



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REGULARIZAÇÃO DA EUTANÁSIA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E A
POSSIBILIDADE DE NÃO CRIMINALIZAÇÃO MEDIANTE REGISTRO PÚBLICO
COMO ATO DE ÚLTIMA VONTADE

Joyce Nogueira Schmitt

Rio de Janeiro
2017

JOYCE NOGUEIRA SCHMITT

REGULARIZAÇÃO DA EUTANÁSIA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E A
POSSIBILIDADE DE NÃO CRIMINALIZAÇÃO MEDIANTE REGISTRO PÚBLICO
COMO ATO DE ÚLTIMA VONTADE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

REGULARIZAÇÃO DA EUTANÁSIA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E A POSSIBILIDADE DE NÃO CRIMINALIZAÇÃO MEDIANTE REGISTRO PÚBLICO COMO ATO DE ÚLTIMA VONTADE

Joyce Nogueira Schmitt

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo – a possibilidade de incluir a eutanásia como tipo penal, por meio do Projeto de Lei do Senado nº 236, faz com que ressurgam polêmicas em torno de sua autorização. Há divergência entre os autores que defendem que o direito à vida deve ser exercido a qualquer custo, mesmo que a vida não seja viável ou indigna; e aqueles que defendem que se o princípio da dignidade humana protege a vida, deve ser protegida a morte digna, admitindo assim a eutanásia. A maioria dos estudos defende a prática da eutanásia nos casos de doença terminal e incurável, com o escopo de preservar a dignidade até o dia que o indivíduo, não mais suportando tal condição, exerça sua autonomia para escolher a forma de morrer. O trabalho pretende abordar as questões da autonomia para morrer e a possibilidade de não criminalizar a eutanásia por meio de ato de última vontade, estabelecendo sua forma, modo e critérios para sua admissão.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito à Vida Digna. Eutanásia. Direito à autodeterminação. Autonomia da vontade. Ato solene. Diretivas antecipadas de vida. Testamento vital.

Sumário – Introdução. 1. A Inclusão da Eutanásia no Anteprojeto de Reforma do Código Penal: uma discussão pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida e morte dignas. 2. A Autonomia da Vontade do Titular do Direito à Vida: decisão livre sobre a continuidade ou interrupção de uma vida sem perspectiva. 3. Testamento Vital: há possibilidade de descriminalizar a eutanásia mediante ato de última vontade na forma de registro público?. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A eutanásia possui uma motivação humanitária, piedosa: é a abreviação da vida de uma pessoa em sofrimento, a qual pode ser praticada mediante ação concreta, eutanásia ativa, bem como pela omissão nos tratamentos ou cuidados, eutanásia passiva. Trata-se de um tema controvertido, com alto grau de complexidade, que envolve não só questões jurídicas, como também culturais, morais, políticas, sociais e religiosas.

No Brasil, a eutanásia é considerada crime, contudo, crescem as discussões sobre a criminalização da eutanásia e a sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que embora o ser humano não tenha um domínio sob o início de sua vida, já que seu nascimento decorre da vontade de outras pessoas, todos têm direito de usufruir

de uma vida digna e também, em casos específicos, permitir ao indivíduo escolher como será a sua morte.

Na doutrina encontra-se quem defenda que finalidade da eutanásia seria pôr fim a um sofrimento insuportável, desumano, antecipando e possibilitando uma morte menos dolorosa e mais digna, de outro lado, há os que sustentam que a eutanásia é um crime doloso contra a vida e, portanto, uma violação ao direito à vida, protegido pela Constituição.

Assim, importa identificar se seria possível descriminalizar a eutanásia e de que forma poderia sua prática ser admitida, uma vez que dignidade da pessoa humana possui um papel central na nova ordem jurídica nacional, visando garantir que a existência do homem seja digna, dignidade esta centrada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada indivíduo.

Inicia-se o primeiro capítulo, demonstrando a possibilidade de inclusão do tipo penal eutanásia no Código Penal, mediante Projeto de Lei do Senado, discutindo se o princípio da dignidade humana é absoluto e indisponível a ponto de não se admitir a prática da eutanásia ou se tal prática seria um direito a uma morte digna.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, acerca da autonomia da vontade do indivíduo, relacionando com o tema da eutanásia, no sentido de se admitir que a pessoa seja livre para decidir sobre a continuidade ou interrupção de uma vida sem perspectiva, pela irreversibilidade de seu quadro clínico.

O terceiro e último capítulo, destina-se a discutir acerca da possibilidade e/ou compatibilidade de legalizar o instituto da eutanásia no Brasil, mediante ato solene, conhecido como diretivas antecipadas de vontade ou testamento vital, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e direito à boa morte, levando em conta quais termos, condições e limites que essa permissão poderia ser estabelecida.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que o pesquisador levantará hipóteses, visando a uma solução para o tema escolhido.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, uma vez que os dados coletados não são passíveis de mensurar, permitindo que a análise seja feita por meio de percepções e entendimento geral sobre o tema, em que pretende o pesquisador se valer do método bibliográfico, mediante material já publicado, tais como livros, artigos, periódicos, legislação, internet, com a finalidade de embasar o trabalho científico.

1. A INCLUSÃO DA EUTANÁSIA NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, NO DIREITO À VIDA E MORTE DIGNAS

Atualmente, a Eutanásia é proibida no Brasil, a conduta se praticada pode ser tanto tipificada no homicídio, quando alguém pratica o fato típico previsto no art. 121 do Código Penal, ou pode ser tipificada no auxílio ao suicídio, quando se auxilia alguém a tentar contra sua própria vida, previsto no art. 122, do Código Penal. Todavia, há em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236¹, que visa a reforma do Código Penal e dentre as alterações elenca a Eutanásia como tipo penal e traz a seguinte solução:

Eutanásia.

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

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

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

Exclusão de ilicitude

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

Em que pese a possibilidade de inclusão da Eutanásia no Código Penal brasileiro, a questão ainda carece de discussões aprofundadas sobre o tema, dentre elas, se essa norma se enquadra no princípio da dignidade da pessoa humana e se respeita o direito fundamental à vida, valores básicos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

O princípio da dignidade humana está previsto no art. 1º, inciso III da CRFB/88², é um direito fundamental, em que os titulares são todos os homens, atingindo a todos sem distinção.

Miguel Reale³ assevera “que toda pessoa é única e nela já habita o todo universal, que faz dela um todo inserido no todo da existência humana, (...) o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência [...]”, concepção essa considerada como metafísica do ser humano, na qual o princípio da dignidade

¹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 236*, de 2012: anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

³ REALE, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172.

humana deve ser valorado sob esse prisma e seu valor ser considerado pré-constituente e com hierarquia supraconstitucional⁴.

A dignidade da pessoa humana está centrada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, havendo uma ligação entre as noções de liberdade e de dignidade, uma vez que o reconhecimento e a garantia dos direitos de liberdade constituem uma das principais características do respeito à dignidade da pessoa humana.

Quanto ao tema, Ingo Sarlet⁵, assim dispõe:

[...] a dignidade da pessoa humana faz com esta seja merecedora do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser entendido como derivado do princípio do Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser tratado conforme os demais princípios previstos na Constituição; ele pode ser considerado absoluto, não se sujeitando a juízo de ponderação com os demais valores de mesma hierarquia constitucional, ou pode ser considerado relativo, podendo sofrer limitações.

A Constituição da República Federativa do Brasil⁶ admite a limitação dos direitos fundamentais, inclusive no art. 5º, XLVII da CRFB/88 há previsão expressa da pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Nesse sentido, se o direito à vida foi expressamente relativizado pela Constituição, deve se indagar se seria possível, pela liberdade individual e autodeterminação, o indivíduo dispor desse direito.

Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho, demonstram que alguns direitos fundamentais são indisponíveis, dentre esses direitos estaria o direito à vida, no sentido de que não basta o titular desse direito consentir que ele seja alienado, não se admite a privação de sua dignidade. Nesse sentido, o direito à vida é de titularidade de todo ser humano e, portanto, deve ser um direito e não mera liberdade, não se admite optar por não viver, “na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em

⁴ Sobre essa tomada de posição, ver, entre outros, COELHO, Inocência Mártires. Fundamentos do estado de direito. In. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169-177.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁶ BRASIL, op.cit., nota 2.

contrário de seu titular”⁷. Nesse sentido, não se admite o consentimento para a prática da eutanásia.

De outro lado, autores como Luis Roberto Barroso⁸, Roberto Dias⁹, Maria de Fátima Sá Freire¹⁰ discutem sobre a legalização da eutanásia, com fundamento nos avanços da Medicina e no prolongamento artificial da vida, de modo que a ética, a moral e a religião entram em conflito em relação a possibilidade de o indivíduo optar pela não manutenção de uma vida de sofrimento.

A questão acerca da proteção à vida perpassa a sua dignidade, contudo, deve a morte também merecer proteção e ser digna, respeitando a autonomia da vontade, como forma de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, seja no campo normativo, na doutrina ou na jurisprudência, como forma de promover a defesa dos direitos humanos em geral.

Nesse aspecto, em 2013, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹, em sede de apelação na qual o Ministério Público ingressou com pedido de alvará judicial para suprimento de vontade para autorizar a amputação do pé esquerdo necrosado de um paciente idoso usuário-morador do Hospital Colônia Itapuã e ex-hanseniano, que não queria se submeter à amputação e, de acordo com o laudo psicológico acostado aos autos à folha 02, “está desistindo da própria vida, vendo a morte como alívio do sofrimento”. O desembargador Irineu Mariani, relator da referida apelação, entendeu que nesses casos o direito à vida deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, caput c/c 1º, III, ambos da CRFB/88), que pelo direito à vida não ser absoluto, tendo em vista que não há obrigação constitucional de viver, deve ser admitida essa última manifestação de vontade.

Essa decisão está em consonância com a Resolução CFM nº 1995/2012¹², que, em suas razões, considera que os novos recursos tecnológicos acabam por permitir a adoção de medidas desproporcionais, as quais prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem antecipadamente ser rejeitadas por ele; e, em seu artigo

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 398.

⁸ BARROSO, Luís Roberto; GOZZO, Débora A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. In: LIGIEIRA, Wilson Ricardo; GOZZO, Débora. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretrizes antecipada de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70054988266*. Relator: Desembargador Irineu Mariani. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 13/10/2017.

1º dispõe sobre os “desejos prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Nesse contexto, não basta que a existência do homem seja preservada: deve ser garantida a sua dignidade, de modo que os direitos fundamentais sejam os instrumentos que assegurem essa dignidade às pessoas, direito a uma vida digna, devendo ser também ofertada uma morte digna.

2. A AUTONOMIA DA VONTADE DO TITULAR DO DIREITO À VIDA: DECISÃO LIVRE SOBRE A CONTINUIDADE OU INTERRUPTÃO DE UMA VIDA SEM PERSPECTIVA

O indivíduo é o titular do direito à vida, direito constitucionalmente garantido, de modo que o Estado protege a vida de forma quase que absoluta, todavia, em alguns casos particulares, tais como aqueles indivíduos que estão em estado de doença terminal, com sofrimento insuportável e sem perspectiva de cura, esse direito pode representar um dever de sofrimento. Nesses casos, discute-se sobre a possibilidade de o direito à vida ser mitigado para que prevaleça a real vontade do indivíduo, uma vez que “O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas, algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer”¹³.

Muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁴ disponha sobre a liberdade religiosa, ela não admite que haja prevalência dos dogmas religiosos sobre o Estado, nem mesmo discrimina indivíduos que não professam qualquer religião, de maneira que considera-se o Brasil um Estado laico.

Roberto Dias¹⁵, demonstra que, principalmente entre os representantes das entidades religiosas, não há apoio à ideia de que o indivíduo possa autorizar a eutanásia, entretanto, pela laicidade do Estado brasileiro, aquele que acredita que a vida é um dom divino, ou seja, que possui um valor sagrado que a torna indisponível, não estaria, por óbvio, obrigado a cometer

¹³ SÁ, op.cit., p. 77.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 2.

¹⁵ DIAS, op. cit., p.170.

eutanásia, “ao contrário , nessa hipótese, ela teria o direito de exigir que a eutanásia não lhe seja imposta, com a proteção do Estado voltada a garantir tal direito”.

Em relação à manutenção da vida de um doente terminal, o tratamento digno deve ser assegurado tanto àqueles que por questões religiosas aceitam viver a enfermidade até as últimas consequências, minimizando os efeitos da doença incurável, quanto àqueles que diante da impossibilidade de cura não se apegam aos dogmas religiosos e, por sua livre disposição, preferem antecipar a sua morte, assegurando a prevalência de sua última vontade.

Assim, a possibilidade de o indivíduo decidir, no exercício de sua liberdade, acerca da continuidade de sua vida diante da irreversibilidade de seu quadro clínico, depende também do exercício de sua autonomia, que pode ser definida nos seguintes termos: “a autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa”¹⁶.

Segundo Barroso, para o exercício da autonomia se faz necessário o preenchimento das seguintes condições: “como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)”¹⁷. Assim, segundo o autor, a autonomia compreende também as decisões pessoais, tanto no campo religioso, quando nos relacionamentos interpessoais e profissionais, dentre outras decisões, de modo que não pode ser suprimida por qualquer interferência da sociedade ou do Estado.

Maria Helena Diniz¹⁸, informa que há entendimento de que a eutanásia ativa é uma forma de homicídio e que o direito fundamental à vida não admite que ninguém promova ou antecipe a morte de outrem, que não existe justificativa suficiente para admitir tal prática, pelas seguintes razões: “a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma técnica de cura”. Em continuidade a esse raciocínio, a autora expõe que quanto à possibilidade de livre consentimento do indivíduo, sob o fundamento de que vida humana é um bem jurídico protegido pela Constituição, “o homem não tem direito de consentir em sua morte; não tem direito de matar-se, nem de exigir que outrem o mate, por não ser dono de sua própria vida”¹⁹.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. trad. Humberto Laport de Mello, 3ª reimpr. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 81.

¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev. e aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 498.

¹⁹ *Ibidem*, p. 499.

O Código Civil²⁰, em seus artigos 3º e 4º, incisos I e III, dispõe sobre os absolutamente incapazes, os quais não podem exercer pessoalmente os atos da vida civil, e, respectivamente, os relativamente incapazes, os quais não possuem autonomia em relação a certos atos da vida civil ou a maneira de exercê-los, ou seja, ou são incapazes de se expressar ou de se autodeterminar.

Segundo Maria de Fátima Sá Freire²¹, a personalidade será inserida dentro de uma esfera de relações, a partir do momento em que a pessoa se autodetermina, de modo que “a vida inteira deixa de ser vista como um *dever* jurídico ou moral, passando a ser um *direito*, cuja realização não dispensa a participação da própria pessoa”.

Nesse sentido, nas situações de grave enfermidade, o indivíduo tem direito de ser informado sobre as suas perspectivas de vida ou morte e os cuidados que podem lhe ser administrados, por outro lado essa pessoa também tem o direito em não saber o seu real estado de saúde e dos cuidados que lhe serão ministrados. Trata-se de direito à informação, “pressuposto essencial para que o paciente possa decidir acerca do rumo a tomar em relação à sua saúde e, em última análise, à sua vida e à sua morte”²².

A Constituição Federal²³, ao determinar que a todos os indivíduos são assegurados uma vida digna, não proibiu que essas pessoas tenham autonomia para decidir se querem ter uma dignidade mínima levando uma doença incurável, sem perspectivas de mudança ou superação do sofrimento por ele vivido, até que um dia deixe de existir, ou se elas querem abreviar sua vida, privilegiando-se a sua própria individualidade para escolher ter uma morte digna, sem que isso afronte o direito à vida.

Autorizar, em casos específicos, a prática da eutanásia não significa que todas as pessoas estariam obrigadas a praticá-la, tanto o médico por escusa de consciência pode se negar a efetivá-la, quanto aqueles que não admitem tal prática teriam o direito de que não lhe seja infligida, contudo, aqueles que podem expressar sua vontade teriam o direito de dispor de sua vida.

Ao admitir a possibilidade de praticar a eutanásia, sem que isso configure crime, deve ser antes estabelecido alguns limites, dentre eles que somente pessoas capazes, que conseguem exprimir sua vontade, que a autorização se dará mediante um documento formal, de maneira a conferir segurança jurídica ao ato, uma vez que,

²⁰BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

²¹ SÁ, op. cit., p. 161.

²² DIAS, op.cit., p. 175.

²³ BRASIL, op.cit., nota 2.

No Brasil, a manifestação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema é incipiente. Optamos por defender a legitimidade das diretivas, como manifestação escrita, feita por pessoa capaz que, de maneira livre e consciente, determina suas opções, seus desejos e preferências, que devem ser respeitados quando ocorrem situações clínicas que impeçam a comunicação da vontade pelo titular²⁴.

Embora não haja lei regulamentando a possibilidade de conferir a um certo documento estatuto legal, concedendo imunidade civil e criminal aos profissionais que atuam na área médica, deve ser analisada a possibilidade de formular um documento, de modo a preservar a autonomia da vontade do indivíduo e a sua dignidade enquanto pessoa, quando não puder exprimir sua vontade, em última análise, trata-se de uma espécie de testamento de vida.

3. TESTAMENTO VITAL: HÁ POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAR A EUTANÁSIA MEDIANTE ATO DE ÚLTIMA VONTADE NA FORMA DE REGISTRO PÚBLICO?

No âmbito do biodireito, há diversas discussões acerca da autonomia do paciente para decidir sobre possíveis tratamentos clínicos os quais ele possa ser submetido, a partir do conhecimento de sua situação de saúde, direito de autodeterminar-se, bem como discussões sobre o direito dos médicos em recusar dispensar ao paciente tratamentos que ofendam suas crenças profissionais ou morais.

Atualmente, embora no Brasil o consentimento informado não esteja expressamente previsto em lei, o Código de Ética Médica²⁵ dispõe em seu art. 22 que o paciente tem direito de ser informado sobre seu estado de saúde, quais tratamentos estão disponíveis e liberdade de escolha sobre o tratamento mais adequado ao seu caso, mediante manifestação de vontade, todavia, o paciente também tem direito de não ser informado se este for o seu desejo. Nesse sentido, a autonomia da vontade do paciente se manifesta por sua autodeterminação, uma vez que é “sujeito de direitos e obrigações, com poder de tomar decisões e exercer sua liberdade de escolha no que diz respeito às questões que envolvam seu corpo e sua vida”²⁶.

²⁴ SÁ, op. cit., p. 191.

²⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.931*, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁶ LIGUEIRA, Wilson Ricardo; GOZZO, Débora. O consentimento informado como direito da personalidade. In: _____. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.

Dessa premissa, no direito à saúde, surge a obrigatoriedade de se obter o consentimento informado, uma vez que ele se assenta no direito à liberdade do paciente, a qual deve ser plenamente exercida, desde que não viole interesses sociais comuns e a dignidade de terceiros, quando caberá ao Estado limitar essas escolhas.

O Brasil optou pela valorização máxima da vida, priorizando o modelo biomédico de cuidado intensivo e a máxima intervenção na saúde dos pacientes, de modo que não se admite a abreviação da vida por ato de terceiros, tanto a conduta omissiva quanto a comissiva, configurando o crime de homicídio por parte do sujeito ativo.

Luis Roberto Barroso e Débora Gozzo²⁷ sustentam que, em casos extremos, seja possível a abreviação da vida por ato próprio ou de terceiros, a justificativa pode ser sintetizada nos seguintes termos:

O prolongamento sacrificado da vida de paciente com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais, indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, os conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação.

Em que pese não existir no nosso ordenamento jurídico lei que regule a autonomia da vontade do paciente, o Conselho Federal de Medicina publicou no Diário Oficial da União, em 28 de novembro de 2006, a Resolução nº 1.805, a qual em seu artigo 1º admite aos pacientes gravemente enfermos, por doença incurável e em fase terminal que “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”²⁸.

Trata-se da autorização para a prática da ortotanásia, conceito que Maria Fátima Freitas de Sá²⁹ denomina de “eutanasia passiva”, que é o “não início de tratamento ou suspensão do tratamento sem prolongar a vida”. O intuito desse procedimento é de não prolongar a vida dos pacientes que não têm mais chance de cura e estão em estágio terminal, de modo que a Resolução nº CFM 1.805/2006³⁰, em seu artigo 2º dispõe que o médico, nesses casos, deve continuar a ministrar medicamentos para que os sintomas do paciente sejam aliviados, “assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”.

²⁷ BARROSO, op.cit., 2012, p. 34.

²⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.885, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 12 out.2017.

²⁹ SÁ, op.cit., p. 89.

³⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, op.cit., nota 28.

O Capítulo V, do Código de Ética Médica³¹, o qual dispõe sobre a relação dos médicos com pacientes e seus familiares, verifica-se que há vedação expressa da prática da eutanásia, como ato de abreviar a vida do paciente a seu pedido ou a pedido do seu representante legal. Todavia, o parágrafo único do artigo 41 prevê a possibilidade de se autorizar a prática da ortotanásia, ou seja, diante 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”³².

Como não há legislação que regule ou direcione a tomada de decisões do paciente em caso de incapacidade, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012³³, a qual dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, definida no art. 1º “como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Segundo Elisa Costa Cruz³⁴, as diretivas antecipadas de vontade não são sinônimo de testamento vital, elas são gênero em que o testamento vital e o mandato duradouro são espécies. No testamento vital, o qual pode ser modificado a qualquer tempo, a pessoa antecipadamente declara sua vontade, que em casos de futura incapacidade advinda de acidente ou doença, deve ser obedecido os limites por ele impostos em relação aos tratamentos médicos a que quer se submeter ou não, podendo estabelecer se quer ser informado de acerca de diagnósticos que ateste condição fatal, se aceita ser doador de órgãos ou não, bem como indicar representante legal em caso de inconsciência. O mandato duradouro é essa última hipótese, ou seja, indicação de uma ou mais pessoas para ser seu representante quando não puder exprimir sua vontade, pode ser instituído em uma cláusula do testamento vital ou em documento apartado.

Assim, o testamento vital consiste em um documento feito por pessoa capaz, estando ela doente ou não, que visa garantir que, em caso de doença incurável e em fase terminal, a sua última vontade seja respeitada, bem como dá ao médico um respaldo legal para as condutas que serão por ele praticadas.

³¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, op. cit., nota 25.

³² Ibid.

³³ Idem. *Resolução nº 1.995*, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 13/10/2017.

³⁴ CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 44-59, out./nov. 2013.

A origem das diretivas antecipadas de vontade para tratamento médico remonta à década de 70, nos Estados Unidos da América, as quais foram positivadas pelo *Patient Self-Determination Act* (PSDA)³⁵, vigente a partir de 1º de dezembro de 1991, sendo gênero de manifestação de vontade, dos quais são espécies o *living will* e o *durable power of attorney for health care*. Segundo Cristiane Avancini Alves³⁶, no *living will*, a pessoa pode manifestar sua vontade indicando quais tratamentos médicos podem lhe ser ministrados, bem como recusar alguns tratamentos em caso de incapacidade superveniente, determinar que não sejam adotados tratamento inúteis e que prolonguem seu estado de inconsciência; no *durable power of attorney for health care*, a pessoa determina quem será seu representante legal ou seu curador, o qual vai dar o consentimento informado e adotar as medidas cabíveis para fazer valer a última vontade do paciente.

Em que pese o testamento vital sofrer limitações, uma vez que proíbe disposições contrárias ao ordenamento jurídico, tais como acerca da eutanásia, tratamento obsoletos, entre outros, bem como respeitar a objeção de consciência do médico, quanto aos seus efeitos “produz efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, parentes do paciente e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições”³⁷.

A doutrina orienta que o testamento vital e demais diretivas de autonomia da vontade não são institutos do direito sucessório, embora contenha a palavra testamento difere do testamento previsto no Código Civil³⁸, embora também possa ser revogado a qualquer tempo, não produz efeito post mortem e nem exige ato solene, trata-se de “um negócio jurídico unilateral, que produz efeitos *inter vivos* e deve ser equiparado, no que tange aos requisitos, às declarações de vontade”³⁹.

O testamento vital carece de regulamentação por lei, para que sejam estabelecidas a sua forma, a legitimidade para sua elaboração, os limites, a forma de representação, bem como o prazo de validade. Ademais, faz-se necessário reconhecer se o poder de autodeterminação individual do paciente em estágio terminal autoriza a disposição em testamento vital sobre a prática da eutanásia, a qual é considerada crime no Brasil.

³⁵ CLOTET, apud ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas Antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 8, p.31, out./nov. 2013.

³⁶ ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 24-43, out./nov. 2013.

³⁷ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 60-69, out./nov. 2013.

³⁸ BRASIL, op.cit., nota 20.

³⁹ DADALTO, op.cit., p.66.

Moreira⁴⁰ defende que o testamento vital “não pode ser elaborado em toda e qualquer situação de enfermidade, não sendo um instrumento ilimitado de autonomia do paciente”. Nesse sentido, o testamento vital somente seria utilizado nos casos de doença em fase terminal, a qual não pode ser confundida com doença irreversível, vejamos:

A doença terminal baseia-se em dois pontos: a irreversibilidade e a ocorrência da morte no prazo de 3 (três) a 6 (seis) meses. Já a doença irreversível, embora insuscetível de cura, não necessariamente é terminal, podendo ocorrer em prazo muito superior àquele mencionado para a doença terminal [...] A escolha dos tratamentos médicos de que deseja ser submetido não pode ser confundido com a realização da eutanásia, pois não se trata de antecipar a morte, mas, sim, de deixá-la acontecer ao seu tempo⁴¹.

Quanto à possibilidade de suspender a hidratação e a alimentação, não há um consenso doutrinário, a suspensão da alimentação e da hidratação não deixa de configurar eutanásia, uma vez que deixa o paciente morrer sem qualquer suporte ou cuidados paliativos, em flagrante desrespeito a uma morte digna.

A morte é um tema de concepções abrangentes e que é permeada por tabus, que em alguns casos possui uma carga dogmática religiosa que impede o indivíduo questionar se é possível admitir uma morte no tempo certo, por escolha do indivíduo.

Admitir que vida digna é aquela que respeita as qualidades de cada indivíduo, considerado em si mesmo, de acordo com seus interesses, sua vida pregressa e sua perspectiva de vida, admite-se também tanto a possibilidade e direito do indivíduo manter-se vivo a qualquer custo como dispor acerca de como quer morrer. Assim, retira-se o caráter sacro da vida, nos termos que Ronald Dworkin⁴² utilizou para aclarar a questão sobre a aceitação da eutanásia,

[...] a questão colocada pela eutanásia, não é saber se a santidade da vida deve ceder espaço a algum outro valor, como a humanidade ou a compaixão, mas de que modo a santidade da vida deve ser entendida e respeitada. As grandes questões morais do aborto e da eutanásia, que dizem respeito à vida em seu início e seu fim, têm uma estrutura semelhante. Cada uma envolve decisões não apenas sobre os direitos e interesses de pessoas em particular, mas sobre a importância intrínseca e cósmica da vida humana em si. Em cada caso, as opiniões se dividem não porque alguns desprezam valores que para outros são fundamentais, mas, ao contrário, porque os valores em questão encontram-se no centro da vida de todos os seres humanos e porque nenhuma pessoa pode tratá-los como triviais a ponto de aceitar que outros lhe imponham seus pontos de vista sobre o significado desses valores. Levar alguém a morrer de uma maneira que os outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida é uma devastadora e odiosa forma de tirania.

⁴⁰ MOREIRA, Mayana Sales. Testamento Vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 77, out./nov. 2013

⁴¹ *Ibidem*, p. 79.

⁴² DWORKIN apud CRUZ, Elisa Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese de Direito de Família*. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 51, out./nov. 2013.

A opção por abreviar a vida, nos casos em que não há qualquer perspectiva de vida longa, por estado terminal ou doença incurável que impossibilita o paciente de ter uma vida digna, se o indivíduo é capaz ou era capaz no momento de registrar as diretivas antecipadas de vontade, mediante testamento vital, a escolha de como deve morrer deve ser sua. Embora não haja no Brasil lei regulamentando o testamento vital, não há óbice em sua formulação, contudo, devem ser observados alguns requisitos para dar segurança jurídica a tal ato.

Em primeiro lugar, por se tratar de disposição de um bem jurídico constitucionalmente protegido que é a vida, somente seu titular pode dispor, de modo que não pode ser admitido que terceiro, que não foi legalmente constituído como representante legal, estabeleça quando e a forma que o paciente deve morrer, ou ter seus cuidados paliativos preservados.

Em segundo lugar, o testamento vital é um ato de vontade antecipada, que deve ser feito de forma expressa, exigindo-se a capacidade plena para tal ato de vontade, assim, menores de 18 anos não poderiam dispor de sua vida, bem como seus pais, tutores e representantes legais não podem autorizar a prática da eutanásia, uma vez que quando a pessoa não pode exprimir a sua vontade o Estado deve proteger a vida de forma absoluta.

Por fim, enquanto não há lei regulamentando o testamento vital, a autorização para a prática da eutanásia em situações extremas não deve obedecer aos requisitos de validade da declaração de vontade, qual seja forma livre, conforme dispõe o art. 107 do Código Civil de 2002, tendo em vista a insegurança jurídica ao se reconhecer a autonomia do paciente para morrer já que a prática da eutanásia se trata de disposição de bem jurídico constitucionalmente protegido.

CONCLUSÃO

O contexto apresentado neste trabalho remeteu às relações entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana o da autonomia de vontade, como forma de pensar acerca da possibilidade de o indivíduo estabelecer diretivas antecipadas de vontade, para que nos casos de incapacidade e em situações que não possa expressar sua vontade, seja respeitado o seu último desejo.

As discussões travadas no decorrer da pesquisa, apresentou uma alternativa para a promoção dos direitos individuais, no sentido de preservar o direito constitucional e personalíssimo a uma vida digna e também a uma morte digna, mediante testa.

Em que pese não existir legislação específica sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina introduziu o âmbito da deontologia médica a Resolução nº 1.995/2012, a qual estabeleceu que é dever do médico respeitar as diretivas antecipadas de vontade, que podem consistir no testamento vital.

Além disso, verificou-se que há ainda muitas lacunas a serem preenchidas quando se trata de testamento vital, uma vez que não diretrizes estabelecendo seu âmbito de incidência, quem pode ser considerado capaz para elaborá-lo, bem como as formalidades que devem ser respeitadas a fim de que haja segurança jurídica na aplicação de seu conteúdo.

Ao admitir que o testamento vital preveja a hipótese de abreviação da vida, em casos de doença incurável e irreversível, em respeito à vontade expressa do indivíduo demanda maior análise e cuidado.

Em primeiro lugar, o testamento vital não pode vincular o médico às declarações aí contidas, deve ser buscada alternativa para que seja preservada a autonomia do paciente, sua autodeterminação, mas também preservar a autonomia do médico, pois em muitos casos diante de situações que embora consideradas irreversíveis, repletas de dor e sofrimentos, pode haver escusa de consciência por parte do profissional e ele não queira aplicar medicação que abrevie aquela vida em sofrimento.

Outra questão que surgiu é como vincular os familiares ao testamento, uma vez que há situações em que o paciente sempre indicou que não gostaria de se submeter a tratamentos desnecessários, quando diante de uma doença incurável, irreversível e em fase terminal, sendo preferível morrer com dignidade mediante uma injeção letal, mas os familiares do paciente não aceitam tal argumento e tentam a qualquer custo manter aquela vida inviável, nem que para isso tenham que contestar a validade do documento, o que além de gerar alto custo em nada melhora a condição do indivíduo.

O tema da eutanásia também remeteu a delicadas questões acerca dos requisitos para a elaboração do testamento vital, de modo que concluiu que por ser a vida um bem constitucionalmente protegido, somente o titular dela pode dispor de modo a abreviá-la, além disso esse indivíduo deve ser considerado juridicamente capaz no momento da declaração de vontade.

Nesse sentido, não devem ser considerados válidos os atos praticados por menores de 18 anos, por agentes incapazes de exprimir sua vontade e nem por terceiros que não tenham sido nomeados representantes legal. A alternativa que caberia nesses casos de incapacidade, seria a prática da ortotanásia, mediante autorização de seus familiares, que seria a morte digna a seu tempo, ou seja, ministrar cuidados paliativos até que a vida tenha fim seguindo seu curso

natural, uma vez que se o indivíduo não pode expressar sua vontade é dever do Estado proteger a vida de forma absoluta.

Ficou evidente, por essas razões, que o autor prioriza e defende o direito à vida e a uma morte dignas, mas que enquanto não existir lei regulamentando o testamento vital, não se pode admitir que ele seja elaborado de forma livre, apenas obedecendo os requisitos de validade da declaração de vontade prevista no art. 107 do Código Civil de 2002, tendo em vista que atualmente o respeito a autonomia da vontade para morrer gerar insegurança jurídica, já que a eutanásia é a disposição de um bem jurídico constitucionalmente protegido, qual seja, a disposição da vida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida. *Revista Síntese de Direito de Família*, São Paulo: v. 15, n. 80, p. 24-43, out./nov. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. trad. Humberto Laport de Mello, 3ª reimpr. Belo Horizonte: Forum: 2014.

BARROSO, Luís Roberto; GOZZO, Débora A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. In: LIGIEIRA, Wilson Ricardo; GOZZO, Débora. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva: 2012.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012: anteprojeto do Código Penal*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70054988266*. Relator Desembargador Irineu Mariani. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em: 06/05/2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.885, de 28 de novembro de 2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. *Resolução nº 1.931*, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. *Resolução nº 1.995*, de 31 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

CRUZ, Elisa Costa. *Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana*. Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 44-59, out./nov. 2013.

DADALTO, Luciana. *Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade*. Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 60-69, out./nov. 2013.

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*. 9. ed. rev. e aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN apud CRUZ, Elisa Costa. *Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana*. Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo, v. 15, n. 80, p. 51, out./nov. 2013.

LIGIEIRA, Wilson Ricardo; GOZZO, Débora. O consentimento informado como direito da personalidade. In: _____. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Mayana Sales. Testamento Vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. *Revista Síntese de Direito de Família*, São Paulo, v. 15, n. 80, p. 70-81, out./nov. 2013.

REALE, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.