambas do Conselho Federal de Medicina, pois ambas não tem eficácia *erga omnes*, restringindo-se aos profissionais vinculados ao conselho e seu conteúdo é adstrito à postura ética profissional, não servindo com excludente de antijuridicidade, ou de ilicitude, razão pela qual, sua alegação em defesa do ato médico não

---

<sup>106</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. p. 2391. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014. Art. 121 - Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena: § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

<sup>107</sup> Ibid. Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

<sup>108</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. Coordenação de Renan Lotufo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Prof. Agostinho Alvim).

será suficiente para afastar a responsabilização, estará isento apenas de sanções oriundas de infração ética.

Apenas a regulamentação do instituto é capaz de conferir segurança jurídica ao acatamento das Diretivas Antecipadas de Vontade por parte da equipe médica.

#### 4.6.2 Responsabilidade civil decorrente do não acatamento da manifestação antecipada de vontade do paciente

Outra situação ainda mais tormentosa é o não acatamento das Diretivas Antecipadas de Vontade, pois ao descumprir o documento e, por consequência, a autonomia do paciente, o médico pratica um ato ainda mais grave, a obstinação terapêutica, vez que intenta manter vivo uma pessoa que já está em processo irreversível de morte, quando todas as tentativas de cura são inidôneas. Essa conduta é responsável por gerar consequências éticas e cíveis.

Reitera-se que o médico ao empreender ações terapêuticas inúteis ou obstinadas comete infração ética, conforme disposto no art. 41, do Código de Ética Médica<sup>109</sup>. É dever ético do médico respeitar a autonomia do paciente, desde que sua vontade não contrarie valores éticos e morais do profissional.

Praticar um procedimento, ou tratamento, que a ciência médica considera inútil terapêuticamente, vez que além de trazer qualquer benefício ao paciente, poderá causar-lhe ampliação do sofrimento, pois há desproporcionalidade entre benefícios mínimos e transitórios. Essa ponderação deve ser feita pelo médico, que é o responsável por decidir entre iniciar o tratamento, ou reconhecer sua inutilidade, essa escolha deve ser pautada em critérios da *legis artis*, tendo dados objetivos e seguros.<sup>110</sup>

Deste modo, o médico que toma decisão contrária, optando pelo tratamento inútil, sem produzir efeito benéfico e causando sofrimento desnecessário, quando comparado ao pequeno efeito benéfico que irá proporcionar, praticará uma infração ética.

Além da infração ética, o profissional que descumpre a Diretiva Antecipada de Vontade, comete ainda, um ilícito jurídico que fará nascer a necessidade de reparação do dano por meio da responsabilidade civil.

<sup>109</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1. p. 90. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 1 abr. 2012. Capítulo I, inciso XXII. Art. 41. 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.”

<sup>110</sup> SERRÃO, Daniel. Ética das atitudes médicas em relação com o processo de morrer. In: \_\_\_\_\_; NUNES, Rui. (Coord.). **Ética em cuidados de saúde**. Porto: Porto, 1998.

A responsabilidade civil para ser configurada exige a existência de seus elementos constitutivos para que seja aplicada. Deve haver uma conduta, na hipótese aventada a obstinação terapêutica, em contrariedade a autodeterminação do paciente; existência de um dano, material ou moral; e nexo causal, que é responsável por fundir a conduta ao dano, demonstrando que o último apenas ocorreu em razão da prática da primeira.<sup>111</sup>

Somam-se a todos esses elementos a necessidade de comprovar o *animus* da conduta do agente, que é representada pela culpa *lato sensu* (negligência, imprudência, imperícia ou dolo).

O médico que descumpra intencionalmente as Diretivas Antecipadas de Vontade pratica uma conduta dolosa.

A responsabilidade civil pode ocorrer devido a um dano patrimonial, que se dá em razão de prejuízo material, ao atingir qualquer bem que possa ser representado de modo pecuniário; ou um dano moral, que ocorre em razão de uma dor, ou sofrimento psicológico, atingindo valores íntimos do indivíduo, que não são expressos em dinheiro. Deve-se analisar a possibilidade desse descumprimento hipotético ensejar um dano moral ao paciente e aos familiares, devido a angústia, oriunda da dor e o sofrimento do enfermo, decorrentes da prática da distanásia, pois o dano moral pode ser entendido como a emoção, a dor, o espanto, a vergonha, a aflição moral ou física, ou seja, a um sofrimento suportado pelo indivíduo em razão da conduta de outrem, devendo ser interpretado o vocábulo dor de modo amplo, abarcando diversos significados.<sup>112</sup>

É inegável que o prolongamento inútil da vida, devido à obstinação terapêutica, em contrariedade ao desejo do paciente e de seus familiares irá causar-lhes abalo psicológico, configurador do dano moral.

O dano moral pode ser definido como uma lesão cometida por outrem aos sentimentos de alguém. Essa conduta terá como consequência para o lesado a dor e o sofrimento que podem ser psíquicos, ou físicos, a inquietação espiritual, dificuldades de relacionamentos, ou seja, todas as lesões que não sejam suscetíveis de valoração pecuniária.<sup>113</sup>

Não há dúvidas que o não acatamento das Diretivas Antecipadas de Vontade ensejará dor e sofrimento, pois ainda que o paciente esteja incapacitado de manifestar sua contrariedade, seus familiares o verão sofrer em razão de um procedimento, ou tratamento que

---

<sup>111</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>112</sup> MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale**. 3. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1917.

<sup>113</sup> ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

não desejava receber. A equipe médica, com sua conduta, serão os responsáveis pelo dano, devendo ser responsabilizados pelo sofrimento moral ao qual o paciente e seus familiares foram expostos.

Ainda restará a responsabilidade patrimonial, vez que o alargamento da morte gerará custos. As terapias para pacientes terminais em razão de seu alto grau de tecnologia têm valores elevados, além dos honorários dos profissionais envolvidos, que merecem remuneração por sua atuação, alguém deverá arcar com esses custos.

Na hipótese do enfermo estar internado em um hospital particular, o responsável pelo pagamento do tratamento será o próprio paciente, seus familiares, ou amigos. Contudo o doente pode ser titular de um plano de assistência médico-hospitalar, hipótese em que o convênio médico será o responsável pelo pagamento dos procedimentos. Há ainda a possibilidade de se tratar de paciente do sistema público de saúde, nessa hipótese a coletividade, representada pelo erário, será responsável pelo pagamento.

Sendo assim, a conduta médica, que era indesejada, certamente dará azo a um prejuízo patrimonial, que poderá ser suportado pelo paciente, seus familiares, ou amigos; pelo convênio de assistência médico-hospitalar; ou pelo erário.

Deste modo, a equipe médica deverá ser responsabilizada, vez que caso houvesse acatado as Diretivas de Vontade do Paciente não haveria razão para tal prejuízo, que surgiu em razão do procedimento que fora recusado.

Deve-se ressaltar que a expressão dano não sofre limitações quanto à sua extensão, sendo representativa do resultado de qualquer espécie de lesão, seja ela patrimonial, moral, religiosa, política, ou de qualquer outra natureza. Contudo, quanto à menção jurídica ao termo, restringe-se seu significado ao conteúdo moral e patrimonial. O dano patrimonial é representado pela diminuição do patrimônio de alguém, em razão de um ato que lhe causa prejuízo material.<sup>114</sup>

Ante o exposto, é possível afirmar que o descumprimento da Diretiva Antecipada de Vontade por parte do médico responsável pela prática profissional, causou a redução do patrimônio do responsável pelo pagamento dos tratamentos médico hospitalar, causando-lhe prejuízo. Sendo assim, o causador do prejuízo deve responder juridicamente por sua conduta.

Portanto, um único ato ocasiona três modalidades de infrações, ética; moral e patrimonial, ou material, todas passíveis de sanções distintas, demonstrando a importância do

---

<sup>114</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 1998.

respeito à autonomia e autodeterminação do paciente, representadas nas Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente.

Deste modo, fica latente a insegurança jurídica dos profissionais da saúde frente à ausência de regulamentação das Diretivas Antecipadas de Vontade, afinal seja qual for a conduta eleita pelo profissional, acatamento, ou não acatamento, das disposições estará sujeito a implicações jurídicas.

Embora o tema seja de grande relevância médica e jurídica, os legisladores ainda não demonstraram conhecer a realidade que os envolvidos com pacientes terminais estão expostos todos os dias. Assim, pugna-se por sua urgente regulamentação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou abordar as principais questões referentes às Diretivas Antecipadas de Vontade, fazendo uma análise sob a óptica da Bioética e do Direito, respeitando as características de cada abordagem.

Inicialmente, buscou-se demonstrar que a bioética, ciência responsável por estabelecer limites éticos às ciências da vida e às interações sociais e científicas que tenham pessoas como sujeito, ou que influenciem diretamente na vida humana, em razão de sua natureza interdisciplinar, apresenta uma interface com a ciência jurídica.

O Direito, responsável por regular as relações humanas, estabelecendo os limites da conduta de cada indivíduo e estabelecendo sanções para a hipótese de descumprimento, também deve estar associado às questões bioéticas. Essa preocupação fez surgir um novo ramo da ciência jurídica, denominado Biodireito, responsável por regulamentar essa interação.

Como toda ciência, a Bioética tem princípios norteadores próprios, que servem como orientação para todas as condutas, inicialmente foram abordados os quatro princípios descritos no *Belmont Report*, também denominado principialismo bioético, sob influência estadunidense e, posteriormente, os princípios de origem europeia, descritos na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Destacam-se, além dos princípios da autonomia, beneficência, justiça e não-maleficência, componentes do principialismo; os princípios da responsabilidade individual, incapacidade para consentir, respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade individual, privacidade e confidencialidade, não-discriminação e não-estigmatização, respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo, solidariedade humana e a cooperação internacional, responsabilidade social e a promoção da saúde, compartilhamento de benefícios, proteção às gerações futuras, proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade, todos oriundos da Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos.

Mereceu consideração especial a dignidade da pessoa humana, princípio que tem origem constitucional e compõe o núcleo axiológico do ordenamento jurídico, vez que não há como tutelar qualquer direito subjetivo, se o titular não tiver dignidade humana.

A comunhão de todos esses princípios constitui o embasamento protetivo do indivíduo que pretende adotar a Diretiva Antecipada de Vontade, mas não são os únicos fundamentos para defesa de sua utilização.

Toda manifestação de vontade depende de um exercício de autonomia. A autonomia está presente quando alternativas são expostas e a escolha de qualquer delas é permitida ao

sujeito, para que ocorra efetivamente o exercício da autonomia é fundamental que o eleitor as conheça com profundidade, sem qualquer dúvida, ou incerteza, pois nessa hipótese, sua liberdade de escolha estará viciada, vez que o alcance da opção é parcialmente desconhecido.

A natureza humana impõe que seja eleita a opção que lhe é mais benéfica, que lhe traga resultados positivos, todavia nem sempre as alternativas disponíveis apresentam conteúdo benéfico, por vezes os problemas éticos apresentados requerem escolhas práticas de modo prudente e ponderado, sendo impossível alcançar a solução ideal. Muitas vezes, em situações de terminalidade de vida, em que se defrontam qualidade e prolongamento de vida, deve-se agir com ponderação, fazendo uso da deliberação moral.

Todos esses temas estão diretamente relacionados aos direitos da personalidade, cujo embasamento é constitucional e infraconstitucional, sob influência dos direitos humanos.

O presente trabalho buscou demonstrar que a autonomia e a autodeterminação do paciente, expressas nas Diretivas Antecipadas de Vontade, compõem o arcabouço jurídico dos direitos da personalidade e devem ser reconhecidos em todas as fases de sua vida, ainda que sua opção seja pelo não prolongamento do processo de morte.

A busca pelo prolongamento da vida é ínsito ao ser humano, em especial quando qualidade e quantidade de vida estão associados, o que nem sempre é possível. Muitas vezes, quando existe quantidade de vida, sem qualidade, ou seja, vida acompanhada de sofrimento, dores e angústias, seu prolongamento perde a razão de ser.

Nessa hipótese o que se busca não é ampliar a quantidade de dias vividos, mas a diminuição do sofrimento, com o restabelecimento da dignidade. A incessante evolução biotecnociêntífica, fez com que o antigo paradigma de que há vida enquanto o coração pulsar deixasse de corresponder à realidade, pois possibilita que o coração ainda pulse de modo mecânico em um corpo desanimado, provocando apenas ampliação da angústia do paciente e de seus entes queridos.

Muitas vezes o paciente sobrevive por conta de procedimentos médico-hospitalares, mas já não possui vida. O que se tem é a ampliação do processo de morte e não dos dias de vida.

Sendo assim, a morte deve ser encarada apenas como a fase final da vida de todos os seres animados e não como um mal, ou uma anomalia. A morte é própria da vida humana, merecendo respeito, mas que isso, ainda nessa fase a dignidade da pessoa humana deve ser preservada, por meio de uma terapia humanizada do paciente terminal, que tenha por escopo tratá-lo, já que muitas vezes a cura já não pode ser alcançada. A morte digna é mais um dos componentes da vida digna e por consequência da dignidade humana.

Existem diversas espécies de intervenção médica em pacientes terminais, por essa razão, buscou-se conceituar as principais, quais sejam: a) a eutanásia, em todas as suas espécies, que consiste na intervenção médica direta, ou indireta, dotada de conteúdo humanitário, que tem por consequência a antecipação da morte do paciente, conduta essa que contraria o ordenamento jurídico pátrio; b) a distanásia, ou encarniçamento terapêutico, busca pelo prolongamento máximo do tempo de vida do paciente, mesmo com o sacrifício de sua qualidade, ainda que para tanto ocorra ampliação desproporcional, causando dores e angústias em todos os envolvidos. Neste caso, o médico enfrenta a morte como um inimigo que deve ser combatido a qualquer custo; e c) a ortotanásia, que prescreve que quando não for mais possível curar, o médico deve buscar tratar o paciente, aplicando cuidados paliativos que assegurem a qualidade de vida do paciente em seus dias finais de vida.

O presente trabalho entende conforme a orientação do Conselho Federal de Medicina, que prescreve a prática de ortotanásia, condenando eticamente a eutanásia e a distanásia, vez que a ortotanásia é a tutela da morte digna, sem ampliar o tempo de vida a custo da ampliação do sofrimento do paciente, mas sem antecipar sua morte, preservando a dignidade humana integral, que abrange a fase final de vida do paciente.

Entende-se que a preservação da autonomia do paciente está associada à sua manifestação de vontade de modo livre e previamente esclarecido. Nesse contexto o termo de consentimento livre e esclarecido ganha importância especial, pois é o instrumento que materializa o recebimento de informações quanto ao conteúdo de procedimentos, cuidados e tratamentos, com seus benefícios e riscos, permitindo ao interessado aderir, ou não, à terapia proposta.

Essa manifestação de vontade do paciente de aderir a um tratamento é fundamental para a tutela dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Diversos diplomas legais e deontológicos em todo planeta prescrevem sua obrigatoriedade, antes de qualquer procedimento médico hospitalar.

Somente o conhecimento prévio, das consequências de qualquer conduta médica, é capaz de evitar abusos, ou condutas tidas como inapropriadas, afinal ninguém é obrigado a se expor a procedimento sanitário contra sua vontade, salvo por determinação legal.

Assim, as Diretivas Antecipadas de Vontade são o meio pelo qual o outorgante previamente renuncia cuidados extraordinários, na hipótese de padecer de doença incurável, irreversível e em fase terminal, requerendo que sejam mantidos apenas cuidados paliativos, capazes de aliviar seu sofrimento e reestabelecer sua dignidade, caso, no futuro, esteja

incapacitado de manifestar sua vontade. Desta forma, o paciente, por meio do documento, recusa a prática de distanásia e pleiteia a prática de ortotanásia.

As Diretivas Antecipadas de Vontade são gênero, composto pelas espécies Declarações Prévias de Vontade para o Fim da Vida, que consiste em delimitar sua recusa a determinados cuidados e tratamentos médicos; e Mandato Duradouro, pelo qual nomeia um representante para o cumprimento de suas vontades referentes à saúde, caso esteja incapacitado de manifestá-las livremente.

Deste modo, propomos, em razão de suas características, que as Diretivas Antecipadas de Vontade possam ser consideradas uma modalidade especial de consentimento livre e esclarecido, mais especificamente, um documento de dissentimento livre e esclarecido, por meio do qual o paciente, antecipadamente, manifesta sua não adesão a tratamentos futuros, vinculando a atuação da médica ao desejo do outorgante.

O documento representa o reconhecimento dos direitos do paciente à autonomia e à autodeterminação, bem como um modo de assegurar que a relação médico-paciente permaneça saudável, mesmo no fim da vida e diante da incapacidade de manifestação de vontade do enfermo.

O presente estudo analisou as principais legislações sobre o tema, dando especial atenção à lei dos Estados Unidos, país que criou o instituto, Espanha, como principal representante europeu e Argentina, país latino-americano com maior produção sobre o tema.

Para a validade das Diretivas Antecipadas de Vontade propomos a participação obrigatória de um assessor jurídico e um assessor médico, em razão da necessidade de informações claras e amplas quanto ao conteúdo técnico da decisão e das consequências de sua manifestação.

A interpretação sistemática da legislação brasileira demonstra que em situações nas quais bens de menor valor jurídico são tutelados há a obrigatoriedade da participação de um assessor jurídico para conferir eficácia ao ato, sendo assim, pugna-se pela participação de assessor jurídico.

Analogamente, entende-se que a participação de um assessor médico também seja fundamental para validade do documento, acompanhando o disposto na legislação italiana. Afinal só há exercício de autonomia e de autodeterminação, quando o eleitor conhece integralmente o conteúdo e as consequências de suas escolhas, e não há como o declarante decidir de modo esclarecido sem assessoria técnica.

Por derradeiro, e como objetivo principal do presente trabalho, buscou-se demonstrar a necessidade de regulamentação do instituto, que embora já utilizado, não dispõe de normatização específica.

A atual estrutura normativa confere insegurança jurídica aos profissionais de saúde, que prestam serviços a pacientes terminais e que tenham manifestado sua vontade, por meio de uma Diretiva Antecipada de Vontade.

A insegurança jurídica dos profissionais de saúde frente às Diretivas Antecipadas de Vontade ocorre porque, independente da conduta da equipe médica, o médico estará sujeito à punição, seja na esfera ética, civil ou penal.

Sendo assim, não há outro modo de conferir segurança à atuação da equipe médica, que atua com pacientes em fase terminal, que não seja a normatização específica do instituto, pois, embora a interpretação de leis esparsas, do ordenamento jurídico, permitam a adoção das Diretivas Antecipadas de Vontade, sua fundamentação conceitual e prática ainda necessita ser disposta de modo claro e definitivo.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, José Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, DF, ano 3, v. 7, p. 143-150, 1999.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. A responsabilidade civil em face do abandono afetivo e a problemática do quantum indenizatório. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 5, n. 1, p. 234-249, jul. 2012. Disponível em: <[www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/165/113](http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/165/113)>. Acesso em: 16 jul. 2014.
- ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v.32, n. 3, p. 358-362, 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/22041>>. Acesso em: 17 de junho de 2014.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ANDERSON, Miriam. The Capacity to Make a Will When the Testator's Mental Capacity is Impaired; Catalan Supreme Court Judgement January 26, 2009. **Indret**, Barcelona, v. 3, p. 1-15, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=1440242>>. Acesso em: 27 maio 2014
- ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O direito de morrer: o caso Eluana Englaro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2099, 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12557>>. Acesso em: 28 jun. 2014.
- ARGENTINA. Ley n. 26.529 de 21 de octubre de 2009. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- \_\_\_\_\_. Ley n.26.742, de de 9 de mayo de 2012. Modifícase la Ley Nº 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 24 mayo 2012. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 93-115, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 1998.

AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de. **Bioética fundamental**. Porto Alegre: Tomo, 2002.

BARBOSA, Hermes de Freitas. **Diretivas antecipadas de vontade: percepção de pacientes com diagnóstico de neoplasia maligna de ovário**. Ribeirão Preto, 2011/2013. Disponível em: <<http://www.bv.fapesp.br/pt/auxilios/31478/diretivas-antecipadas-de-vontade-percepcao-de-pacientes-com-diagnostico-de-neoplasia-maligna-de-ovar/>>. Acesso em: 16 maio 2014.

\_\_\_\_\_. **É obrigatório o uso do Termo de Consentimento Informado?** Ribeirão Preto, [2014]. Disponível em: <<http://www.hermesbarbosa.med.br/noticias2.php?id=90>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 209-216, 2000. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v8/simp1.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2014

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. dez. 2010. (mimeo.).

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_.; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BAUDOUIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. **Éthique de la mort et droit à la mort**. Paris: Press Universitaires de France, 1993.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James Franklin. **Principles of biomedical ethics**. New York: Oxford University, 1979.

\_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BÉLGICA. **Déclaration anticipée de volonté**. 28 mai 2002. Disponível em: <[http://www.bruxelles.be/artdet.cfm?id=5781&#a\\_1](http://www.bruxelles.be/artdet.cfm?id=5781&#a_1)>. Acesso em: 28 jun. 2014

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra**. Petrópolis: Vozes, 1999.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **A função social da advocacia**. Disponível em: <www.neofito.com.br>. Acesso em: 19 jun. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. Coordenação de Renan Lotufo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Prof. Agostinho Alvim).

\_\_\_\_\_. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7571>. Acesso em: 31 mar. 2012.

BOSTIANCIC, Maria Carla. **Las directivas anticipadas del paciente para tratamientos biomédicos: validez ético-jurídica y responsabilidad civil de los profesionales de salud**. Mar del Plata: Secretaria de Ciencia y Técnica : Ed. Universidad Nacional de Mar del Plata, 2008.

BRANDI, Nelly A. Taiana de; LLORENS, Luis Rogelio. La creación del registro de actos de autoprotección. **Revista Notarial de La Plata**, La Plata, v. 948, p. 419-428, mayo/ago. 2004.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico do Senado, 1988

\_\_\_\_\_. Decreto n. 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 jan. 1996. p. 1504. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/D1800.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. p. 2391. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 27 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jul. 1994. p. 10093. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1994. p. 17514. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l8934.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 19 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jan. 2007. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm)>. Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portalf1/pagina-inicial.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

CALLIOLI, Eugênio Carlos. Aspectos da fecundação artificial “in vitro”. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 12, n. 44, p.71-95, abr./jun. 1988.

CALÒ, Emanuele. **Il testamento biológico**. Milano: Ipsoa, 2008.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. **La autonomía del paciente**: del consentimiento informado al testamento vital. Albacete: Bomarzo, 2005.

CAPPELETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993.

CARDOSO, Juraciara Vieira. **Ortotanásia**: uma análise comparativa da legislação brasileira projetada e em vigor. 16 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ortotan%C3%A1sia-uma-an%C3%A1lise-comparativa-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-brasileira-projetada-e-em-vigor>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

CASADO, María; ROYES, Albert (Coord.). **Documento sobre las voluntades anticipadas**. Barcelona: Observatori di Bioètica i Dret, 2001.

CHAVES, Antonio. Capacidade civil. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). **Enciclopédia Saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 13.

\_\_\_\_\_. **Direito a vida e ao próprio corpo**: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista de Tribunais, 1994.

CLOTET, Joaquim. **Bioética uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. **Informazione e consenso all’atto medico**. Roma, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1. p. 90. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 1 abr. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Iniciação à bioética**. Brasília, DF, 1998.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM n. 1.805/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Seção I. p. 169. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção I. p. 269-270. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 2 out. 2012.

\_\_\_\_\_. A ortotanásia na justiça brasileira. **Revista Bioethikos**, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 476-486, 2010. Disponível: <[http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos\\_476-486\\_.pdf](http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486_.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Publicada resolução 466 do CNS que trata de pesquisas em seres humanos e atualiza a resolução 196**. 14 jun. 2013. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/ultimas\\_noticias/2013/06\\_jun\\_14\\_publicada\\_resolucao.htm](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2013/06_jun_14_publicada_resolucao.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. Coimbra: Almedina, 2007. t. 3. v. 1.

CRUZ, Maria Luiza Monteiro da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 3, p. 405-411, 2013.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes, 1961.

DADALTO, Luciana. Capacidade *versus* discernimento: quem pode fazer as diretivas antecipadas de vontade In: \_\_\_\_\_. (Coord.) **Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação**. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

\_\_\_\_\_. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: \_\_\_\_\_.; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

\_\_\_\_\_. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 28, p. 61-71, mayo 2013.

\_\_\_\_\_. **Será a hora de jogar a toalha?** Apontamentos sobre o enunciado n. 37 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, 16 maio 2014. Disponível em: <<http://diretivasantecipadas.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

D'ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. **Comportar-se fazendo bioética para quem se interesse pela ética**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Bioética clínica e direito médico. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (Org.) **Bioética clínica e pluralismo**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2013.

DURKHEIN, Émile. **O suicídio**. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

\_\_\_\_\_. **El dominio de la vida**. Barcelona: Ariel, 1998.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Nova York: Bloomsbury Academic, 2013.

EMANUEL, Ezekiel J.; EMANUEL, Linda L. Living wills: past, present, and future. **The Journal of Clinical Ethics**, Hagerstown, v.1, n.1, p.1-19, 1990.

ESPAÑA. Organización Médica Colegial. **Código de Ética y Deontología Médica**. Madrid, 10 set. 1999. Disponível em: <<http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Ley n. 41, de 14 de noviembre de 2002. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 14 nov. 2002, n. 274, p. 40126-10132. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/pf/L41-02.htm#C4>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Real Decreto n. 124/2007, de 02 de febrero de 2007. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 15 fev. 2007, n. 40, p. 6591-6593. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2007/02/15/pdfs/A06591-06593.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

FEDERAL COMMISSION ON PATIENTS' RIGHTS. **Law Patients' Rights**. 2007. Disponível em:

<<http://www.health.belgium.be/internet2Prd/groups/public/@public/@dgl/@legalmanagement/documdocu/ie2divers/19081113.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

FEDERAZIONE NAZIONALE DEGLI ORDINI DEI MEDICI CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI. **Código de Deontologia Medica**. Roma, 1998. Disponível em: <[http://www.unimi.it/cataloghi/comitato\\_etico/codice\\_deontologia\\_medica.pdf](http://www.unimi.it/cataloghi/comitato_etico/codice_deontologia_medica.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

FERNANDES, Márcia Santana. **Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual: relação entre patentes e células-tronco humanas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O corpo entre a vida e a morte. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 6 fev. 1997. Tendências/Debates. p. 3.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e biodireito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 2/3, p. 41-63, 1998/1999. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11274>>. Acesso em: 28 maio 2014.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2006.

FRANÇA, Limongi Rubens. Institutos de proteção à personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 57, n. 391, p. 20-25, maio 1968.

FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: um enfoque ético-político. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 7, n. 1, p. 113-120, 1999.

FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 4, 2003. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

GAFO, Javier. **10 palavras-chave em bioética**. Coimbra: Editorial Gráfica Coimbra, 1996.

GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 67, p. 253-275, jul./ago. 2007.

GARCIA, Maria. A pessoa do paciente e a dignidade humana. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDIM, José Roberto. **Caso Piergiorgio Welbi Eutanásia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/welby.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

GRINBERG, Max; CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. Termo de consentimento com sentimento. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRACIA, Diego. Moral deliberation: the role of methodologies in clinical ethics. **Medicine Health Care and Philosophy**, Dordrecht, v.4, n.3, p. 223-232, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4193>>. Acesso em: 11 out. 2011.

HOSSNE, Willian Saad; VIEIRA, Sonia. **A experimentação com seres humanos: aspectos éticos**. São Paulo: EDUSP, 1995.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **Cuidados paliativos**. Disponível: <[http://www.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?ID=474](http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=474)>. Acesso em: 17 jan. 2014.

ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 27 dez. 1947, n. 298. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qnrw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014

\_\_\_\_\_. Legge 28 marzo 2001, n. 145. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, n. 95, 24 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/011451.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

JÄHR, Fritz. Bio-Ethik: Eine Umschau über die ethischen Beziehung des Menschen zu Tier und Pflanze. **Kosmos**, Stuttgart, v. 24, n. 2, p.2-4, 1927.

JESUS, Damásio de. **Código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNGES, José Roque. A vida como bem fundamental do homem. **Perspectivas teológicas**. Belo Horizonte, v. 25, n. 67, p.339-345, 1993.

\_\_\_\_\_. et al. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 18, n. 2, p. 275-288, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 6, n. 1, p. 61-69, 1998.

\_\_\_\_\_. Bioética nas questões da vida e da morte. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 115-167, 2003.

KUTNER, Louis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. **Indiana Law Journal**, Bloomington, v. 44, p.539-554, 1969.

LEÃO, Thales Prestrêlo Valadares. Da (im)possibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3626, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24638>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

LEITÃO, Leslie. Acusada de mortes em UTI se apresenta no Fórum de Curitiba, mas juiz nega prisão. **Veja Digital**, São Paulo, 27 mar. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/acusada-de-mortes-em-uti-se-apresenta-no-forum-de-curitiba-mas-juiz-nega-prisao>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Da bioética ao biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

LEMES, Conceição. Direitos tornam-se lei. In: GOUVEIA, Roberto. **Saúde pública, suprema lei: a nova legislação para a conquista da saúde**. São Paulo: Mandacaru, 2000.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade médica:** diante da recusa de transfusão de sangue. São Paulo: Nelpa, 2009.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos humanos de 4ª geração.** 20 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 29 maio 2014.

LIPPMANN, Ernesto. O papel do advogado no testamento vital. In: DADALTO, Luciana. (Coord.). **Diretivas antecipadas de vontade:** ensaios sobre o direito à autodeterminação. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

LÔBO, Paulo. **Divórcio e separação consensuais extrajudiciais.** Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=13313&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13313&Itemid=675)>. Acesso em: 20 jun. 2014.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. **Testamento vital y voluntad del paciente:** conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003.

LUCREZI, Francesco; MANCUSO, Francesco. **Diritto e vita:** biodiritto, bioetica, biopolitica. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2010.

MALLET, Estevão. O novo código civil e o direito do trabalho. **Revista da Amatra II**, São Paulo, v. 4, n. 8, p. 22-29, 2003.

MALUF, Fabiano; GARRAFA, Volnei. O termo de consentimento livre e esclarecido nas pesquisas com seres humanos: um estudo de caso. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 19, n. 3, p. 725-739, 2011.

MARINO, Ignazio Roberto Maria. Testamento biológico: i diritti dei malati e l'operato dei medici. In: BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi. (Coord.). **Il dolore e la politica:** accanimento terapeutico, testamento biológico, libertà di cura. Milano: Mondadori Bruno, 2007.

MARCHETTO, Patrícia Borba. A importância da bioética e do biodireito na sociedade atual. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 69, 1 nov. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6606](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6606)>. Acesso em: 19 out. 2012.

MARKUS, Karen. **The law of advance directives.** Disponível em: <<http://www.scu.edu/ethics/publications/iie/v8n1/advancedirectives.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

MARREIRO, Cecília Lôbo. Responsabilidade civil do médico na prática da distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 2, p. 308-317, 2013.

MARTIN, Leonard M. **A ética diante do paciente terminal:** leitura ético-teológica da relação médico-paciente terminal nos códigos brasileiros de ética médica. São Paulo: Santuário, 1993.

MARTINS, Ives Gandra. A função social do Advogado. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 5, n. 14, p. 94-99, jul./set., 1983.

MASSIP, Vicente. **História da filosofia ocidental**. São Paulo: EPU, 2001.

MATIAS, Adeline Garcia Matias. **A eutanásia e o direito à morte digna à luz da Constituição**. 2004. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

MÉDICA acusada de acelerar mortes na UTI se diz inocente. **Fantástico**. Rio de Janeiro: Globo. 09 jun. 2013. Programa de TV. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/06/medica-acusada-de-acelerar-mortes-na-uti-se-diz-inocente.html>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 1820, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2009. Seção 1. p. 80-81. Disponível em: <<http://www.adj.org.br/download/pdf/portaria1820.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale**. 3. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1917.

MIRANDA, Jorge. A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, ano 11, n. 45, p. 81-91, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, Mayana Sales. Diretivas antecipadas de vontade: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. In: DADALTO, Luciana (Coord.). **Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação**. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

MORI, Maurizio. Nè buona nè cattiva, la natura è indifferente. **MicroMega**, Roma, 17 mar. 2009. Disponível em: <<http://temi.repubblica.it/micromegaonline/ne-buona-ne-cattiva-la-natura-e-indifferente>>. Acesso em: 27 jan. 2014

MULHOLLAND, Kelly C. Protecting the right to die: the patient self-determination act of 1990. **Harvard Journal on Legislation**, Cambridge, ano 28, n. 2, p. 609-630, 1991. Disponível em: <<http://heinonline.org/>>. Acesso em: 19 de jun. 2014.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. v. 1

NEGRI, Stefania. The Right to Informed Consent at the Convergence of the International Biolaw and International Human Rights Law. In: \_\_\_\_\_. (Org.) **Self-determination, dignity and end-of-life care**: regulating advance directives in international and comparative perspective. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. Direito de liberdade e consentimento informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Contexto cultural e consentimento – uma perspectiva antropológica. In: GARrafa, Volnei; PESSINI, Leo. (Org.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola : São Camilo, 2003.

NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira; SIQUEIRA, José Eduardo de. A bioética no atual Código de Ética Médica. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 18, n. 2, p. 439-450, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. A pessoa natural e a relativização dos direitos da personalidade. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. (Org.). **O Direito e o futuro da pessoa**: estudos em homenagem ao professor Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 17, n. 1, p. 29-39, 2009.

OLIVEIRA, Maria Zeneida Puga Barbosa; BARBAS, Stela. Autonomia do idoso e distanásia. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 2, p. 328-337, 2013.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. **Istituzioni di diritto civile italiano**. Firenze: E. e F. Cammelli, 1871.

PALMER, Michael. **Problemas morais em medicina**: curso prático. São Paulo: Loyola; 2002.

PARISE, Patrícia Spagnolo. **O biodireito e a manipulação genética de embriões humanos**. Goiânia: Kelps, 2003.

PENALVA, Luciana Dadalto. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília. **Anais ....** Brasília, DF: CONPEDI, 2008. p. 516-538.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Problemas atuais da advocacia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 471-474, 1975.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSINI, Leo. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Distanásia**: até quando prolongar a vida. São Paulo: Loyola; 2001.

\_\_\_\_\_. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 13, n. 2, p. 65-76, 2005.

\_\_\_\_\_.; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 5. ed. São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo : Loyola, 2000.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; PINTO, Paula Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Cristhiane da Silva. Quando o tratamento oncológico pode ser fútil? Do ponto de vista da paliativista. **Revista Brasileira de Cancerologia**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 393-396, 2008.

PIOVESAN, Flávia C. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 51/52, p. 81-102, jan./dez. 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 23, n. 70, p. 34-42, jul. 2003.

PORTUGAL. Lei n. 25/2012 de 16 de julho de 2012. **Diário da República**, Porto, 16 jul. 2012. 1ª Série, n. 136, p. 3728. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Regulamento n. 14/2009, de 26 de setembro de 2008. **Diário da República**, Porto, n. 8, 2ª Série, 11 jan. 2009. Disponível em: <<https://www.ensp.unl.pt/dispositivos-de-apoio/cdi/cdi/sector-de-publicacoes/revista/2000-2008/pdfs/rpsp-1-2009-1/08-2009.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

POSE, Carlos. **Lo bueno y lo mejor**: introducción a la bioética médica. Madrid: Triacastela; 2009.

POTTER, Van Rensselaer. Bioethics: the science of survival. **Perspectives in Biology and Medicine**, Baltimore, v. 14, n. 1, p. 127-153, 1970.

\_\_\_\_\_. **Bioethics**: bridge to the future. Englewood Cliffs. New York: Prentice Hall, 1971.

\_\_\_\_\_. **O mundo da saúde**, São Paulo, ano 22, v. 22, n.6, p. 370-374, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1988.

REICH, Warren T. (Org.), **Encyclopedia of bioethics**, New York: Simon & Schuster: Mac Milan, 1978. v. 1.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Suspensão de esforço terapêutico. **Cadernos de Direito Clínico**, Brasília, DF, ano 1, n. 1, p. 3-12, out. 2005.

\_\_\_\_\_. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 273-283.

RODOTÀ, Stefano. La legge i dilemmi dela libertà. In: BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi.(Coord.). **Il dolore e la politica: accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura**. Milano: Mondadori Bruno, 2007.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português** (elementos para o estado da manifestação da vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001.

RODRIGUES, Renata de Lima. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao corpo, à saúde e à vida digna. In: DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte, 2013.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **O ensaio como tese: estética e narrativa na composição do texto científico**. São Paulo: WMF: Martins Fontes, 2012.

ROY, David J. La biomédecine aujourd'hui et l'homme de demain. Point de départ et direction de la bioéthique. **Le Supplément**, Paris, n. 128, p. 59-75, mar. 1979.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**. eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SAMPAIO, Adriano Cavalcante e SILVA, Maria Rejane Ferreira da. Prontuários médicos: reflexo das relações médico-paciente. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 18, n. 2, p. 451-468, 2010.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **O equilíbrio do pêndulo**. São Paulo: Ícone; 1998.

SÃO PAULO (Estado). São Paulo. Lei n. 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 18 mar. 1999. p. 32. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. 16. ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2008.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEXICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SCHOTSMANS, Paul T. O homem como criador? Desenvolvimentos na genética humana e os limites da autodeterminação humana. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, n.1, p. 11-33, 2002.

SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 17, n. 3, p. 377-389, 2009.

\_\_\_\_\_. A moralidade da biotecnociência: a bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou a qualidade de vida das pessoas humanas? In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **Bioética: riscos e proteção**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ: Fiocruz, 2005.

SCOFANO, Maria Cristina Couto. Biodireito, um novo desafio. **Janus**, Lorena, v. 3, n. 4, p. 95- 111, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://publicacoes.fatea.br/index.php/janus/article/viewFile/39/42>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

SCRIGNI, Adriana. Bioética e problemas de final de vida – uma experiência de limitação de suporte vital em um hospital de alta complexidade. Tradução: Maria Stela Gonçalves, Adail Sobral e Luis Fernando Spósito. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). **Bioética clínica e pluralismo**. São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2013.

SEGRE, Marcos. Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia. In: \_\_\_\_\_.; COHEN, Claudio. (Org.). **Bioética**. São Paulo: Edusp, 2002.

SERRÃO, Daniel. Ética das atitudes médicas em relação com o processo de morrer. In: \_\_\_\_\_.; NUNES, Rui. (Coord.). **Ética em cuidados de saúde**. Porto: Porto, 1998.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 25. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n.1, p. 113-120, jan./fev. 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE BIOÉTICA. **Lei da “morte digna” é aprovada no Senado Argentino**, Brasília, DF, 14 maio 2012. Disponível em: <<http://www.sbbioetica.org.br/noticia/lei-da-morte-digna-e-aprovada-no-senado-argentino/>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

SOUSA, Paulo Henrique Martins de. De Kevorkian a Egoyan: o suicídio assistido entre o Direito e a Arte. In: DADALTO, Luciana. (Coord.). **Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação**. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. Eutanásia, distanásia e suicídio assistido. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

STRENGER, Irineu. **História da filosofia**. São Paulo: LTr, 1998.

SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. (Coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAMAYO, Carlos Tena; LEE, Gabriel Manuell; MATA, Octavio Casa Madrid. (Ed.). **Consentimiento válidamente informado**. México: Conamed, 2004.

TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7590>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

TAVARES, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da iatrogenia e educação médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, p. 180-185, 2007.

TAVARES, Marcelo de Sousa. Aspectos éticos da quebra da relação médico-paciente. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 125-131, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_.; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida - Eutanásia, accanimento terapeutico e dignidade humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 39, p. 3-17, jul./set., 2009.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. Considerações acerca da obrigatoriedade da aposição do visto de advogado em atos constitutivos de sociedades empresárias. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 147-153, 2008.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

TORREÃO, Lara. **Aspectos éticos na abordagem do paciente terminal em unidade de terapia intensiva pediátrica**. 2001. Dissertação. (Mestrado em Ciências Médicas) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

UNESCO. **Towards Declaration on Universal Norms on Bioethics: progress report** january 2005. Paris, 2005. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/bioethics\\_declaration\\_jan2005.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/bioethics_declaration_jan2005.pdf)>. Acesso em: 3 maio 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Lisboa, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2014.

URUGUAI. Ley n. 18.473, de 3 de abril de 2009. Voluntad anticipada. Se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y se establece su alcance. **Diário Oficial**, Poder Legislativo, Montevideo, 21 abr. 2009, n. 27714. Disponível em: <<http://200.40.229.134/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

VADELL, Lorenzo M. Bujosa. La garantía de la Assistência de Letrado: función social y relevancia constitucional. In: PAIVA, Mário Antônio Lobato de. (Org.). **A importância do Advogado para o Direito, a Justiça e a Sociedade**. Mário Antônio Lobato de Paiva. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VAZ, Julio Machado. **Questões actuais de ética médica**. 3. ed. Braga: A.O, 1990.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008.

ZANCHETTA, Rachele. **Il testamento biológico**: note a margine del ddl. Calabrò: Exeo, 2012.

ZIMERMAN, David. A dignidade diante da morte, sob a ótica de um psicanalista. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ZOBOLI, Elma. Tomada de decisão em bioética clínica: casuística e deliberação moral. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 21, n. 3, p. 389-396, 2013.