

CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO CAMILO
Doutorado em Bioética

Marina de Neiva Borba

**AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL:
O Direito de Morrer à Luz da Bioética e dos Direitos Fundamentais**

SÃO PAULO
2016

Marina de Neiva Borba



**AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL:
O Direito de Morrer à Luz da Bioética e dos Direitos Fundamentais**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Bioética do Centro Universitário São Camilo, orientada pelo Prof. Dr. William Saad Hossne como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Bioética.

SÃO PAULO
2016

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Padre Radrizzani

Borba, Marina de Neiva

As diretivas antecipadas de vontade no Brasil: o direito de morrer à luz da bioética e dos direitos fundamentais / Marina de Neiva Borba. -- São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2016.

100 p.

Orientação de William Saad Hossne

Tese de Doutorado em Bioética, Centro Universitário São Camilo, 2016.

1. Bioética-legislação 2. Doente terminal 3. Ética médica 4. Eutanásia 5. Morte I. Hossne, William Saad II. Centro Universitário São Camilo III. Título

CDD: 179.1

À Sandra Rocha de Neiva

*Por mais gentileza,
Dedico aos que estão machucados!*

*Por mais serenidade,
Aos que estão angustiados!*

*Por mais sutileza,
Aos que estão desesperados!*

*Por mais compreensão,
Aos que NÃO são ouvidos!*

*Por mais franqueza,
Aos que estão sendo “docemente” enganados!*

*Por mais alteridade,
Aos que já se decidiram!*

*Por mais amor,
Aos que estão sozinhos e/ou abandonados!*

*Por mais ternura, abraços e despedidas sinceras,
Aos familiares pelos seus entes queridos!*

*Por mais gratidão,
Dedico, enfim, a todos os cuidadores!*

DESABAFO ACADÊMICO

Foram quatro longos e transformadores anos. Certamente, necessários ao meu amadurecimento **pessoal e profissional**.

Sim, sou uma só! Apesar de ter atribuições multifacetárias, hoje, graças à Deus, tenho a tranquilidade científica de respeitar a minha religiosidade e crenças mais íntimas sem o peso “mítico” da neutralidade de pesquisadora. Mas esse processo de aceitação não foi fácil, confesso! As angústias ético-jurídicas relacionadas à terminalidade da vida acompanharam-me na maior parte do tempo!

Tive que crescer para aprender a respeitar o outro. E, a partir do momento em que me coloquei no seu lugar, desprendi-me de velhas amarras jurídicas e iniciei uma jornada por novas teorias, referenciais e fundamentações. A psicologia deve saber explicar as dificuldades e entraves para o exercício da empatia nas questões de fim de vida. De certo, é um reflexo da angústia própria de uma geração acostumada a encarar o processo de morrer como a derrota de uma batalha, uma grande perda.

Meu primeiro passo, então, foi perceber que a morte não precisa ser encarada como o fim e que o ideal de felicidade deve ser reconstruído, pois a negação daquela é proporcional à “medida” dessa. Realmente, não há lógica na negação de um fato certo! Tal postura serve apenas para alimentar um sentimento de impotência e angústia. A resignação ante a falibilidade do homem na guerra contra a morte torna-se, pois, inevitável.

Durante esse processo, o meu segundo passo foi compreender que as lembranças atreladas a um indivíduo, por si só, eternizam a sua existência. Quer boas ou más. Dessa forma, a continuidade subjetiva pode transcender o corpo físico, reconstruindo a concepção de finitude do ser em um processo sereno de respeito às fragilidades do outro. Assim, a morte pode ser pensada de forma mais suave, permitindo-se, por conseguinte, o seu planejamento físico, espiritual, social e econômico.

Viva, liberte-se a morte! A natural, é claro! Um grande alívio. Agora, a angústia da minha própria finitude não irá se refletir no olhar para o outro. Sim, sou uma só! Já tinha dito! Porém, agora estou liberta para apreciar ética e juridicamente a existência de direitos alheios a

partir da minha vida desprovida de grandes dores e sofrimentos face à (atual) ausência de uma doença devastadora e irreversível.

Para a justiça ser alcançada, portanto, a alteridade faz-se primordial. A dignidade é multidimensional, entre outros motivos, porque está atrelada a um indivíduo, um ser único. Logo, a imposição de generalizações sobre práticas relacionadas à terminalidade da vida extrapola a competência do Estado. Tais decisões, apoiadas na boa prática clínica, são personalíssimas ao indivíduo, pois construídas a partir de suas experiências subjetivas e suas crenças. Ao Estado, pois, não se permite tamanha invasão, porque violadora da esfera privada protegida constitucionalmente.

Espero, por fim, buscar a minha felicidade naturalmente a partir de momentos simples do meu cotidiano sem que sejam necessários alertas divinos para que se viva melhor! Espero viver bem até o fim da minha vida e o início da minha morte, porque o Direito assegura isso e o Estado funda-se na garantia da minha dignidade! Finalmente, com esta tese, espero contribuir para que o direito de outras pessoas seja resguardado. Com isso, sendo uma só, estarei realizada pessoalmente e profissionalmente.

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas contribuíram direta ou indiretamente para o desenvolvimento acadêmico-científico dessa tese. Ao longo de quatro anos, velhas amizades foram solidificadas e novas foram construídas.

Ao meu Professor Orientador William Saad Hossne, sou especialmente grata pela lição de humildade e dedicação acadêmicas, pela gentileza cativante que sempre me emprestou e, sobretudo, pela amizade no decorrer desses anos.

Ao Professor Léo Pessini, pelo estímulo à minha carreira profissional e por permitir a concretização do Doutorado.

Aos professores do Centro Universitário São Camilo, que compartilham o ideal da Bioética, pelo carinho e respeito que sempre me dedicaram.

Aos meus pais, não obstante às últimas intempéries, agradeço o amor desmedido. Ao meu pai, pelo recomeço. À minha mãe, por me ensinar o significado de *tudo e sempre*. Às minhas irmãs, pelo apoio incondicional às minhas decisões pessoais e profissionais, em especial, à carreira acadêmica.

Aos meus tios, tias, primos e primas, por propiciarem uma convivência familiar sólida capaz de preencher o vazio da distância física.

Ao meu marido, agradeço pela disposição de ensinar e aprender a amar, pela cumplicidade nas alegrias e tristezas e por torcer fielmente por nossa família. À minha sogra (*in memoriam*), pela força do seu amor transcendente. Ao meu sogro, pela sua sabedoria e valores familiares. Aos meus cunhados, pelas maravilhosas tardes de domingo.

Às minhas amigas Neiva De Marchi e Adelirian Lopes, pela amorosa companhia na caminhada da Bioética e da vida. Aos demais amigos do Doutorado em Bioética – Maria Emília, Selma, Maria Goretti, Flávia, Alexandre, Paulo, Ferrara, Rogério, Elizandro, Claudenir, Leonardo e Carlos – pelo generoso compartilhamento de conhecimento e experiências de vida.

Aos colegas de trabalho da Universidade de Mogi das Cruzes (UMC), pelo incentivo e companheirismo constantes, especialmente ao meu chefe, Professor Victor Hugo Nazário

Stuchi, e às minhas amigas Diana Helena Mármora e Maura Spada, pela lealdade nas horas mais conturbadas e pelo carinho e suporte diuturnos.

Às minhas queridas cuidadoras, Dra. Adriana Fraguas (psicóloga) e Dra. Marluce Muniz (psiquiatra), pelo acolhimento desmedido e pela sensibilidade na interpretação do meu silêncio.

Aos meus alunos e ex-alunos da UMC, por me permitirem aprender com eles e pela valorização do meu trabalho.

Ao Centro Universitário São Camilo, pelo apoio financeiro para a realização do Doutorado no ano de 2012. À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela minha continuidade no Programa em 2013.

Finalmente, à Deus, pelo amparo e proteção. Por me socorrer em todas as horas. Por propiciar que o meu doloroso processo de amadurecimento pessoal e profissional tenha sido compensado pela alegria de (re)encontrar pessoas especiais que me apoiaram incondicionalmente.

Por derradeiro, aos que sofrem, por serem o motivo principal dessa pesquisa.

*“Há momentos na vida em que sentimos tanto a falta de alguém
que o que mais queremos
é tirar esta pessoa de nossos sonhos e abraçá-la.*

*Sonhe com aquilo que você quiser.
Seja o que você quer ser,
porque você possui apenas uma vida
E nela só se tem uma chance de fazer aquilo que se quer.*

*Tenha felicidade bastante para fazê-la doce.
Dificuldades para fazê-la forte.
Tristeza para fazê-la humana.
E esperança suficiente para fazê-la feliz.*

*As pessoas mais felizes
não têm as melhores coisas.
Elas sabem fazer o melhor
das oportunidades que aparecem em seus caminhos.*

*A felicidade aparece para aqueles que choram.
Para aqueles que se machucam.
Para aqueles que buscam e tentam sempre.
E para aqueles que reconhecem
a importância das pessoas que passam por suas vidas.*

*O futuro mais brilhante
é baseado num passado intensamente vivido.
Você só terá sucesso na vida
quando perdoar os erros e as decepções do passado.*

*A vida é curta, mas as emoções que podemos deixar duram uma eternidade.
A vida não é de se brincar
porque um belo dia se morre.”*

Clarice Lispector

BORBA, Marina de Neiva. **As diretivas antecipadas de vontade no Brasil: O direito de morrer à luz da bioética e dos direitos fundamentais**. 2016. 90p. Tese (Doutorado em Bioética) – Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2016.

Em 1969, o renomado jurista americano Luis Kutner sugeriu a criação de um documento, no qual pacientes terminais com doenças incuráveis pudessem recusar tratamento médico para evitar o prolongamento de seu sofrimento. Para ter validade jurídica, tal documento, denominado por ele de testamento vital, só poderia ser feito por adultos com capacidade civil e não poderia versar sobre a eutanásia. A partir da difusão de suas ideias, vários estados americanos passaram a editar leis, regulamentando esse instrumento de manifestação de vontade. Aliado à possibilidade de eleição de um procurador com poderes para tomar decisões terapêuticas, conhecido como *proxy*, construíam-se, então, as diretivas antecipadas de vontade. Em 1990, promulgou-se a primeira lei federal reconhecidora do direito de elaboração de tais diretivas no momento do ingresso dos pacientes nas instituições de saúde americanas. Não obstante a legitimação de direitos inerentes à terminalidade da vida humana por meio da edição dessas leis, vários conflitos foram levados ao Poder Judiciário, como, por exemplo, os casos Karen Ann Quinlan, Nancy Cruzan e Terry Shiavo. No Brasil, a discussão acerca do chamado direito de morrer consolidou-se apenas, em 2006, quando o Conselho Federal de Medicina regulamentou, no âmbito administrativo, as diretrizes éticas da recusa de tratamentos médicos por pacientes terminais, expedindo a Resolução n. 1805. Posteriormente, em 2012, editou a Resolução n. 1995, regulando as diretivas antecipadas de vontade consoante à ética médica. As duas resoluções tiveram a sua constitucionalidade questionada na Justiça Federal pela Procuradoria da República, que julgou improcedentes as ações, legitimando a prática da ortotanásia e do testamento vital em todo o território brasileiro. Com isso, na esteira do que ocorreu nos Estados Unidos, tornou-se imperioso investigar os conflitos judiciais suscitados pelo direito de morrer para analisá-los à luz da bioética e dos direitos fundamentais. Elegeram-se, pois, a teoria dos referenciais da bioética proposta por William Saad Hossne e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy para nortear a solução dialógica desses conflitos. Com base nos resultados encontrados pela pesquisa bibliográfica e documental, identificaram-se três grandes questionamentos ético-jurídicos acerca do direito de morrer: (1) a retirada de suporte de ventilação artificial; (2) a ordem de não ressuscitação; (3) a sedação paliativa. Ante a ausência de legislação específica, tais conflitos foram solucionados a partir do diálogo da bioética e dos direitos fundamentais. Concluiu-se, pois, que: *i*) a reaproximação do Direito com a Ética, apregoada pelo pós-positivismo, e a conseqüente abertura epistemológica da Constituição permitiu a aplicação dialógica da bioética com os direitos fundamentais; *ii*) a inexistência de legislação em sentido estrito acerca da terminalidade da vida não impede o reconhecimento do direito de recusar de terapêuticas, em face do caráter normativo dos princípios constitucionais e dos referenciais da bioética; *iii*) a resolução de antinomias ético-jurídicas foi compatibilizada pela técnica da ponderação em razão de normas *prima facie* da bioética e dos direitos fundamentais; *iv*) verificou-se a existência de conflitos, em geral, quando não havia diretivas de vontade previamente elaboradas, corroborando a necessidade de sua formulação.

Palavras-Chave: Diretivas Antecipadas. Direito de Morrer. Decisões Judiciais. Bioética. Direitos Humanos.

BORBA, Marina de Neiva. **Advance directives in Brazil: The right to die in the light of bioethics and human rights**. 2016. 90p. Abstract (Doctor's degree in Bioethics) – Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2016.

In 1969, the renowned American jurist Luis Kutner suggested the creation of a document, in which terminal patients with incurable diseases could refuse medical treatment to avoid prolonging their suffering. To be legally valid, such document called by him of living will, could only be done by adults with civilian capacity and could not be about euthanasia. From the diffusion of these ideas, several states began to enact laws in order to regulate this instrument of will manifestation. Associated with the possibility of chosen a prosecutor empowered to make treatment decisions, known as proxy, there was the development of the advance directives of will. In 1990, it was promulgated the first federal law that recognize the right of development of such policies at the time of admission of patients in American health institutions. Despite the legitimacy of rights inherent to the terminal illness of human life by editing these laws, many conflicts have been brought to the courts, such as the cases of Karen Ann Quinlan, Nancy Cruzan and Terry Shiavo, for example. In Brazil, the discussion about the so-called right to die was only consolidated in 2006 when the Federal Council of Medicine regulated, at administrative level, the ethical guidelines of refusal of medical treatment for terminally ill patients, issuing the Resolution no. 1805. Subsequently, in 2012, the issued Resolution No. 1995 regulated the advance directives of will according to medical ethics. Both resolutions had their constitutionality challenged in Federal Court by the Attorney General's Office, which dismissed these resolutions, legitimizing the practice of orthothanasia and living will throughout the Brazilian territory. Thus, as also had happened in the United States, it has become imperative to investigate the legal conflicts raised by the right to die in order to analyze them in the light of bioethics and fundamental rights. For this purpose, it was elected as theory of reference in bioethics the one proposed by William Saad Hossne and the theory of fundamental rights of Robert Alexy to guide the dialogical resolution of these conflicts. Based on the findings of bibliographic and documentary research, five major ethical and legal questions about the right to die were identified: (1) withdrawal of the support of artificial ventilation; (2) the order of non-resuscitation; (3) the palliative sedation. Due to the absence of a specific legislation, such conflicts were solved from the dialogue of bioethics and fundamental rights. Therefore, it was concluded that: *i*) the approach between law and ethics, trumpeted by postpositivism, and the consequent epistemological opening of the Constitution allowed the application of a dialogue between bioethics and fundamental rights; *ii*) the absence of legislation in the strict sense about the terminal illness of life does not prevent the recognition of the right to refuse therapy in the face of normative character of constitutional principles and bioethics references; *iii*) resolution of ethical and legal antinomies was performed compatible by weighing technical standards of *prima facie* in bioethics and fundamental rights; *iv*) finally, the existence of conflicts was identified when no directives of will were previously established.

Keywords: Advance Directives. Right to Die. Judicial Decisions. Bioethics. Human Rights.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CPR	<i>Cardiopulmonary Resuscitation</i>
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
DNR	<i>Do Not Resuscitate</i>
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONR	Ordem de Não Ressuscitar
RCP	Ressuscitação Cardiorrespiratória
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Siglas

INTRODUÇÃO	15
METODOLOGIA	26
1 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE.....	30
1.1 O testamento vital como proposta ao devido processo da eutanásia.....	30
1.1.1 A violação ao devido processo legal.....	31
1.1.2 A violação ao direito constitucional à autonomia privada.....	33
1.1.3 Solução proposta: elaboração prévia de um <i>testamento vital</i>	35
1.2 As diretivas antecipadas de vontade nos Estados Unidos da América.....	36
1.3 As diretivas antecipadas de vontade no Brasil	38
1.3.1 A regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina	38
1.3.2 A validade jurídica das diretivas antecipadas de vontade no Brasil	40
2 DIÁLOGO ENTRE A TEORIA DOS REFERENCIAIS DA BIOÉTICA E A TEORIA DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS	46
2.1 A teoria dos referenciais da bioética aplicada à solução de conflitos	46
2.1.1 O principlismo como técnica de solução de conflitos da biomedicina	47
2.1.2 A teoria dos referenciais da bioética proposta por <i>William Saad Hossne</i>	50
2.2 A teoria dos direitos fundamentais aplicada à solução de conflitos	52
2.2.1 A nova teoria dos direitos fundamentais.....	53
2.2.2 A técnica de solução de conflitos proposta por <i>Robert Alexy</i>	58
2.3 O diálogo aplicado entre a bioética e os direitos fundamentais como técnica de solução de conflitos.....	61
3 OS CONFLITOS JUDICIAIS DO DIREITO DE MORRER À LUZ DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
3.1 A retirada de meio extraordinário de manutenção de vida (ventilação artificial)	63
3.1.1 In the matter of Karen Quinlan	63
3.1.2 Sobre a retirada de meio extraordinário de manutenção de vida	64

3.1.3	A retirada de meio extraordinário de manutenção de vida (ventilação artificial) à luz da bioética e dos direitos fundamentais	67
3.2	A ordem de não ressuscitar.....	69
3.2.1	Caso <i>In re Guardianship of Mason</i> (1996)	69
3.2.2	Sobre a ordem de não ressuscitar (ONR).....	69
3.2.3	A ordem de não ressuscitar à luz da bioética e dos direitos fundamentais	71
3.3	A sedação paliativa.....	72
3.3.1	Caso <i>Washington v. Glucksberg</i> (1997).....	72
3.3.2	Caso <i>Vacco v. Quill</i> (1997).....	72
3.3.3	Sobre a sedação paliativa	74
3.3.4	A sedação paliativa à luz da bioética e dos direitos fundamentais	77
	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82
	GLOSSÁRIO DE CASOS JUDICIAIS POR ORDEM CRONOLÓGICA	95

INTRODUÇÃO

Até a década de 50, a morte era compreendida como uma progressão natural da vida, como algo inevitável e incontornável (HUMPHRY; CLEMENT, 2011), que poderia ocorrer de duas formas: naturalmente ou acidentalmente (MEISEL, 2003, p. 2385).

Os médicos não tinham um aparato tecnológico capaz de aumentar sensivelmente a vida de doentes terminais. Por isso, muito pacientes morriam confortavelmente em casa^{1,2} sem tratamentos médicos invasivos (LIM, 2005, p. 4).

Entretanto, após a segunda guerra mundial, as duas décadas seguintes foram marcadas pelos avanços técnico-científicos na área da medicina que mudaram drasticamente o prognóstico desses pacientes (HUMPHRY; CLEMENT, 2011). Entre esses avanços, Glick apontou:

Técnicas cirúrgicas melhoradas [...] alimentação intravenosa, novas drogas para combater infecções, máquinas de circulação extracorpórea, angiografia coronariana para cirurgia de tórax aberto [...] Nos anos 60, ventiladores [artificiais], ressuscitação cardíaca, diálise renal, transplante de órgãos, válvulas cardíacas artificiais e muitos antibióticos foram acrescidos ao arsenal médico. Tomografia computadorizada e ressonância magnética nuclear por imagem, que superaram os raios-x, apareceram entre os anos 70 e 80 (Tradução livre) (GLICK, 1992, p. 13).

Diante desse cenário, a tecnologia passou a significar uma vitória na guerra contra a morte para a população norte-americana (HUMPHRY; CLEMENT, 2011). A utilização da penicilina, considerada uma droga milagrosa, desde a década de quarenta, por exemplo, serviu como prova das ilimitadas possibilidades para redução do sofrimento humano.

Impôs-se, então, o que Humphry e Clement (2011) denominaram de “imperativo tecnológico”:

¹ Segundo Humphry e Clement (2011), em 1949, cinquenta por cento dos americanos morriam em instituições hospitalares. Em 1958, 61 por cento. Duas décadas depois, o número aumentou para setenta e um por cento. Em 1998, passa dos oitenta por cento.

² Quill (2000) acrescenta que, atualmente, nos Estados Unidos, cerca de 80% (oitenta por cento) das mortes ocorrem em hospitais ou lares de idosos, e não mais em casa. Consoante Wilkinson, Wenger, et. al. (2007), essa transição do local da morte foi alimentada pelo desenvolvimento de uma tecnologia em saúde capaz de sustentar a vida em estados muito críticos.

A crença de que seria imprescindível usar os tratamentos médicos e os meios tecnológicos disponíveis pelo maior tempo possível, mesmo que pequeno o potencial benefício e alto o custo emocional, mental, físico e financeiro para o paciente e sua família (Tradução livre).³

Por conseguinte, o imperativo tecnológico criou problemas, especialmente para os pacientes terminais⁴, como, por exemplo, a ressuscitação cardiopulmonar que até hoje produz consequências não intencionais quando usada indiscriminadamente (HUMPHRY; CLEMENT, 2011).

A partir daí, as indicações para utilização dos avanços tecnológicos aos cuidados de saúde passaram a suscitar reflexões acerca de como o fim da vida deve ser vivenciado (RAO, ALONGI, et. al, 2005), iniciando-se a preocupação jurídica de assegurar uma morte sem sofrimento.

Nesse contexto, o advogado Luis Kutner, um dos mais proeminentes defensores dos direitos humanos do século XX (HEISE, 1993), publicou um artigo intitulado “*Due process of eutanásia: the living will, a proposal*” (1969), em que defendeu a recusa de tratamento médico por pacientes terminais e incuráveis que vivenciassem grande sofrimento:

Os valores básicos da nossa sociedade e da Constituição [norte-americanas] asseguram o direito de viver [...] Entretanto, o estado atual do direito não reconhece o direito da vítima de morrer se ela assim desejar. Ela pode estar em sofrimento num estado terminal de uma doença incurável e ser forçada a continuar a viver com dor e desespero. Tal situação viola os direitos privados do indivíduo (Tradução livre) (KUTNER, 1969, p. 539-543).

Kutner (1969) propôs, então, a elaboração de um documento, denominado por ele de *living will* – traduzido como testamento vital – no qual o paciente poderia consentir a inação do médico caso se encontrasse numa situação incurável e irreversível, evitando o sofrimento decorrente da terminalidade da vida humana.

³ Atualmente, esta ideia relaciona-se com a noção de futilidade médica ou obstinação terapêutica, explicitados oportunamente.

⁴ Esse cenário ainda persiste nos dias atuais: Estudos apontam que, atualmente, as doenças crônicas (como o câncer, insuficiências cardíaca, pulmonar, hepática e renal, demência e acidente vascular cerebral) são as principais causas de morte entre os americanos (WILKINSON, WENGER, et. al., 2007). Logo, como poucos têm uma morte “rápida”, a maioria da população está vivendo por mais tempo com uma qualidade de vida comprometida (FRIED, GURALNIK, 1997). O final da vida, portanto, associa-se a uma alta carga de sofrimento (WILKINSON, WENGER, et. al., 2007).

Os fundamentos jurídicos arguidos por Kutner, em 1969, foram utilizados, posteriormente, no julgamento do paradigmático caso de Karen Ann Quinlan que, segundo Lim (2005), marcou o nascimento do movimento “direito de morrer”, que reivindica o reconhecimento do direito de recusar tratamento médico. (MEISEL; CERMINARA, 2004).⁵

Karen tinha 21 anos de idade quando foi internada, primeiramente, no Newton Memorial Hospital, Estado americano de New Jersey. Ela misturou bebida alcóolica com remédios para emagrecer e foi encontrada desacordada com parada cardiorrespiratória. Após alguns meses em estado vegetativo persistente,⁶ os pais de Quinlan solicitaram a retirada do tubo de ventilação artificial. Para isso, tiveram que ingressar na justiça. (PESSINI, 2004, p. 110).

Para auxiliar nesse julgamento, a Suprema Corte de New Jersey determinou a criação de um comitê de ética multidisciplinar, composto por médicos, assistentes sociais, advogados, teólogos e outros profissionais (HUMPHRY; CLEMENT, 2011) com a finalidade primordial de atestar a irreversibilidade do estado de saúde de Quinlan.

Após muitas discussões, o Tribunal reconheceu que o ato de retirar o suporte de ventilação artificial de um paciente em estado vegetativo persistente não configuraria homicídio, nem negligência médica, porque tal recusa de tratamento estaria embasada, entre outros fundamentos, no direito constitucional à privacidade. Ademais, reiterou-se a

⁵ Meisel e Cerminara (2004) esclarecem que o termo “direito de morrer” é amplamente utilizado pelos Tribunais, podendo ser combinado com as expressões “morte natural” ou “morte com dignidade”. Eventualmente, é equiparado à eutanásia ou crime de misericórdia. Todavia, os autores rejeitam tal equiparação quando se referir a ação de ceifar a vida.

⁶ Segundo Perry, Churchill, et.al. (2005, p. 744-745) o conceito de estado vegetativo persistente repousa sobre a certeza da predição de que o paciente não terá recuperação significativa. Distingue-se de vários outros estados de consciência reduzida: “A morte cerebral implica a perda não só de todas as funções superiores do cérebro, mas também todas as funções do tronco cerebral, incluindo reflexos pupilar à luz, movimentos oculares reflexos, respiração, e reflexos da córnea. A determinação de morte encefálica é um direto e é geralmente aceita como um critério para a definição de morte. Coma é um estado completo de falta de resposta a estímulos, embora o paciente possa ter reflexos do tronco cerebral. Estupor e obnubilação referem-se a estados de consciência reduzida em que as respostas significativas ainda são possíveis se o paciente recebe estímulo suficiente. Finalmente, o ‘locked-in síndrome’ denota a condição de um paciente que está paralisado e não pode se mover ou falar, mas está completamente acordado. Tais pacientes muitas vezes podem se comunicar através do piscar os olhos ou olhar para cima e para baixo”. A *American Academy of Neurology*, juntamente com representantes da Associação Neurológica Americana, a Sociedade de Neurologia Infantil e a Associação Americana de Cirurgiões Neurológicos criou uma Força Tarefa Multidisciplinar para estabelecer critérios para diagnosticar o estado vegetativo persistente: “Sem evidência de consciência de si ou do ambiente; Nenhuma interação com os outros sem resposta significativa aos estímulos; Nenhuma linguagem receptiva ou expressiva; Retorno de ciclos de sono-vigília, excitação; Incontinência urinária” e etc. Os critérios para esse diagnóstico devem ser verificados pelo menos 1 ano após a lesão cerebral traumática em pacientes jovens e pelo menos 3 meses após a doenças não-traumáticas.

autodeterminação do paciente no processo de tomada de decisão terapêutica (LIM, 2005, p. 6), elegendo-se os pais de Quinlan como substitutos legais dessa deliberação.

Dessa forma, o julgamento do caso Karen Ann Quinlan, em 1976, foi considerado um *turning point* no debate sobre esse tema (LIM, 2005), pois, além de suscitar vários questionamentos éticos e jurídicos, reconheceu o direito de todo paciente de recusar tratamento médico.

Vários estados americanos passaram então a promulgar leis ⁷ com o objetivo de assegurar os desejos relacionados ao final da vida dos pacientes, legitimando o testamento vital. (KENIS, 2003a, p. 235). Não obstante tenham sido aprovadas legislações específicas para reconhecer a validade jurídica desse instituto, diversos conflitos ético-jurídicos ligados ao direito de morrer continuaram a ser levados aos Tribunais americanos⁸, formando os chamados precedentes jurisprudenciais sobre o direito de recusar tratamento médico (WILKINSON, WENGER, et. al., 2007).

Entre esses casos, destaca-se o de Nancy Cruzan. Em 1983, quando tinha 25 anos de idade, Nancy teve danos cerebrais significativos devido à falta de oxigenação após acidente de carro, permanecendo em estado vegetativo persistente. Passados cinco anos nessa condição, ante a situação de irreversibilidade, seus pais solicitaram judicialmente a suspensão do tudo de alimentação e hidratação artificiais, permitindo a morte da filha. (LARSON, 2005, p. 407).

Em 1990, a Suprema Corte dos Estados Unidos (EUA) reconheceu que o direito à suspensão da hidratação e alimentação artificiais inclui-se no direito de recusar tratamento médico e que esse, por sua vez, encontra-se fundado no direito constitucional à privacidade. Para o exercício daquele direito, os indivíduos adultos e capazes deveriam manifestar a sua vontade mediante a elaboração de diretivas antecipadas. Por outro lado, para aqueles que estiverem incapazes de exercer a sua autonomia, tornar-se-ia necessária a apresentação de provas claras e convincentes do desejo do paciente. (LO; STEINBROOK, 1991, p. 895-896).

⁷ Após 1976, os cinquenta Estados americanos e o Distrito de Columbia passaram a promulgar leis estaduais que legalizaram o testamento vital (KENIS, 2003a, p. 235).

⁸ Vale citar, entre outros, o caso Nancy Cruzan e o caso Terry Schiavo, este último com grande repercussão na mídia internacional, julgados nos Estados Unidos, em 1990 e em 2005, respectivamente, em que se discutiu a possibilidade de suspensão da alimentação e hidratação artificial.

No caso de Karen Ann Quinlan, verifica-se que o conflito instaurado residia sobre a (im)possibilidade ético-jurídica de retirada do tubo de ventilação artificial. Já, no caso de Nancy Cruzan, sobre a (im)possibilidade ético-jurídica de suspensão da alimentação e hidratação artificial ante a inexistência de um testamento vital escrito, aferindo a vontade expressa da paciente.

Esses casos exemplificam, portanto, algumas das possibilidades de conflitos relacionados à terminalidade da vida. Por isso, torna-se relevante investigar: Quais conflitos relacionados ao direito de morrer foram levados ao Judiciário? Como podem ser resolvidos à luz da bioética e dos direitos fundamentais?

Essa pesquisa tem, portanto, como **objetivo geral** analisar as principais implicações ético-jurídicas do direito de morrer no Brasil. Tem, ainda, como objetivos específicos: a) identificar os principais conflitos judiciais suscitados pelo direito de morrer; b) analisar os questionamentos ético-jurídicos suscitados pelo direito de morrer à luz da bioética e dos direitos fundamentais.

Tais objetivos justificam-se à medida que a discussão jurídico-acadêmica acerca dos questionamentos suscitados pelo direito de morrer é relativamente nova no Brasil.

Em 9 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução n. 1805 que permitiu aos médicos a limitação e a suspensão de tratamentos que “prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”.

Tal resolução, curiosamente, passou a ser referida como regulamentadora da **ortotanásia** (GOMES, 2011, p. 56) mesmo não havendo citação expressa desse vernáculo em nenhuma parte de seu texto.

A resolução CFM n. 1805/2006 representa, de fato, uma mudança no enfoque terapêutico do enfermo em fase terminal, preconizando uma abordagem voltada para a qualidade de vida em contraposição ética à obstinação terapêutica:

A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à **obstinação diagnóstica e terapêutica** [...] Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: **‘Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico**, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família.

Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida' [...] Diante dessas afirmações, torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que **certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte**, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006, p. 4-6). (Grifo nosso).

O próprio CFM reconheceu a necessidade da realização de debates sobre a terminalidade da vida com a sociedade e os profissionais da área da saúde. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006, p. 5). Nesse sentido, promoveu ativamente discussões sobre o tema⁹, visando à formulação de instrumentos capazes de preservar a vontade digna do doente em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

Tornou-se, então, imperiosa à regulação, na seara médico-administrativa, das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, como esclarece a Conselheira Federal Cacilda Pedrosa de Oliveira:

A discussão sobre diretivas antecipadas é algo que tem tomado corpo. No Brasil, estamos passando para uma fase de conhecimento maior sobre o assunto. A própria sociedade tem exigido a discussão. Esperamos que os poderes Judiciário e Legislativo passem a recepcionar as diretivas. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010, *online*).

Com isso, em 9 de agosto de 2012, o CFM, cujas atribuições de fiscalização e normatização da prática médica autorizam a regulação da profissão, editou a Resolução n. 1995, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade, especificamente no âmbito administrativo.

Assim, por meio de suas câmaras técnicas e comissões relacionadas à terminalidade da vida e à ética médica, o CFM procurou oferecer respostas efetivas sobre o tema para a classe médica, mediante a apresentação de reflexões aprofundadas e propostas eticamente justificadas (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010, *online*).

⁹ Em 2008, abordou-se o tema das diretivas antecipadas durante a I Conferência Nacional de Ética Médica e o II Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina (II ENCM-2008). A seguir, em 2010, o CFM realizou o I Fórum sobre Diretivas Antecipadas de Vontade. Igualmente, em 2012, a matéria foi discutida durante o V Fórum de Ética Médica e o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina (I ENCM-2012).

Apesar do esforço regulatório e educacional do CFM, condutas médicas relacionadas à boa prática clínica em situações terminais parecem suscitar – ainda – grandes dúvidas entre os profissionais da saúde, sobretudo quanto ao caráter ético e jurídico.

Nesse sentido, no dia 13 de maio de 2015, um experiente médico brasileiro, que tem consultório na região nobre de São Paulo e realiza cirurgias nos hospitais mais conceituados da cidade, afirmou ao jornal *El País* (2015, *online*): “Todo mundo já praticou eutanásia”.

Não obstante tenha declarado conhecer o caráter ilícito¹⁰ e antiético¹¹ da eutanásia no Brasil, o médico esclareceu que tal conduta é aceita entre os colegas de profissão, especialmente quando se refere à utilização de sedativos em pacientes em sofrimento:

Temos até uma gíria, entre os médicos, quando a gente se refere a essa prática: Liguei o M1 no paciente [...] ‘**M1**’ é **uma mistura de medicamentos** [daí a letra M] **com sedativos muito fortes**. Eles são aplicados na veia dos pacientes que já estão em estágio terminal. **Quem toma um M1, nunca mais vai acordar**. (EL PAÍS, 2015, *online*) (Grifo nosso).

A realização desse procedimento – explicou o médico – foi feita inclusive na própria avó, que se encontrava muito adoentada:

Ela tinha mais de 90 anos, estava com pneumonia, muito fraca e muito doente. Não tinha mais jeito. A minha família toda estava sofrendo há meses já, pois ela estava na cama e não respondia mais aos tratamentos. Por isso **tomei essa decisão** [...] **Não disse para ninguém, até hoje, nenhum parente meu sabe**. Apenas fui lá e apliquei o M1. E **ela foi respirando cada vez mais devagar, sem sofrimento, e se foi** [...] Foi melhor assim, **eu suspendi o sofrimento dela**. E o nosso também. (EL PAÍS, 2015, *online*) (Grifo nosso).

A informação central veiculada nessa reportagem sugere, portanto, que a utilização de sedativos nos moldes descritos configura-se **eutanásia** – conduta tipificada no Brasil como crime de homicídio privilegiado e prática eticamente vedada pelo Código de Ética Médica – em razão da subsequente morte do paciente.

¹⁰ A eutanásia é considerada crime de homicídio privilegiado que está previsto no artigo 121, §1º, do **Código Penal**: “Homicídio simples - Art. 121. Matar alguém: [...] **Causa de Diminuição de Pena** § 1º Se o agente comete o crime impelido 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”.

¹¹ O artigo 14 do **Código de Ética Médica** veda ao médico: “Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País”. Portanto, como a eutanásia é considerada crime de homicídio privilegiado no Brasil, também há uma vedação ética à sua prática.

A análise da narrativa do médico revela, entretanto, que não havia mais nenhuma terapêutica a ser oferecida para a paciente em questão, restando, apenas, a implementação de cuidados relacionados à melhoria da sua qualidade de vida e de seus familiares, ou seja, o conforto e o alívio da dor e do sofrimento.

Assim, verifica-se a descrição de um cenário ideal para a inserção dos **cuidados paliativos**¹² como componente de tratamento de saúde integrado, conforme recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2013, p. 1).

A reportagem suscita, pois, relevantes questionamentos ético-jurídicos: a sedação em pacientes terminais para alívio da dor e do sofrimento pode ser concebido como eutanásia ou como cuidados paliativos? A utilização de sedativos com a consciência de que acarretará a morte do paciente configura alguma conduta tipificada no Código Penal brasileiro? E se a conduta for motivada pela finalidade de evitar o sofrimento fútil? A quem compete essa tomada de decisão? É necessário o consentimento do paciente, ou na impossibilidade deste, dos seus familiares?

A despeito da relevância do tema, a dogmática jurídica brasileira ainda não possui conteúdo suficiente sobre a matéria, quer pela ausência de legislação específica¹³, quer pela ausência de julgados. Faz-se necessário, então, um estudo aprofundado de acordo com o ordenamento pátrio e as diretrizes éticas mais atuais.

Além do limbo jurídico constatado acerca da sedação, outro fato jurídico chamou atenção da mídia nacional em 2015.

Foi absolvido pelo Júri Popular o réu confesso Roberto Rodrigues de Oliveira, um jovem católico de 26 anos de idade que matou a tiros o irmão tetraplégico, Geraldo Rodrigues de Oliveira, a seu pedido, durante a simulação de um assalto, em razão dos sofrimentos físicos e psicológicos decorrentes do estado paralítico irreversível de Geraldo (RODRIGUES, 2015, *online*), conforme sentença *in verbis*:

¹² No relatório do Secretariado da Organização Mundial de Saúde (OMS), que descreveu a situação dos cuidados paliativos à nível mundial e as medidas cruciais para o seu desenvolvimento como saúde pública, os cuidados paliativos são definidos como “uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes (adultos e crianças) e seus familiares que estão enfrentando os problemas associados à doença com risco de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento por meio da identificação precoce e avaliação correta e do tratamento da dor e outros problemas, sejam físicos, psicossociais ou espirituais”. (WHO, 2013, p.1) (Tradução livre) (Grifo nosso).

¹³ Aqui, legislação é utilizada como sinônimo de lei em sentido formal, ou seja, editada pelo Poder Legislativo.

ROBERTO RODRIGUES DE OLIVEIRA foi pronunciado como incurso nos termos do artigo 121, “caput”, cc. Artigo 61, inciso II, letras “e” e “h”, ambos do Código Penal, tendo sido, nesta data, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri desta Comarca de Rio Claro. Por maioria de votos o Conselho de Sentença absolveu o réu com relação ao crime de homicídio simples praticado contra a vítima GERALDO RODRIGUES DE OLIVEIRA, acolhendo o requerimento da Defesa, pela **total inocência quanto ao crime a ele atribuído**, como sustentado durante os debates em Plenário. Posto isso, julgo IMPROCEDENTE a ação penal e ABSOLVO o réu ROBERTO RODRIGUES DE OLIVEIRA, nos termos do artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Comarca de Rio Claro - Sentença no Proc. n. 0017016-09.2011.8.26.0510 – **julgado em out. 2015**. Ação Penal de Competência do Júri - **Homicídio Simples** - Juiz de Direito: Dr. Walter Ariette dos Santos) (Grifo nosso).

Não há dúvidas de que os fatos acima narrados configuram crime de homicídio, tipificado no art. 121 do Código Penal, havendo, inclusive, a confissão, a premeditação e o planejamento do crime admitidos pelo próprio acusado (RODRIGUES, 2015, *online*).

Ora, como o acusado foi motivado por “relevante valor social ou moral” – qual seja: assassinar um ente querido para libertá-lo de sofrimento insuportável, constituindo um ato de amor ao próximo – tal homicídio afigura-se, na verdade, como eutanásia.¹⁴

Todavia, Roberto não foi processado pela prática do crime de homicídio privilegiado, em razão de o Código Penal, corroborado pela doutrina e jurisprudência pátrias, exigir a “reação imediata” do agente, afastando-se o privilégio da diminuição de pena quando o crime for premeditado.^{15,16}

Sobre o cometimento da eutanásia pelo acusado, mas a impossibilidade de sua “admissão jurídica”, o seu advogado, Dr. Edmundo Cavanezzi, esclarece em entrevista:

Um conceito que Cavanezzi apresentou ao júri, mas não pôde utilizar como tese, é o da eutanásia. A prática de provocar a morte a um doente que não tem cura não é permitida no Brasil. Por aqui, apenas é possível a ortotanásia, que consiste na

¹⁴ Vide nota de rodapé n. 9 *supra* que explicita que a eutanásia é considerada crime de homicídio privilegiado.

¹⁵ Nesse sentido, Capez (2014, p. 110) explica que “a premeditação é incompatível com o privilégio [TJSP, RJTJESP, 77/404], pois não há o impulso emocional e a reação imediata. Da mesma forma, ficará afastado o privilégio se a reação ocorreu dias ou horas após a provocação injusta”.

¹⁶ PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. [...] ALEGAÇÃO DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. IMPROCEDÊNCIA. A **PREMEDITAÇÃO DO CRIME AFASTA O PRIVILÉGIO**. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO UNANIMEMENTE. [...] Descabe a alegação de que o crime narrado nos autos foi praticado pela vítima sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima, uma vez que o crime praticado pela ré foi premeditado, não havendo razão em se cogitar de homicídio privilegiado. (TJ-PE. APL: 49127120048170480. PE 0004912-71.2004.8.17.0480, Relator: Gustavo Augusto Rodrigues De Lima, Data de Julgamento: 24/07/2012, 4ª Câmara Criminal, Publicação: 140). (Grifo nosso).

interrupção do tratamento. ‘Temos uma legislação muito atrasada quanto ao tema, mesmo comparando com países da América do Sul’, opinou. Cavanezzi ressaltou ao júri que apesar da eutanásia não ser permitida, a Constituição fala em direito à vida, não em dever de viver. ‘É humano aceitar a eutanásia, pois o Estado não pode obrigar o sujeito a viver uma vida indigna. A vida não deve ser um processo penoso’, disse. (MARTINES, 2015, *online*) (Grifo nosso).

Assim, restou ao Ministério Público capitular Roberto ao crime de homicídio simples, em detrimento do crime de homicídio privilegiado que seria, segundo orientação pacífica da doutrina e da jurisprudência (CAPEZ, 2014, p. 104), a configuração apropriada à categorização da eutanásia.

Ademais, verifica-se que a declaração de inocência pela prática de uma conduta ilícita pelo Tribunal do Júri a um réu confesso importa manifesta violação ao devido processo penal, pois o resultado do julgamento evidencia que a **motivação do crime** – o compadecimento de Roberto pela dor e sofrimento de Geraldo – fundamentou a absolvição do réu pelos jurados leigos que formaram o Conselho de Sentença¹⁷.

Por oportuno, vale esclarecer que os **motivos** da prática de um crime implicam tão-somente causas de aumento ou diminuição de pena, consoante o texto expresso do art. 121, § 1º, do CP: “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”. Dessa forma, segundo à lei criminal brasileira, a motivação para a prática do crime pelo acusado, por mais nobre que seja, não autoriza a sua absolvição, mas tão-somente a diminuição da sua pena.

Tal situação evidencia uma falha do sistema criminal, incompatível com o Estado Democrático de Direito, por não proteger de forma adequada a vítima do crime, como destacou Kutner (1969, p 540-2):

A lei não reconhece o motivo como um dos elementos do crime. Se os fatos provarem que o réu matou de forma intencional isto é homicídio [...] independentemente do motivo. O motivo é somente uma evidência relevante para estabelecer o grau de assassinato [...] Apesar das disposições legais em contrário, o tribunal, neste caso, baseou a sua decisão nos motivos do réu [...] embora conceitualmente a lei não trate a eutanásia diferentemente de outros crimes contra à vida humana, na prática, uma exceção existe. Promotores, juízes e júris abordam a eutanásia de forma diferente [...]

¹⁷ Segundo Oliveira (2014, p.717): “O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil pela Lei de 18 de junho de 1822, para os delitos de imprensa, sendo constituído inicialmente por 24 juízes de fato [...] Atualmente, a sua composição é inteiramente diferente, o mesmo ocorrendo com a respectiva competência. Para fins de julgamento, o Tribunal é composto pelo Juiz-Presidente e pelo Conselho de Sentença. Este é integrado por sete jurados leigos, isto é, por pessoas do povo, escolhidas por meio de sorteio em procedimento regulado minudentemente em lei. O Juiz-Presidente é órgão do Poder Judiciário, integrante da carreira, daí por que denominado juiz togado”.

Assim, a lei no que diz respeito à eutanásia deixa muito a desejar [...] O acusado de um caso de eutanásia depende quase inteiramente do sentimentalismo público. Critérios objetivos não estão a funcionar. **É possível que a população possa ser ludibriada, e um manipulador inteligente da opinião pública possa matar por um motivo perverso e escapar da punição, colocando-se como um assassino de misericórdia.** Em tal situação, a proteção da vítima não é garantida [...] o Estado de Direito [...] pode, na realidade, **permitir a eutanásia sem uma proteção adequada para a vítima, cuja morte pode ser injustificada e não desejada.** (Grifo nosso).

Dessa forma, a partir da análise do processamento judicial da eutanásia da época, Kutner (p. 543) constatou que a falta de previsão legal da eutanásia como crime autônomo não se coaduna com as noções de devido processo legal, pois tais julgamentos – tal como ocorreu com Roberto no Brasil em 2015 – evidenciam uma clara violação aos códigos penal e de processo penal.

Diante desse cenário, faz-se oportuno e necessário o aprofundamento das problemáticas suscitadas pelo direito de morrer, amoldando-os ao contexto brasileiro em observância especial, segundo Bostiancic e Dadalto (2010), às normas veiculadas na Constituição Federal de 1988.

Assim, os capítulos seguintes oferecem tais esclarecimentos.

Especificamente no primeiro capítulo, apresenta-se a origem do testamento vital como proposta à eutanásia, as diretivas antecipadas de vontade nos Estados Unidos e, por conseguinte, no Brasil, explicitando-se a regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina, bem como a sua validade jurídica.

O segundo capítulo dedica-se, no início, à teoria dos referenciais da bioética como crítica ao principialismo. Em seguida, explicita a nova teoria dos direitos fundamentais, especialmente a técnica de sopesamento de princípios de Robert Alexy. Posteriormente, demonstra o diálogo aplicado entre a bioética e os direitos fundamentais como técnica de solução de conflitos.

Por fim, o último capítulo relaciona os casos judiciais suscitados pelo direito de morrer – a retirada de meio extraordinário de manutenção de vida (ventilação artificial), a ordem de não ressuscitação e a sedação paliativa – e analisa-os à luz do diálogo aplicado entre a bioética e os direitos fundamentais.

METODOLOGIA

Para a consecução dos objetivos da pesquisa, metodologicamente, elegeu-se a realização de um estudo *qualitativo* para analisar os casos judiciais relacionados ao direito de morrer à luz da bioética e dos direitos fundamentais, utilizando-se as técnicas de *pesquisa bibliográfica* – por meio de consulta a livros, revistas, publicações avulsas, imprensa escrita e etc. – e *documental* – mediante o levantamento de pareceres, decisões judiciais, leis e entre outros documentos.

Ademais, vale esclarecer que, como os resultados alcançados com esse trabalho pretendem subsidiar ações concretas em relação às situações que envolvem à terminalidade da vida humana, se trata de *pesquisa aplicada* com dupla finalidade: *descritiva*, pois busca descrever o objeto dogmático analisado; e, *exploratória*, pois, em face da ausência de leis e de decisões judiciais sobre o tema no Brasil, analisou-se à temática de modo a adequá-la às diretrizes éticas e ao ordenamento jurídico brasileiros.

Assim, a trajetória metodológica percorreu dois grandes passos.

Primeiramente, realizou-se o levantamento da bibliografia e documentação sobre os **conflitos judiciais**¹⁸ relacionados ao direito de morrer em três bases de dados distintas¹⁹: a) *Bioethics Research Library at Georgetown University*: relevante da área da Bioética; b) *Social Science Research National (SSRN)*: relevante da área das ciências sociais, incluindo-se o Direito; e, c) *EBSCO Information Services*: relevante para várias áreas do conhecimento em geral.

A primeira base de dados pesquisada foi a *Bioethics Research Library at Georgetown University* – ETHXWeb²⁰ em que se realizou uma pesquisa booleana com os seguintes termos:

¹⁸ Considerou-se como conflito judicial todo e qualquer discussão ética e/ou jurídica levado à apreciação do Poder Judiciário.

¹⁹ Nessas bases de dados, optou-se por selecionar todos os tipos de referências bibliográficas: artigos, livros, enciclopédias, documentos, etc.

²⁰ Conforme Relatório Parcial entregue no dia 25 de novembro de 2013 à Comissão de Bolsas do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Bioética do Centro Universitário São Camilo, foi consultado o site <http://bioethics.georgetown.edu/databases/ethxweb/ethxbool/index.html> para a realização da pesquisa ao longo do ano de 2013. Tal relatório foi elaborado em atendimento às exigências da Comissão de Bolsa do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Particulares (PROSUP), vinculado à Coordenação de Aperfeiçoamento

(20.5.4.pc. or “advance directives” or “living will”). Para localizar os conflitos judiciais, restringiu-se a pesquisa com a opção do seguinte tipo de publicação: *Court Decision*.

Como resultado da busca, foram encontrados oito documentos apontados na Tabela 1:

Tabela 1. Documentos encontrados na base de dados ETHXWeb

CASO	DATA DA DECISÃO	CORTE/TRIBUNAL
R (Burke) v. General Medical Council	30 July 2004	Great Britain. High Court. Queens Bench Division, Administrative Court
In re Guardianship of Schiavo	6 June 2003	USA. Florida. District Court of Appeal, Second District
In re Guardianship of Schiavo	17 October 2001	USA. Florida. District Court of Appeal, Second District
In re Guardianship of Schiavo	11 July 2001	USA. Florida. District Court of Appeal, Second District
In re Guardianship of Schiavo	24 January 2001	USA. Florida. District Court of Appeal, Second District
Wright v. Johns Hopkins Health Systems Corp.	20 April 1999	USA. Maryland. Court of Appeals
Matter of Edna M.F.	12 June 1997	USA. Wisconsin. Supreme Court
Re K, Re F	27 October 1987	Great Britain. High Court of Justice, Chancery Division

Fonte: Elaborada pela autora

Em seguida, procederam-se duas buscas na base de dados *Social Science Research Network* (SSRN),²¹ realizando-se uma pesquisa booleana com os seguintes termos: *advance directives and court* e “*advance directives*” *court*, consecutivamente, nos anos de 2013 e 2014, sendo encontrados dezesseis artigos.

A partir da leitura desses vinte e quatro resultados localizados em banco de dados especializados, foram identificados os seguintes conflitos judiciais suscitados pelo direito de morrer, conforme Tabela 2:

de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Vale esclarecer, por fim, que o PROSUP é regulamentado pela Portaria da CAPES n. 181, de 18 de dezembro de 2012.

²¹ Em 2013 e 2014, foi consultado o site <http://papers.ssrn.com/sol3/DisplayAbstractSearch.cfm> nos moldes descritos.

Tabela 2. Conflitos judiciais relacionados ao direito de morrer localizados em bases de dados

CONFLITO	CASO JUDICIAL (ANO DO JULGAMENTO)
Retirada de suporte de ventilação artificial	In the matter of Karen Quinlan (1976)
Tomada de decisão terapêutica	Re K, Re F (1988)
	Matter of Edna M.F. (1997)
Sedação paliativa ou terminal	Vacco v. Quill (1997)
	Washington v. Glucksberg (1997)
Ordem de não ressuscitação	In re Guardianship of Mason (1996)
	Wright v. Johns Hopkins Health Systems Corp. (1999)
Suspensão de hidratação e alimentação artificial	Cruzan v. Director of Missouri Department of Health (1990)
	In Matter of Guardianship of L.W. (1992)
	In re Guardianship of Schiavo (2001, 2003)
	R (Burke) v. General Medical Council (2005)
	Eluana Englaro (2009)
	Lambert and Others v. France (2015)

Fonte: Elaborada pela autora. *Vide* Glossário de Casos Judiciais em anexo.

Dentre os conflitos judiciais identificados, selecionaram-se apenas os três casos seguintes: a retirada de suporte de ventilação artificial, a ordem de não ressuscitação e a sedação paliativa.

Após esse levantamento bibliográfico e documental, analisaram-se os casos judiciais suscitados pelo direito de morrer à luz dos referenciais teóricos da bioética e dos direitos fundamentais.

Para isso, essa pesquisa elegeu duas teorias – a **Teoria dos Referenciais da Bioética** e a **Teoria dos Direitos Fundamentais** – e aplicou-as, de forma dialógica, àqueles casos.

A primeira teoria foi desenvolvida pelo médico e bioeticista brasileiro William Saad Hossne (2006) como tentativa de renovação metodológica do **principlismo**, paradigma que remete às origens da bioética (PESSINI, 2013, p. 9) e que consiste no método de solução de conflitos por meio da utilização de quatro princípios gerais – autonomia, beneficência, não maleficência e justiça – a partir do caso concreto (SCHRAMM, 1997, p. 101), explicada pormenorizadamente abaixo.

Quanto aos direitos fundamentais, vale esclarecer que, após a segunda guerra mundial, ante a exigência de uma nova dogmática jurídica, tais direitos – anteriormente considerados meros programas políticos – tornaram-se judiciáveis. Com isso, a jurisprudência do Tribunal Federal Alemão foi extremamente relevante ao cenário mundial, pois os direitos fundamentais foram “tratados de maneira sistemática clara e racional” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. XVI).

Entre essas teorias de direitos fundamentais, essa pesquisa elegeu como referencial a obra do jurista alemão Robert Alexy²² por ter reconhecido a normatividade dos princípios e a existência de colisão entre direitos fundamentais, aprimorado a técnica do **sopesamento** que forneceu critério metodológicos para a solução de conflitos jurídicos, explicitada oportunamente.

²² O livro Teoria dos Direitos Fundamentais foi publicado pela primeira vez na Alemanha em 1986, sendo traduzida para o Brasil por Virgílio Afonso da Silva (2012).

1 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Há alguns séculos a preocupação com a morte e com o processo de morrer de forma breve e digna tornaram-se objeto de estudo do Direito. Torna-se, pois, necessário discorrer sobre a evolução do pensamento do homem ocidental acerca desse processo sob à ótica jurídica.

Esse capítulo inicia, portanto, com a exposição do **testamento vital como proposta ao devido processo da eutanásia** (1.1), discorre sobre as **diretivas antecipadas de vontade nos Estados Unidos** (1.2) e, finalmente, **no Brasil** (2.3).

1.1 O testamento vital como proposta ao devido processo da eutanásia

A expressão testamento vital, originada do inglês *living will*, foi criada em 1969 por Luis Kutner²³, um dos mais proeminentes advogados dos direitos humanos do século XX (HEISE, 1993), com a publicação do artigo intitulado *Due process of eutanásia: the living will, a proposal* (1969, p. 539-554).

Kutner (1969, p. 539) iniciou esse artigo com a impactante frase “ela pediu que eu fizesse isso”, narrando à história de um jovem estudante que atirou fatalmente na sua mãe, paciente terminal de câncer, enquanto ela estava internada em um hospital. Segundo Kutner (1969, p. 539), o Grande Júri de Cook, Illinois, Estados Unidos da América, absolveu Robert Waskin da acusação de assassinato em primeiro grau:

Depois de um julgamento de uma semana, Robert Waskin foi libertado por um júri, que deliberou por apenas quarenta minutos, antes de determinar que ele estava temporariamente insano quando atirou três vezes em sua mãe. O júri considerou ainda que ele não era louco. O primeiro jurado²⁴ comentou: ‘ele sabia que havia atirado na mãe. Isso não foi contestado, mas a acusação não conseguiu demonstrar que ele estava mentalmente consciente quando fez isso’. Robert Waskin foi preparado para cortar os fios de uma vida quase destruída: “A questão moral da eutanásia... não foi considerada

²³ Segundo Heise (1993), Luis Kutner foi indicado oito vezes para receber o Prêmio Nobel da Paz e foi co-fundador da Anistia Internacional, importante organização não governamental de defesa dos direitos humanos.

²⁴ Segundo Reis (2013, *online*), nos Estados Unidos, os jurados discutem os fatos e as provas apresentadas, sob as orientações jurídicas dadas por um Juiz de Direito. Esses debates devem ser mediados pelo Primeiro Jurado, escolhido para ser o *foreperson* ou *foreman*, “o líder entre os jurados, que tem a incumbência de conduzir na sala secreta os passos a serem tomados para a decisão”.

no julgamento, e isso deveria ter sido encarado. Algum dia terá que ser”. (KUTNER, 1969, p. 539). Tradução livre.

A partir deste fato, Kutner (1969, p. 539) passou a enfrentar um dilema do direito criminal: como a Constituição assegura o direito à vida, a proteção da vida humana é a principal justificativa para a existência de um Estado de Direito. Porém, não reconhece o direito de a pessoa morrer se ela assim desejar. Essa ausência de previsão legal obriga uma pessoa a viver com dor e desespero em razão do sofrimento causado por uma doença incurável ou terminal.

Assim, se um indivíduo observa outro em grande sofrimento causado por uma doença incurável ou por uma deformidade genética e retira-lhe a vida motivado pela compaixão, questiona-se se ele deve realmente ser considerado um assassino, pois suas ações não são movidas por malícia, mas motivadas por um desejo muito humano de livrar o outro de seu sofrimento. (KUTNER, 1969, p. 539)

A partir da análise de casos judiciais envolvendo a eutanásia, Kutner constatou flagrante **violação ao devido processo legal** (*vide* item 2.6.1) e **violação ao direito constitucional à autonomia privada** (*vide* 2.6.2). Para suprir tal lacuna jurídica, incompatível com o Estado de Direito, idealizou o **testamento vital como proposta para recusar tratamento médico** (*item* 2.6.3), evitando-se o prolongamento do sofrimento humano.

1.1.1 A violação ao devido processo legal

É evidente que a lei proíbe um indivíduo tirar a vida de outro. Entretanto, no caso específico *supra* citado, as ações deste indivíduo não são motivadas por um sentimento de maldade ou malícia, mas por um desejo muito humano de acabar com o sofrimento do outro (KUTNER, 1969, p. 539-40). Trata-se, pois, de um crime motivado pela misericórdia.

No direito norte-americano, contudo, não se reconhece a motivação como um elemento do crime de homicídio. O motivo é apenas uma evidência relevante para definir o grau de assassinato, se de primeiro ou segundo grau²⁵. Por conseguinte, se existirem os elementos de

²⁵ No direito penal norte-americano, o homicídio (*murder*) pode ser dividido em dois graus. Segundo Godoy (2004, p. 49-51), essa distinção foi criada no Estatuto da Pensilvânia de 1794, que condenava com pena de morte os homicídios de primeiro grau, aqueles cometidos mediante envenenamento, emboscada ou premeditação. Já os

premeditação intencional, aquele indivíduo estará igualmente condenado, independentemente do fato de ter agido por um impulso de misericórdia (KUTNER, 1969, p. 540).

Apesar disso, segundo Kutner (1969, p. 540), na prática, essa teoria vinha sendo aplicada de forma diferente.

No processo de acusação do caso *People v. Werner*, julgado em 30 de dezembro de 1958, envolvendo um senhor de 69 (sessenta e nove) anos de idade que sufocou sua esposa por estar irremediavelmente mutilada, e conseqüentemente acamada, por causa da Artrite Reumatoide, o Estado admitiu à confissão de culpa (*plea of guilty*)²⁶ do réu para que fosse acusado pelo crime de homicídio culposo – assassinato em segundo grau. Após ouvir os depoimentos dos filhos do réu e do pároco da Igreja, relatando a infatigável devoção do acusado durante a doença da falecida por 2 (dois) anos, o Tribunal inicialmente permitiu que o réu retirasse a confissão de culpa para que ingressasse com a alegação de inocência e, em seguida, julgou-o inocente por três motivos: primeiro, não estaria convicto da prova da sua culpa; segundo, não havia razão para se preocupar com a reincidência; e, terceiro, em razão do grande sofrimento em que aquele se encontrava²⁷.

Apesar das disposições legais em contrário, a decisão da Corte nesse caso foi baseada nos motivos do réu. Kutner (1969, p. 541) afirmou que “o procedimento seguido pelo Tribunal foi criticado por não ter sido autorizado pela lei”. No entanto, considerando os fatos narrados, ponderou que o Tribunal agiu de acordo com o que pode ser considerado um senso de justiça.

homicídios de segundo grau são aqueles cometidos com mais culpa e menos dolo, podendo ser: a) involuntário (quando ocorrer negligência do réu); ou, b) voluntário (intencional), quando ocorrido no calor da paixão (*in the heat of passion*) ou quando refletir reação à súbita provocação (*sudden provocation*).

²⁶ Segundo Reis (2013, *online*), no direito criminal norte-americano, existem dois institutos utilizados no júri: *guilty plea* e *plea bargaining*: “a *guilty plea* é a possibilidade de o acusado se declarar culpado. A *plea bargaining*, ou *plea bargain*, é a possibilidade de realização de acordo entre o réu e a acusação, que viabiliza a utilização da *guilty plea*”. Assim, por exemplo, um acusado de cometer um homicídio qualificado pode negociar com a promotoria a troca da acusação para homicídio simples se reconhecer sua culpa. Nos Estados Unidos, segundo o autor, cerca de noventa por cento das causas criminais são resolvidas pela aplicação da *plea bargain*.

²⁷ O Tribunal permitiu ao réu “ir para casa... e viver o resto da [sua] vida na medida em que o [seu] coração permitir” (KUTNER, 1969, p. 541). Tradução livre.

Kutner (1969, p. 541-2) ressaltou que, frequentemente, os julgamentos de crimes de eutanásia desrespeitam os ditames legais, como ocorreu no *supra* citado *Waskin case*, inclusive em outras jurisdições como no *Susanne Van de Put case*.²⁸

Restou evidente que, embora conceitualmente a lei não diferencie o crime por misericórdia dos demais crimes de homicídio, na prática, configurava-se uma exceção²⁹:

Promotores, juízes e jurados abordam um crime por compaixão de forma diferente. A opinião pública simplesmente não reflete a mesma repulsa contra o ato de matar por misericórdia como faz com outros casos de assassinato. Portanto, a sociedade não está propensa a infligir o mesmo tipo de punição. Embora possa haver oposição ao crime por compaixão, há uma simpatia popular pelo assassinato que praticou tal ato por misericórdia. (KUTNER, 1969, p. 542). (Tradução livre).

Portanto, em relação à eutanásia, a lei no final da década de 60 deixava muito a desejar. Kutner (1969, p. 542) alertou, inclusive, para o risco de tal prática judicial evoluir sem a proteção adequada para a vítima, cuja morte seria indesejada e injustificada. Assim, a falta de regulamentação específica da eutanásia seria incompatível com o Estado de Direito por desrespeitar o devido processo legal.

1.1.2 A violação ao direito constitucional à autonomia privada

A expressão *right of privacy* utilizada por Kutner **não** pode ser simplesmente traduzida para o contexto brasileiro como *direito à privacidade*.

²⁸ Em 1962, o *Susanne Van de Put case* recebeu atenção internacional, pois envolveu um julgamento, em Liege, na Bélgica, de uma mulher pelo assassinato da sua filha de apenas oito dias de vida, nascida com deformações provocadas pelo uso da talidomida durante a gestação. O marido, a mãe, a irmã e o médico da família foram denunciados como cúmplices. Por entender que foram imbuídos por motivos altruístas, os acusados conquistaram a simpatia da população da Bélgica e de outros lugares. Após seis dias de julgamento, o júri absolveu os cinco réus. (KUTNER, 1969, p. 541-2).

²⁹ Kutner (1969, p. 542) citou um dos poucos casos em o acusado de praticar o crime por compaixão foi condenado por assassinato em primeiro grau e condenado à prisão perpétua: *People v. Roberts*. Em Michigan, a esposa de Frank Robert estava irremediavelmente acamada e sofrendo por causa da Esclerose Múltipla. Atendendo ao pedido da senhora Katie, em 1920, ele misturou arsênico na bebida dela para que bebesse. Como ela sabia exatamente o que estava fazendo, o Supremo Tribunal de Michigan condenou Robert por conhecer o desejo da esposa de tirar a própria vida e por auxiliá-la no suicídio, já que ela seria incapaz de fazê-lo sem a sua ajuda. (ANNAS, 1993, p. 241). Curiosamente, nesse caso, a decisão foi proferida por um juiz singular, sem a presença de um júri.

No ordenamento brasileiro, segundo Dirley da Cunha Jr (2013, p. 687), o direito constitucional à privacidade consagra uma expressão que abrange manifestações da esfera íntima e privada, bem como os seguintes atributos da personalidade: honra e imagem. Assim, desdobra-se: *i*) na faculdade de obstar a intromissão de estranhos na vida particular e familiar, *ii*) no impedimento de acesso de terceiros a informações íntimas e pessoais e *iii*) na proibição de divulgação dessas informações. Nesse sentido, a privacidade corresponde ao “*direito de ser deixado sozinho*”.

Segundo Lange (2009, p. 576), a expressão “*right to be let alone*” foi difundida, em 1890, por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, ao publicarem um dos mais influentes artigos jurídicos da história americana, sugerindo que o avanço da civilização e do direito tinham deixado de reconhecer o direito individual à privacidade. “A proteção garantida aos pensamentos, sentimentos e emoções, expressos através da forma escrita ou das artes, pelo impedimento de publicação, é uma instância de aplicação de um direito mais amplo do indivíduo o ‘*direito de ser deixado sozinho*’” (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 205).

Nessa perspectiva, Lange (2009, p. 576) esclarece que a expressão “*ser deixado sozinho*” é mais ampla que a privacidade, em razão do entendimento contemporâneo da liberdade, articulado de forma mais influente por John Stuart Mill (1869):

A privacidade cria uma esfera não pública na qual os indivíduos são livres para se dedicarem às suas atividades de forma protegida dos outros, ou seja, removida da esfera pública. Por conseguinte, privacidade é uma concepção mais restrita que liberdade [...] Salvar a privacidade, portanto, é uma forma de proteção da liberdade individual e, por isso, a privacidade é fundamental para a liberdade. (LANGE, 2009, p. 576). Tradução livre.

Verificam-se, pois, vários desdobramentos de proteção ao *right to privacy*: “dependendo do contexto legal, privacidade pode referir-se à reclusão física, sigilo das informações ou capacidade de alguém tomar suas próprias decisões fundamentais” (LANGE, 2009, p. 576).

Cunha Jr (2013, p. 687) ratifica que o direito norte-americano compreende o direito à privacidade como “o direito de toda pessoa **tomar sozinha as decisões** na esfera da sua vida

privada”, preferindo-se, pois, traduzir o *right to privacy* como *direito constitucional à autonomia privada*.^{30,31}

Por se referir à capacidade de tomar suas decisões fundamentais sem a interferência do Estado, assentando-se no direito à liberdade, o **direito constitucional à autonomia privada** desdobra-se em várias acepções, inclusive, àquelas relacionadas ao direito de morrer:

O direito constitucional à privacidade **atualmente** protege a liberdade do indivíduo de não desejar e não autorizar intrusões do governo em domínios como a reprodução humana, relações familiares, sexualidade, **decisões sobre morrer**, autonomia pessoal e informação pessoal. A Suprema Corte já esclareceu que o direito à privacidade não é absoluto, desde que o governo tenha um grau de interesse legítimo em cada uma dessas esferas. A extensão da privacidade de alguém se submete a discussões constitucionais permanentes e continua a ser definida e modificada pelas leis e pela interpretação constitucional. (LANGE, 2009, p. 576). Tradução livre. Grifado.

Ora, se há proteção jurídica ao direito de decidir questões fundamentais ligadas à terminalidade humana, um paciente em estado terminal e em grande sofrimento por causa de uma doença incurável não poderia ser forçado a continuar a viver com dor e desespero. Na época, entretanto, não se reconhecia o direito de a vítima morrer se assim desejasse. Tal dever de viver, consoante Kutner (1969, p. 542), violava o direito individual à autonomia privada.

1.1.3 Solução proposta: elaboração prévia de um *testamento vital*

Ante a violação ao devido processo legal e ao direito constitucional à autonomia privada, Kutner propôs a criação de um documento, denominado de testamento vital, no qual o paciente autorizaria a recusa de tratamento médico, caso se encontrasse numa situação incurável e irreversível, de modo a evitar o prolongamento do seu sofrimento.

Como nenhum paciente poderia ser submetido à tratamento médico sem o seu consentimento, exceto em risco iminente de morte, Kutner (1969, p. 550-551) vislumbrou a

³⁰ O direito constitucional à autonomia privada funda-se no artigo 5º, II, da CF/88: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

³¹ Conclui-se, portanto, que o *supra* citado *right of privacy* tem sentido mais amplo no direito norte-americano que no direito constitucional brasileiro, sendo melhor traduzido como direito constitucional à autonomia privada.

possibilidade de “o paciente permitir a morte em virtude da inação médica” caso, por exemplo, submetido a uma cirurgia eletiva.

Entretanto, caso o paciente não tivesse a oportunidade de dar o seu consentimento devido a um acidente, derrame ou parada cardíaca, poderia manifestar a sua vontade de recusa de tratamento médico, elaborando um documento chamado “‘testamento vital’, ‘declaração determinando o fim da vida’, ‘testamento permitindo a morte’, ‘declaração de autonomia do próprio corpo’, ‘declaração para terminar tratamento’” (KUTNER, 1969, p. 551).

Assinado por duas testemunhas, Kutner (1969, p. 552-3) acrescenta que o testamento vital seria revogável a qualquer tempo e restringir-se-ia a pacientes adultos com capacidade para declarar a sua vontade. Não poderia, finalmente, ser utilizado para autorizar a eutanásia, permitindo-se apenas a inação do médico para a ocorrência da morte natural do paciente.

1.2 As diretivas antecipadas de vontade nos Estados Unidos da América

Após a publicação do artigo de Kutner, em 1969, a então associação americana *Euthanasia Educational Council*, posteriormente chamada de *Concern for Dying*, distribuiu milhares de exemplares desse documento, difundindo as ideias de Kutner (KENIS, 2003c, p. 542).

Posteriormente, em 1976, o Estado da Califórnia aprovou a *Natural Death Act*, a primeira lei a legitimar os testamentos vitais, ao autorizar a suspensão do tratamento num doente em fase terminal cuja morte é iminente e que manifestou previamente a sua vontade nas formas previstas naquela lei (KENIS, 2003c, p.542).³²

A partir de 1990, com a promulgação da *Patient Self-Determination Act* (PSDA)³³, passou-se a exigir nos Estados Unidos que os hospitais e as instituições de cuidados em saúde que participavam dos programas federais *Medicare* e *Medicaid* fornecessem a todos os doentes, no momento da admissão na instituição ou do início do tratamento do domicílio, um documento

³² Desde então, os cinquenta Estados americanos e o Distrito de Columbia promulgam leis que legalizaram o testamento vital e a procuração em matéria de saúde³² (KENIS, 2003c, p. 542).

³³ Segundo Ruth Heitz (2007, p. 344), o caso de Nancy Cruzan, julgado em 1990, ajudou a deslanchar a promulgação da Lei Federal de Auto-Determinação do Paciente.

que enumerasse os seus direitos, incluindo-se: o direito de recusar um tratamento, o direito de redigir um testamento vital e o direito designar um mandatário (KENIS, 2003c, p.542).

A PSDA, portanto, foi concebida para reconhecer o direito de um paciente que deseje recusar ou aceitar determinado tratamento médico, capacitando os pacientes, salvaguardando a sua autonomia e preservando a sua autodeterminação, entre outros (WILKINSON, WENGER, et. al., 2007).³⁴

Verifica-se, pois, que a publicação do artigo de Kutner representou um marco para o surgimento e posterior desenvolvimento das diretivas antecipadas de vontade (do inglês, *advance health care directives*), que podem ser definidas como “instruções orais ou escritas em que as pessoas declaram suas preferências de tratamento de saúde no caso de perderem a capacidade de tomada de decisão” (FISCHER; TULSKY; ARNOLD, 2003, p. 74), ou seja:

São instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas aos tratamentos que deseja ou (mais frequentemente) que recusa receber no fim da vida, para o caso de se tornar incapaz de exprimir as suas vontades ou de tomar decisões por e para si própria (KENIS, 2003a, p. 235).³⁵

A doutrina norte-americana aponta dois tipos de diretivas antecipadas de vontade.

O primeiro é o testamento vital – em inglês, *living will* (KUTNER, 1969), ou em italiano, *testamento biológico* (SEMINARA, 2011) – que consiste em “instruções escritas redigidas para os médicos” (KENIS, 2003a, p. 235). Embora tenha sido criticada por ser uma antinomia, essa terminologia encontra-se atualmente difundida:

A expressão foi criticada [...] mas o uso consagrou-a porque confere um caráter solene a esse documento que, como um vulgar testamento, contém cláusulas ou disposições exprimindo as vontades que o signatário pretende ver respeitadas, não após a morte, mas enquanto se encontra vivo (KENIS, 2003b, p. 621).

³⁴ Da mesma forma que nos Estados Unidos, existem leis em vários Estados do Canadá e da Austrália. Igualmente, os cantões de Neuchâtel e de Valais votaram, em 1995 e 1996, respectivamente, leis sobre a representação terapêutica. Na Grã-Bretanha, a *Select Committee on Medical Ethics* da Câmara dos Lordes, em 1994, embora recomende a utilização das diretivas antecipadas, considera inútil uma legislação sobre a matéria (KENIS, 2003c, p. 542).

³⁵ Segundo Kenis (2003b, p. 621), a maioria das pessoas que antecipam tais instruções “é motivada pelo medo da obstinação terapêutica e pela preocupação de morrer com dignidade ou, mais precisamente, pelo desejo de evitar uma agonia prolongada”.

O segundo tipo de diretivas antecipadas é a procuração com poderes em matéria de saúde – do inglês, *durable power of attorney* ou *health care proxy* (FISCHER, TULSKY, ARNOLD, 2003) – que são “instruções dadas oralmente ou por escrito a uma pessoa de confiança (terceiro competente) formalmente encarregada pelo mandante de o representar, a fim de tomar, em seu lugar, as decisões respeitantes aos cuidados médicos” (KENIS, 2003a, p. 235).³⁶

Evidentemente, as duas formas de diretivas antecipadas – testamento vital e procuração em matéria de saúde – podem ou não estar associadas, variando de acordo com o significado empregado a cada terminologia.³⁷

1.3 As diretivas antecipadas de vontade no Brasil

A legitimidade das diretivas antecipadas de vontade no Brasil pode ser atribuída ao esforço do Conselho Federal de Medicina em regulamentar a matéria via resolução e em defendê-la perante a Justiça Federal, após questionamento da sua constitucionalidade e legalidade em Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público Federal,

A seguir, serão apresentados os termos dessa resolução (item 2.8.1), bem como o reconhecimento da sua validade jurídica em território nacional (item 2.8.2).

1.3.1 A regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina

Em 31 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução CFM n. 1995, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade.

³⁶ Kenis (2003b, p. 621) acrescenta que outras expressões foram propostas com esse sentido de *mandato em matéria de saúde* – tais como: representação terapêutica, delegação de autoridade noutra pessoa, mandato devido à incapacidade, etc. No entanto, ressaltou que nenhuma delas se impôs realmente e que, de fato, todos esses termos foram criados para indicar “um documento que atribui poderes a um mandatário para tomar decisões em matéria de saúde em nome e por conta do mandante quando este deixe de estar em condições de exprimir a sua vontade”.

³⁷ Para Singer, por exemplo, o testamento vital é composto necessariamente por duas partes: a procuração e as diretivas antecipadas, porque ambas são complementares (UNIVERSITY OF TORONTO). Logo, esse autor atribui ao testamento vital o sentido aqui apontado como diretivas antecipadas. Por outro lado, Kenis (2003c, p. 542) esclarece que a *proxy* associa-se ao *living will*, quando ela elege um mandatário para zelar pelo cumprimento do testamento vital. De outro modo, ela não se relaciona com o testamento vital quando confere ao mandatário o poder de tomar toda e qualquer decisão em seu lugar.

Trata-se de uma resolução pequena com apenas três artigos, *in verbis*:

RESOLUÇÃO CFM N. 1.995, de 31 de agosto de 2012

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

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

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

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

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

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

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

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

Da leitura desta resolução, especialmente do seu art. 1º, depreende-se que as diretivas antecipadas são compreendidas como declarações de vontade do paciente.

Ademais, verifica-se que produzirão seus efeitos somente quando o paciente não puder mais exprimir a sua vontade (art. 1º e art.2º, *caput*).

Já a expressão “levará em consideração” ressalta a autonomia do médico responsável pelo paciente, que não se submeterá invariavelmente as diretrizes dispostas no testamento, apenas considerando-as no processo de tomada de decisão sobre o tratamento de saúde (art. 2º, *caput*). Destaca-se que tal concepção encontra respaldo na literatura sobre ética clínica que recomenda a *shared decision making*: o processo de tomada de decisão médica deve ser compartilhado entre a equipe de saúde e o paciente (LEBBER, 2003, p. 331).

Na sequência, o §1º do art. 2º determina, nos moldes anteriores, que as informações do representante designado para tal fim também serão levadas em consideração da tomada de decisão médica. Nesse ponto, a resolução reconhece a figura do mandato duradouro em matéria de saúde ou simplesmente *proxy*.

O §2º do art. 2º, novamente, reafirma a autonomia do médico em relação as diretrizes antecipadas elaboradas pelo paciente. Dessa forma, prescreve-se que as diretivas antecipadas não poderão versar, por exemplo, sobre: eutanásia, suicídio assistido e distanásia.

Ante a inovação do CFM em normatizar as diretivas antecipadas de vontade, o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública (ACP) – Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500/Classe: 7100 – na seção judiciária do Estado de Goiás, alegando a inconstitucionalidade e ilegalidade desta Resolução.

Contudo, em 21 de fevereiro de 2014, o Juiz Federal Substituto, Dr. Eduardo Pereira da Silva, julgou improcedente o pedido desta ACP por entender que o CFM não extrapolou as suas funções de regulação da profissão médica:

Dado o vazio legislativo, as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico. E o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº 3.268/57.

A Resolução CFM nº 199/2012 apenas regulamenta a conduta médica perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar sem possibilidade de exprimir sua vontade.

A resolução tem efeito apenas na relação ético-disciplinar existente entre os Conselhos de Medicina e os médicos, mas não tem o condão de criar direitos ou obrigações, sobretudo nas esferas cível e penal [...]

Daí porque não há que se falar em extrapolação do poder regulamentar de direitos de personalidade (direito civil), condições para o exercício da profissão, saúde e seguridade social, a ser feita pela via legislativa (Congresso Nacional). (GOIÁS, 2014, p. 6).

Ademais, nesta sentença, reiterou-se ainda que a Resolução CFM n. 1995/2012 é compatível com a autonomia da vontade, com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o preceito constitucional que veda a submissão a tratamento desumano e degradante consoante os arts. 1º, III e 5º, III, da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

1.3.2 A validade jurídica das diretivas antecipadas de vontade no Brasil

Diante da falta de legislação específica regulamentando as diretivas antecipadas de vontade, discute-se a validade jurídica destes institutos.

Na Argentina, por exemplo, durante o julgamento do caso M.D.C.S., em 2005, em que o marido requereu a interrupção da alimentação e hidratação artificiais de uma mulher de 38 anos que se encontrava em estado vegetativo persistente há cinco anos, os magistrados da

Suprema Corte de Buenos Aires divergiram quanto à validade jurídica do testamento vital e da *proxy* (BOSTIANCIC; PENALVA, 2010. p. 183).

Majoritariamente, os juízes foram favoráveis à validade jurídica do testamento vital: “o paciente (...) pode exteriorizar sua vontade inequívoca de que chegado esse momento se interrompam as medidas de sustentação artificial e se permita que o processo final [da morte] se desenvolva naturalmente” (BOSTIANCIC; PENALVA, 2010. p. 183).

Por outro lado, a maior parte dos juízes não reconheceu a validade jurídica do mandato duradouro, pois não se encontra permitido, no direito positivo argentino, transferir uma decisão tão extrema – como a de suspender a hidratação e a alimentação artificial – que levaria a morte a um sujeito distinto do próprio afetado (BOSTIANCIC; PENALVA, 2010. p. 184).

No Brasil, em novembro de 2011, durante a V Jornada de Direito Civil, evento organizado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), órgão especial que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), elaborou-se um enunciado interpretativo do Código Civil, no qual se reconheceu a validade jurídica das diretivas antecipadas de vontade:

Enunciado 528. Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857. É **válida** a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “**testamento vital**”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade (JORNADAS DE DIREITO CIVIL, 2012. p. 82). Grifado.

Do enunciado, depreende-se que tanto a *proxy* quanto o testamento vital encontram respaldo jurídico no Código Civil brasileiro, respectivamente:

Art. 1.729. O direito de nomear **tutor** compete aos pais, em conjunto.
Parágrafo único. A **nomeação** deve constar de testamento ou de **qualquer outro documento autêntico**. (Grifo nosso).
[...]
Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.
§ 2º São **válidas** as **disposições testamentárias de caráter não patrimonial**, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado. (Grifo nosso).

Dessa forma, consoante Gama e Bartholo (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2012, p. 306), vislumbra-se a possibilidade de o testamento, enquanto negócio jurídico personalíssimo e ato de última vontade de uma pessoa, ser adotado para fins de determinação dos cuidados de saúde que deseja ou não receber em caso de ulterior doença terminal que o impeça de externar, validamente, a sua vontade com base no §2º do art. 1.857 do Código Civil.

Infere-se, igualmente, a possibilidade de utilização do mandato dourado com poderes em matéria de saúde com fundamento no parágrafo único do art. 1.729 do Código Civil.

Superada a discussão sobre a possibilidade de elaboração das diretivas antecipadas no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se relevante analisar os requisitos de validade dos negócios jurídicos para que possam produzir efeitos *in concreto*.

O art. 104 do Código Civil estabelece como requisitos de validade dos negócios jurídicos: “I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”. (BRASIL, 2014, p. 159).

Em relação ao primeiro requisito, a concepção inicial do *living will* por Kutner (1969, p. 552), em 1969, já exigia a capacidade do agente: “O testamento vital somente pode ser feito por uma pessoa capaz de dar o seu consentimento para o tratamento. Uma pessoa que é menor de idade ou adulto incapaz não pode fazer tal declaração”.

Dessa forma, por ser uma expressão da autonomia privada de indivíduo, exige-se a capacidade civil para elaboração das diretivas antecipadas de vontade, pois somente os adultos capazes de exercer a sua vontade conseguem exprimir com plenitude a sua autonomia (KUTNER, 1969, p. 553).

Quanto ao conteúdo das diretivas, segundo requisito, o Código Civil exige que o seu objeto seja lícito, possível e determinado ou determinável. Nesse ponto, faz-se necessário verificar se o testamento vital pode versar sobre ortotanásia, eutanásia, suicídio assistido e distanásia.

Etimologicamente derivada do grego – *eu* (boa) e *thanatos* (morte) – a primeira acepção da palavra eutanásia significa “boa morte, morte doce, sem sofrimento”. Atualmente, entretanto, designa o ato de provocar a morte por compaixão num doente incurável, pondo fim ao seu sofrimento (KENIS, 2003d, p.353).

Conforme o relatório “Final de vida, terminando a vida, eutanásia” do Comitê Consultivo Nacional de Ética da Saúde e Ciências da Vida da França, a eutanásia pode ser definida como “um ato de terceira pessoa para pôr deliberadamente fim à vida de alguém com uma intenção de acabar com uma situação julgada insuportável” (*apud* PESSINI, 2004, p. 112).

Logo, por se tratar de abreviação da vida, a eutanásia é tipificada como crime de homicídio privilegiado (art. 121, §1º, do Código Penal brasileiro).

Também com a finalidade de abreviar a vida do paciente, encontra-se o suicídio assistido. Contudo, esta conduta tipificada como crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, no art. 122 do Código Penal, não se confunde com a eutanásia:

Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge diretamente a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro. (RIBEIRO, s/d, *online*).

Por outro lado, a ortotanásia – *orthos* (correto) e *thanatos* (morte) – que significa, etimologicamente, morte no momento correto – não é considerada crime. Segundo Villas-Bôas (2008, p. 62), “a ortotanásia se efetiva mediante *condutas médicas restritivas*, em que se limita o uso de certos recursos, por serem medicamente inadequados e não indicados *in casu*”.

Tal prática foi regulamentada pela Resolução n. 1.805 do Conselho Federal de Medicina, publicada em 28 de novembro de 2006, nos seguintes termos: “Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (CFM, 2006, *online*).

A legalidade dessa resolução também foi questionada judicialmente na Ação Civil Pública, Processo n. 2007.34.00.014809-3, ajuizada pelo Ministério Público Federal logo após a sua publicação. Ao julgá-la improcedente, em 2010, o Juiz da 14ª Vara da seção judiciária do Distrito Federal conferiu legitimidade à prática da ortotanásia em todo o Brasil, ratificando, portanto, a licitude do seu objeto.³⁸

Ademais, vale ressaltar que a ortotanásia busca evitar a distanásia que, de modo contrário à prática da eutanásia e do suicídio assistido, consiste no prolongamento do momento da morte natural não obstante a futilidade do tratamento médico e do sofrimento despendido:

A distanásia corresponde à obstinação ou encarniçamento terapêuticos. O termo tratamento fútil (ou futilidade terapêutica) advém do inglês *medical futility* e é mais utilizado nos países anglo-saxônicos, especialmente nos Estados Unidos da América. Obstinação terapêutica, por sua vez, é a nomenclatura adotada pelos países europeus e se origina do francês *l'acharnement thérapeutique* (também traduzido como encarniçamento terapêutico), expressão surgida na década de 50 para indicar o comportamento médico que consiste em utilizar processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que os efeitos do mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível e

³⁸ Vale esclarecer que, ao proferir a sentença, o Juiz conferiu efeitos *erga omnes*. (JFDF, Processo n. 2007.34.00.014809-3).

o benefício esperado, menor que os inconvenientes previsíveis. (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 68).

Por isso, Villas-Bôas (2008, p. 68) defende que essas condutas de obstinação terapêuticas são consideradas fatos típicos, uma vez que representam lesão à integridade física do paciente, devendo, portanto, ser combatidas.

Verifica-se, pois, que a única prática lícita e possível de ser objeto de um testamento vital é a ortotanásia.

Nesse mesmo sentido, Kutner, em 1969, assentou que o testamento vital não poderá ser utilizado para autorizar a prática da eutanásia:

Ainda que um paciente possa determinar o tipo de tratamento médico que deseja receber, ele não pode utilizar o testamento vital como instrumento para autorizar um médico ou outro indivíduo a abreviar a sua vida (...) A função básica da lei é proteger a vida humana. Por causa dessa possibilidade, se o crime por misericórdia fosse permitido sem controle judicial, um indivíduo poderia ser morto contrariamente a sua vontade (...) O direito à vida é fundamental e a possibilidade de algumas pessoas serem assassinadas contra a sua vontade significa que a eutanásia não pode ser tolerada. Portanto, um médico não pode ser autorizado a agir afirmativamente a acabar com a vida de um paciente. Ele pode, contudo, ser autorizado a agir passivamente por inação. (KUTNER, 1969, p. 553). Grifado.

Embora Kutner não fale em ortotanásia, depreende-se, indubitavelmente, que se trata de tal conduta médica restritiva.

Por derradeiro, resta analisar o terceiro requisito de validade dos negócios jurídicos: a forma prescrita ou não defesa em lei.

Como não há uma legislação específica sobre as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, não há uma forma legal exigida.

Nesse sentido, Laura Scalldaferri Pessoa, nos Anais da V Jornada de Direito Civil (2012, p. 305), assevera: “Por não vigorar, quanto aos atos jurídicos, o princípio da tipicidade, os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não contempladas em lei, contanto que tal não venha a afrontar o ordenamento”.

Igualmente, como base no art. 107 do Código Civil, destaca, ainda, que os atos jurídicos, em geral, independem da forma, exceto quando a lei expressamente eleja alguma. Em tese,

portanto, a forma das diretivas antecipadas seria livre, visto que não há lei que contemple qualquer solenidade para sua elaboração (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2012, p. 305).

A despeito dessa regra geral da liberdade das formas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao realizar a I Jornada Nacional da Saúde, nos dias 14 e 15 de maio de 2014, ocasião em que foram debatidos problemas relacionados à judicialização da saúde, recomendou o seguinte:

ENUNCIADO N. 37: 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. (JORNADA NACIONAL DA SAÚDE, 2014). Grifado.

Pelo exposto, conclui-se que, ante a inexistência de prescrição legal quanto à forma das diretivas antecipadas de vontade, qualquer manifestação pessoal, verbal ou escrita, sobre os cuidados e/ou condutas médicas restritivas que uma pessoa maior e capaz deseja ou não deseja receber quando estiver impossibilitado de manifestar a sua vontade será considerada juridicamente válida.

2 DIÁLOGO ENTRE A TEORIA DOS REFERENCIAIS DA BIOÉTICA E A TEORIA DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS

Para analisar os conflitos judiciais relacionados ao direito de morrer, objetivo principal dessa pesquisa, torna-se necessária uma prévia explanação sobre os referenciais teóricos que nortearam tal discussão.

Em razão disso, esse capítulo dedica-se a apresentação da **teoria dos referenciais da bioética** (*vide* item 3.1) e da **teoria dos direitos fundamentais** (*vide* 3.2) e, posteriormente, do **diálogo aplicado entre a bioética e os direitos fundamentais como técnica de solução de conflitos** (*vide* 3.3).

2.1 A teoria dos referenciais da bioética aplicada à solução de conflitos

Em 1962, o bioquímico norte-americano Van Rensselaer Potter II – professor emérito de oncologia da Universidade de Wisconsin – ministrou a palestra “Ponte para o futuro: o conceito de progresso humano”³⁹, posteriormente publicada no *Journal of Land Economics*, em evento comemorativo aos alunos da *South Dakota State University*.⁴⁰

Nessa apresentação, Potter (1962, p. 6) questionou, a partir das concepções de progresso, o avanço materialista das ciências e da tecnologia na cultura ocidental, advertindo que “ciência é conhecimento, mas não é **sabedoria**. Sabedoria é o conhecimento de como usar a ciência e de como balanceá-la com outros conhecimentos”⁴¹.

Assim, especialmente após as duas grandes guerras mundiais, preocupado com a sobrevivência da espécie humana frente os avanços biotecnológicos, Potter (1962, p. 8) propôs

³⁹ Tradução livre de: “*Bridge to the future: the concept of human progress*”.

⁴⁰ Na oportunidade, comemorava-se o centenário de inauguração do sistema *land-grant*, assinado por Abraão Lincoln em 1869.

⁴¹ Para justificar o seu pensamento Potter (1962, p. 6) citou Albert Schweitzer que explica: “Nossa era descobriu como divorciar o conhecimento do pensamento, com a consequência de que temos, de fato, a ciência livre, mas dificilmente uma ciência que reflete”. Tradução livre.

a construção de um **novo saber** a partir da combinação das ciências biológicas com os valores humanos. Nesse sentido, afirmou:

A concepção científico-filosófica do progresso que priorize, a longo prazo, a **sabedoria** é o único tipo de progresso que pode levar à sobrevivência [...] Somente pela combinação de um conhecimento das ciências e das humanidades nas mentes humanas é que nós podemos ter a esperança de construir uma “Ponte para o Futuro”.⁴² (POTTER, 1962, p. 8). Grifo nosso.

Após oito anos de desenvolvimento da sua teoria, Potter denominou então esse **novo saber** de Bioética, justificando-a no artigo *Bioethics, Science of Survival* em 1970, replicado no primeiro capítulo de seu livro *Bioethics: the Bright to the Future*, em 1971:

Como indivíduos, nós falamos do ‘instinto de sobrevivência’, mas a soma total de todos os nossos instintos individuais para sobrevivência não é suficiente para garantir a sobrevivência da raça humana na forma que qualquer um de nós aceitaria voluntariamente. Um instinto para sobrevivência não é suficiente. Nós devemos desenvolver uma ciência da sobrevivência e devemos começar com um novo tipo de ética – Bioética. (POTTER, 1971, p. 3). Grifo nosso.

Assim, a palavra *BioÉtica* foi idealizada, inicialmente por Potter (1971, p.1), como uma **ponte** entre dois saberes incomunicáveis: Ciências e Humanidades, ou seja, entre ciências biológicas e *ética*.⁴³

2.1.1 O principlismo como técnica de solução de conflitos da biomedicina

De forma praticamente simultânea à formulação da teoria da bioética por Potter, em 1971, fundava-se o **Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics**, vinculado à *Georgetown University*, em Washington D.C., cuja organização foi concebida em três centros: *Center for Bioethics*, *Center for Population Research* e *Laboratories for Reproduction Biology*.

⁴² Tradução livre de: “*the scientific-philosophic concept of progress which places its emphasis on long-range wisdom is the only kind of progress that can lead to survival (...) Only by combining a knowledge of the sciences and of the humanities in the minds of individual men can we hope to build a ‘Bridge to the Future’*”.

⁴³ Vale esclarecer que a evolução da teoria de bioética, segundo Potter (1998, p. 370-3), passou por três estágios, compreendendo desde a criação do neologismo à sua estruturação doutrinária. A primeira fase foi denominada de *Bioética Ponte*; a segunda, de *Bioética Global*; e a terceira e última, de *Bioética Profunda*.

O programa de bioética desse Instituto, consoante o médico e filósofo André Hellegers, foi concebido ante a necessidade de produção de “conhecimento especializado no campo novo e em crescimento dos problemas éticos da medicina [...] relacionados à engenharia genética, transplantação e ao emprego de meios extraordinários para prolongar a vida”, entre outros (BISHOP; MCCARRICK, 2003, p. 456).

Comparado ao modelo de Potter, a bioética de Georgetown afirmou-se como um novo campo interdisciplinar de ética aplicada às ciências da vida e da saúde, ou de forma mais reducionista, aos fenômenos da biomedicina (SCHRAMM, 1997, p. 101).

Não obstante o duplo nascimento da bioética, constatada por Warren Thomas Reich (1995, p. 19) – primeiro editor da *Encyclopedia of Bioethics* – o modelo de bioética de Georgetown tornou-se mais conhecido que o de Potter nas duas primeiras décadas de sua existência (SCHRAMM, 1997, p. 101), em razão, entre outros motivos⁴⁴, do grande impacto das divulgações dos resultados de pesquisas médicas realizadas em pessoas em situação de vulnerabilidade social.⁴⁵

Portanto, segundo Pessini (2013, p.9), “na origem da reflexão ética principialista norte-americana [ligada ao modelo de bioética de Georgetown] está a preocupação pública com o controle social da pesquisa com seres humanos”, culminando com a criação de uma Comissão, em 1974, **The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research**, cuja finalidade era a elaboração de um documento ético-jurídico regulador dessas experimentações.

Em 1978, tal Comissão concluiu o seu trabalho, propondo um modelo de ética em pesquisa baseada em três princípios globais: o respeito pelas pessoas (ou autonomia), a

⁴⁴ Além disso, Bishop e Mccarrick (2003, p. 457-458) justificam ainda a prevalência dessa teoria da bioética, entre outros motivos, em razão da sua institucionalização enquanto disciplina acadêmica pela *Georgetown University* e da sua sistematização com a criação do *National Reference Center for Bioethics Literature* (NRC) – ligada à biblioteca do *Kennedy Institute*, responsável pela mais rica compilação de documentos e bibliografias em ética médica do mundo – e da base de dados temática *Bioethicsline*.

⁴⁵ Pessini (2013, p. 9-10) destaca três casos em que a opinião pública foi mobilizada: “1) Em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em idosos doentes; 2) entre 1950 e 1970, no Hospital estadual de Willowbrook (NY), injetaram hepatite viral em crianças retardadas mentais; 3) desde os anos 1940, mas descoberto apenas em 1972, no caso de *Tuskegee study* no estado do Alabama, foram deixados sem tratamento 400 negros sífilíticos para pesquisar a história natural da doença. A pesquisa continuou até 1972, apesar da descoberta da penicilina em 1945”.

beneficência e a justiça. Somente em 1979, o documento final – **Belmont Report** – foi publicado.⁴⁶

A partir daí, Tom L. Beauchamp, um dos membros da Comissão, e James F. Childress remodelaram o sistema de princípios éticos do Relatório Belmont de modo a ampliar a sua aplicação para o campo da prática clínica e assistencial.

Assim, conceberam uma corrente metodológica, posteriormente denominada de **Principlismo**, consagrada na obra *Princípios da ética biomédica*⁴⁷, cuja segunda edição foi publicada em 1979, agora com quatro princípios: o respeito pelas pessoas (ou autonomia), a beneficência e a justiça.

O **princípio da autonomia** estipula que “qualquer ato que tenha consequências para outrem seja subordinado ao consentimento [livre e esclarecido] da pessoa envolvida”. Dessa forma, esse princípio injeta valores próprios do doente na deliberação ética, contrapondo-se à tradicional abordagem paternalista da relação médico-paciente, bem como reivindica a expressa anuência do sujeito investigado como condição legítima para a realização da pesquisa clínica.

A atenção ao **princípio da beneficência** na reflexão e deliberação ética pressupõe que “a ação [médica] deve tender para a realização do bem [do sujeito envolvido], tendo em consideração a concepção do bem de outrem” (ENGELHARDT, 2003, p. 88). Assim, destina-se a assegurar a produção de benefícios na prática médica.

Como desdobramento especial desse princípio, formulou-se o **princípio da não maleficência**, cuja origem remota ao famoso preceito hipocrático *primum non nocere* e suscita o equilíbrio positivo da relação risco-benefício. Para Engelhardt (2003, p. 88-9) esse princípio “impõe a obrigação de garantir que os benefícios de uma ação [médica] superem os malefícios”.

Consoante os ditames da bioética, o **princípio da justiça** exprime “a obrigação de repartir de maneira equitativa os recursos médicos” (BENAROYO, 2003, p. 536). Logo, no âmbito da saúde, a justiça refere-se às questões de equilíbrio distributivo: acesso igualitário aos

⁴⁶ Não obstante **The Belmont Report** original tenha sido emitido aos órgãos governamentais com a data de 30 de setembro de 1978, sua publicação ocorreu no dia 18 de abril de 1979.

⁴⁷ Vale esclarecer que, embora tais princípios tenham sido veiculados por seus criadores como princípios da ética biomédica, como se observa no título do próprio livro, a grande repercussão desta obra resultou na atribuição de tais princípios como sendo os princípios da própria Bioética.

serviços de saúde, políticas de saúde inclusivas (como, por exemplo, aquelas direcionadas às gestantes, aos idosos), etc.

Esse livro, reeditado várias vezes, foi considerado o texto de referência mais influente do movimento bioético norte-americano (BENAROYO, 2003, p. 537) e é tido como a “principal fundamentação teórica do novo campo da ética biomédica” (PESSINI, 2013, p. 11).

Segundo Benaroyo (2003, p. 537), o principialismo, tradução literal do termo inglês *principlism*, foi construído a partir da busca de um núcleo consensual de princípios morais mínimos que respeitasse o pluralismo social – característico da sociedade norte-americana da década de 70 – ou seja, as diversas comunidades ideológicas, filosóficas e religiosas.

Dessa forma, a ponderação de quatro princípios fundamentais foi o método utilizado para a solução dos conflitos éticos suscitados no campo da biomedicina.

2.1.2 A teoria dos referenciais da bioética proposta por William Saad Hossne

A teoria dos referenciais da bioética, proposta e desenvolvida por William Saad Hossne (2006, p. 674-5), surgiu, no Brasil, como uma crítica ao **principialismo**.

Como dito, o principialismo consiste em um método de solução de conflitos da ética biomédica – na esteira do modelo de bioética de Georgetown – que reúne a aplicação “de uma série de princípios muito gerais, e praticamente consensuais, de uma determinada comunidade moral, aos casos concretos para avaliar, de forma racional e imparcial, sua moralidade” (SCHRAMM, 1997, p. 101).

Dessa forma, os conflitos éticos suscitados no campo da biomedicina seriam solucionados mediante a aplicação de quatro princípios universais: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Na década de 90, entretanto, essa corrente teórica foi objeto de inúmeras críticas:

Desenvolveram-se nos anos 90, tanto na Europa como no continente norte-americano, tentativas de renovação do paradigma bioético no campo da prática médica. Para além da abordagem procedimental que orienta este paradigma para uma estratégia decisional, a crítica ao *principialismo* esforça-se por conceder uma atenção permanente aos agentes da moralidade médica, quer como indivíduos, quer simultaneamente, como atores sociais e políticos. Uma das facetas desta crítica – que

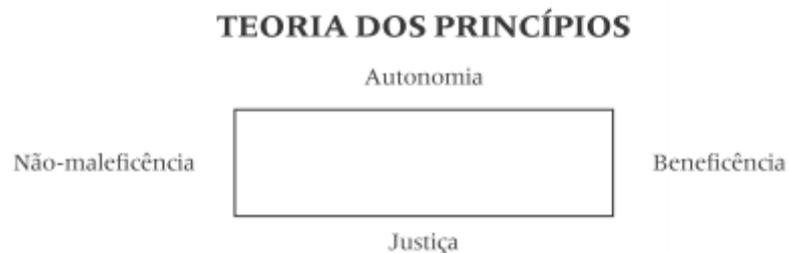
assume a denominação de ética clínica nos escritos de Edmund D. Pellegrino, de David C. Thomasma e dos seus discípulos norte-americanos – baseia-se na ideia segundo a qual as diversas formas de práticas médicas comportam uma dimensão moral intrínseca que deve ser explicitada no quadro da elaboração de uma ética dos cuidados. **Outra faceta da crítica ao *principialismo***, de quem um dos principais representantes na Europa é Henk ten Have, esforça-se por ter em consideração 1) as diversas formas de normatividade subjacentes ao juízo médico, e 2) a maneira como se articulam as diversas modalidades desse juízo em função do tipo de práticas, tendo em vista avaliar como conciliar a atenção concedida à especificidade da moralidade própria da prática médica com a abordagem universal dos princípios da bioética (BENAYORO, 2003, p. 538). Grifo nosso.

Nessa esteira, Hossne (2006, p. 674) demonstrou que esses quatro princípios são relevantes apenas para um dos campos de atuação da Bioética, a ética Biomédica⁴⁸, e que, mesmo nesse campo, o método principialista não seria suficiente para o equacionamento ético de todas as suas problemáticas:

Quando analisamos a “teoria principialista ou dos princípios” verificamos que [...] Poder-se-ia representá-la por um quadrado fechado [conforme figura 1 abaixo], dele se excluindo condições, conceitos, compromissos, sentimentos e outras variáveis importantes que surgem no campo da atividade da bioética e que devem ser motivo de ponderação para a opção, fruto de reflexão e juízo crítico (HOSSNE, 2006, p. 674).

A figura 1 *infra* demonstra tal representação:

Figura 1. Representação da Teoria Principialista



Fonte: Hossne (2006, p. 675).

Como tentativa de renovação metodológica, portanto, Hossne (2006, p. 675) propôs a Teoria dos Referenciais da Bioética⁴⁹, representada por um círculo aberto, conforme figura 2

⁴⁸ Segundo Hossne (2006, p. 674), a insuficiência da teoria dos princípios da Bioética fica patente quando aplicada a outros campos da Bioética, como, por exemplo, no campo das ciências da vida e ou das ciências do meio ambiente.

⁴⁹ Hossne (2006, p. 674-5) esclarece que não se trata de uma mera questão de semântica a passagem de “princípios” para “referenciais”: os referenciais, como o próprio nome indica, seriam as pontes de referências para a reflexão bioética, englobando coisas além de direitos e deveres; enquanto que os quatro princípios apontados se limitam a ter uma fundamentação deontológica e ou diceológica (autonomia e beneficência são predominantemente um

abaixo, no qual, dentro dele, estariam os seguintes referenciais: não maleficência, autonomia, justiça, dignidade, solidariedade, fraternidade, confidencialidade, privacidade, vulnerabilidade, responsabilidade, sobrevivência e qualidade de vida.

Figura 2. Representação da Teoria dos Referenciais da Bioética



Fonte: Hossne (2006, p. 675).

Dessa forma, os referenciais estariam livres para a interação que a problemática bioética, a partir do caso concreto, suscitasse: direitos, deveres, valores, compromissos e sentimentos éticos operariam em plena liberdade de atuação pluralista, de forma inter e transdisciplinar, ao agregar as ciências biológicas com os demais ramos do conhecimento, constituindo-se, portanto, o método da Teoria dos Referenciais (HOSSNE, 2006, p. 675).

2.2 A teoria dos direitos fundamentais aplicada à solução de conflitos

Como explicitado, na segunda metade do século XX, os constitucionalistas alemães desenvolveram uma dogmática baseada em uma **nova teoria dos direitos fundamentais** (*vide* item 2.2.1).

direito; não maleficência é predominantemente um dever; e, justiça é um dever e um direito). Por isso, tornar-se-ia difícil a inserção de outros valores importantes, como a vulnerabilidade, na concepção principialista.

Antes considerados meros programas políticos, os direitos fundamentais passaram a ter caráter normativo e, como tal, a entrar em rota de colisão. Nesse sentido, **Robert Alexy** disponibilizou critérios metodológicos para a **solução desses conflitos** de princípios (item 2.2.2).

2.2.1 A nova teoria dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, atrelados à proteção da dignidade da pessoa humana, podem ser definidos como “normas jurídicas (...) positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2009, p. 20).

Referem-se, portanto, aos direitos consagrados em uma ordem jurídico-positiva interna. Por sua vez, quando reconhecidos no âmbito internacional, esses direitos passam a ser denominados de direitos humanos (SARLET, 2013, p. 260).

A Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88) adota essa terminologia quando utiliza **direitos fundamentais** para referir-se ao direito interno (como, por exemplo, no Título II e no art. 5º, §1º, da CF/88) e **direitos humanos** para referir-se ao direito internacional (como, por exemplo, no art. 4º, II; no art. 5º, §3º; e, no art. 109, §5º, todos da CF/88).

Segundo Mendes e Branco (2011, p. 157), existem múltiplas concepções filosóficas justificadoras dos direitos fundamentais. Entre elas, destacam-se o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

Consoante o jusnaturalismo, todos os seres humanos possuem direitos inerentes à sua natureza. Logo, esta corrente funda-se na existência de um direito natural preexistente:

Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. (BARROSO, 2001, p. 13).

Inserido inicialmente num ambiente teológico, o dogmatismo medieval apregoava a origem divina desse direito natural. Contudo, a partir do século XVI, desenvolveu-se um ambiente cultural laico pautado no primado da razão humana. Nesse momento, o jusnaturalismo

moderno, já associado ao iluminismo, foi o combustível das revoluções liberais do século XVIII para o enfrentamento da monarquia absolutista da época. (BARROSO, 2001, p. 13-4).

A crença de que o homem possui direitos naturais, afirmados na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), possibilitou, portanto, a limitação do poder (absoluto) do Estado (BARROSO, 2001, p. 14). Nesse sentido, os direitos naturais foram consagrados no preâmbulo e o art. 2º desta última Declaração ⁵⁰:

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram **declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem**, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: [...]

Art. 2º. **A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.** Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão. (USP, *online*). Grifo nosso.

Em decorrência disso, Dimoulis e Martins (2012, p. 40) afirmam que os direitos fundamentais têm como finalidade a limitação do exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Não obstante a relevância das Declarações de Direitos para a afirmação histórica dos direitos humanos, demonstrada por Comparato (2001, p.57), essas declarações “careciam da necessária força para a efetivação de suas disposições. Não havia meios para assegurar o acatamento dos direitos fundamentais a que elas imprimiam existência, por lhes faltar o indispensável caráter jurídico” (CUNHA JR, 2013, p. 606).

Por consequência, difundiu-se a necessidade de positivação dos direitos fundamentais nas Constituições estatais⁵¹. Segundo Cunha Jr (2013, p. 606), tal fenômeno, denominado de *constitucionalização dos direitos fundamentais*, preceitua que “os direitos fundamentais [...] só

⁵⁰ Vale ressaltar que, para os jusnaturalistas, os direitos fundamentais sempre existiram. Assim, as *Declarações de Direitos* apenas reconhecem os direitos naturais básicos e inalienáveis já preexistentes.

⁵¹ Barroso (2001, p. 16) esclarece que, por ser considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

têm sentido quando positivados na Constituição, uma vez que, sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações e ideias, mas não direitos protegidos sob a forma de normas de direito constitucional”.

Tal fenômeno coadunou-se à outra corrente filosófica, denominada de positivismo jurídico, que, nas primeiras décadas do século XX, tornou-se a filosofia dos juristas. Segundo Barroso (2013, p. 261-3), essa teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de conceitos dogmáticos em busca do *status* científico, exigido no século XIX⁵², almejado pelo Direito.

Como o positivismo filosófico se apresentava como ciência livre de juízos de valor, neutra e rigorosamente científica (BOBBIO, 1995, p. 223-224), a ciência (positiva) do Direito, em nome dessa objetividade científica, “equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça”.

Dessa forma, o positivismo jurídico não reconhecia a existência de direitos naturais preexistentes àqueles criados por uma Constituição. Segundo essa teoria, portanto, os direitos fundamentais são aqueles estabelecidos pelo direito posto, positivados no texto constitucional.

Nesse sentido, oportuno trazer à baila a doutrina assentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 387974/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 14 de outubro de 2003, publicado em 26 de março de 2004:

O Positivismo Jurídico sepultou as especulações metafísicas do Direito. É famosa a afirmação de Bluntschli, para quem, não há Direito vagando pelo espaço, entre as estrelas (*Die neuen Rechtschulen der deutschen Juristen*). Segundo BOBBIO, com base em Kelsen, o Direito é a LEI, sem atividade valorativa, que pertence ao legislador (*El Positivismo Jurídico*, Debate, Madrid, 1993). Essa divisão de atividades, entre o legislador e o aplicador da LEI, é importante para todos, pela estabilidade jurídica que representa. HECK, da Escola de Tubinga, vincula a sujeição do Juiz à Lei para a obtenção da liberdade plena, do direito seguro, uma harmonia completa. Para ele, a LEI é uma preciosa conquista dos povos civilizados (citação de Badenes Gasset, *Metodologia del Derecho*, Barcelona, pg. 231).

Welzel cita Karl Bergbohm, para quem, “se o juiz não adota o ponto de vista de que Direito é só o Direito Positivo, seja qual for o seu conteúdo, se verá envolvido nos conflitos os mais insolúveis”. E prossegue o sobredito autor: “como direito, todo outro Direito que não seja o positivo, é um contra-senso” (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, pg. 539). (STF, 2003, p. 13).

⁵² Segundo Aranha e Martins (1993, p.377-8), tal exigência decorreu de uma forma de pensar denominada de *cientificismo* que, derivada do positivismo, apregoava que “o único conhecimento adequado [verdadeiro] era o científico”. Tal concepção deformada da ciência consistia em torná-la como sistema fechado e definitivo e como solução de todos os problemas.

Em diferentes partes do mundo, entretanto, conforme Barroso (2013, p. 263), “o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos [...] A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”.

Com base nisso, verdadeiras atrocidades à humanidade, acobertadas pela lei, foram cometidas. Durante a Segunda Guerra Mundial, por exemplo, como esclarece Zygmunt Bauman (1989, p. 12), o Holocausto nasceu e foi executado em uma sociedade moderna e racional, no auge do desenvolvimento cultural humano, que possuía um alto estágio de civilização. Por essa razão, embora tenha sido uma tragédia judaica, não foi simplesmente um problema judeu: foi um problema de toda sociedade, de toda civilização e cultura.

Por conseguinte, ao fim dessa guerra, o repúdio à barbárie consumada e legitimada marca o fracasso político do positivismo jurídico:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, **a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.** (BARROSO, 2001, p. 18). Grifo nosso.

Nesse ambiente, tornou-se imprescindível o retorno da Ética e dos valores ao Direito⁵³, promovendo a ascensão do pós-positivismo⁵⁴:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico [...] Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando

⁵³ O retorno dos valores ao Direito é um fenômeno denominado pela doutrina alemã de “virada kantiana”. Nesse sentido, explica Torres (2012, p. 14): “A partir da década de 1970, pela enorme influência exercida no pensamento ocidental pelas obras de K. Larenz e J. Rawls, altera-se o paradigma na teoria geral do direito, na teoria da justiça e na teoria dos direitos humanos (...) A jurisprudência dos valores e a ‘virada kantiana’, com a reaproximação entre ética e direito sob a perspectiva do imperativo categórico, marcam o novo momento histórico da afirmação do Estado Democrático de Direito”.

⁵⁴ Para concretizar esse retorno dos valores ao Direito, inicialmente, buscou-se uma reaproximação com o jusnaturalismo, defendida expressamente por Radbruch. Entretanto, foi John Rawls, com a publicação de sua obra *Uma teoria da justiça*, em 1980, que consolidou essa virada, mediante a inserção dos princípios de justiça no interior da ordem jurídica (BARROSO, 2013, p.270).

deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele **reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade**. (BARROSO, 2001, p.19). Grifo nosso.

Assim, a superação histórica do jusnaturalismo e a decadência do positivismo suscitaram o surgimento do **pós-positivismo**⁵⁵, designação provisória e genérica de uma teoria jurídica que busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, e que procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2013, p. 271).

Dentre as características atribuídas a esse novo paradigma em construção, segundo Barroso (2013, p. 271), incluem-se: (a) diferença qualitativa entre regras e princípios constitucionais; (b) reconhecimento da normatividade aos princípios; (c) elaboração de uma nova hermenêutica, com a reinserção dos valores à interpretação constitucional; e, (d) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana⁵⁶.

Em relação a última característica citada, especificamente, nota-se que a centralidade jurídica da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais pode ser constatada no enunciado do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Considerando que **o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana** e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]

Artigo 1º - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. (USP, *online*). Grifo nosso.

Sarlet (2010, p. 232) esclarece que a dignidade da pessoa humana assume uma feição multidimensional⁵⁷: “costuma-se dignificar (experiência desde fora) aquele que mais e melhor

⁵⁵ Contra o pós-positivismo, cita-se Eros Grau (STF, 2008, p. 6-15) no julgamento da ADPF 144, julgada pelo STF, em 6 de agosto de 2008: “É bom que se diga, mais uma vez, que ninguém está autorizado a ler na Constituição o que lá não está escrito, prática muito gosto dos neo e/ou pós-positivistas, gente que reescreve a Constituição na toada de seus humores (...) Por isso – permitam-me repeti-lo – o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra”.

⁵⁶ Sarlet (2010, p. 233) aponta a dificuldade, exaustivamente destacada na doutrina, de se rastrear ou de se reproduzir uma definição precisa de dignidade da pessoa humana, em virtude da sua natureza polissêmica.

⁵⁷ Bittar (2009, p.301) define dignidade (do latim, *dignitas*) como um atributo que se confere ao indivíduo desde fora e desde dentro. A dignidade tem a ver com o que se confere ao outro (experiência desde fora), bem como com

se dignifica (experiência desde dentro). Nesta situação, a valorização do indivíduo por si mesmo traz como consequência a percepção dos outros sobre seu valor e importância” (BITTAR, 2009, p. 301).

Logo, “só há dignidade quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana” (BITTAR, 2009, p. 302).

A dignidade da pessoa humana cumpre, ainda, uma multiplicidade de funções na ordem jurídica do Estado Constitucional (SARLET, 2010, p. 232). Nesta perspectiva, constitui expressamente um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, nos termos do art. 1º, III, da CF/88.

Conclui-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é expressão de amplo alcance que reúne em seu bojo todo o espectro de direitos humanos, servindo como parâmetro teleológico para as políticas públicas, como sentido hermenêutico para a interpretação das demais normas constitucionais, como fundamento de existência dos direitos humanos e, entre outros, como base para criação de instrumentos protetivos da pessoa humana (BITTAR, 2009, p. 304).

2.2.2 A técnica de solução de conflitos proposta por Robert Alexy

Robert Alexy é Professor Catedrático de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade de Kiel, Alemanha, e um dos juristas alemães mais influentes da atualidade.

Dentre as suas principais obras, destaca-se a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, em que, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ressalta a normatividade das regras e princípios:

o que se confere a si mesmo (experiência desde dentro). A primeira tem a ver com o que se faz, o que se confere, o que se oferta (instrumentos, mecanismos...) para que a pessoa seja dignificada. A segunda tem a ver com o que se percebe como sendo dignidade pessoal, com uma certa auto aceitação ou valorização-de-si, com o desejo de expansão de si, para que as potencialidades de sua personalidade desponham, floresçam, emergindo em direção à superfície. Mas, independentemente do conceito de dignidade própria que cada um possua (dignidade desde dentro), todo indivíduo é, germinalmente, dela merecedor, bem como agente qualificado para demanda-lo do Estado e do outro (dignidade desde fora), pelo simples fato de ser pessoa, independentemente de condicionamentos sociais, políticos, étnicos, raciais, etc.

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regra quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma. (ALEXY, 2012, p. 87).

Por serem espécies do gênero norma constitucional – portanto, toda norma ou é uma regra ou é um princípio – Alexy (2012, p. 90-4) propõe a diferenciação entre regras e princípios⁵⁸.

Princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. São, portanto, *mandamentos de otimização*, com alto grau de generalidade, que podem ser satisfeitos em variados graus (ALEXY, 2012, p. 90).

Por outro lado, regras são normas que, diante da ocorrência de seu suposto fático, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não estabelece um modo gradual para o seu cumprimento: ou ela é satisfeita, ou não é. As regras possuem um modal deontico claro e com alto grau de concretude. (ALEXY, 2012, p. 56)

A diferença entre tais espécies de normas evidencia-se quando ocorre colisão entre princípios⁵⁹ e conflitos entre regras.

Conforme Alexy (2012, p. 92-93), um conflito entre regras só pode ser solucionado por meio da *introdução de uma cláusula de exceção* ou da *declaração de invalidade* de uma delas. Primeiramente, tenta-se introduzir uma cláusula de exceção em uma das regras⁶⁰. Se esse tipo de solução não for possível, uma das regras terá que ser declarada inválida⁶¹ e, por conseguinte, extirpada do ordenamento jurídico pelas técnicas tradicionais já conhecidas: norma especial

⁵⁸ Na prática, a distinção é relevante para que o intérprete ou aplicador do direito eleja a técnica de solução de conflitos que deverá adotar.

⁵⁹ A **colisão de direitos fundamentais**, defendidos por Alexy como princípios, ocorre quando duas normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais antagônicos podem ser aplicáveis numa mesma situação.

⁶⁰ Exemplo de introdução de uma cláusula de exceção: à proteção da regra da coisa julgada material – art. 5º, LXXIV, da CF/88 – adicionou-se a exceção da segunda investigação de paternidade para a realização do exame do DNA, nos termos do Recurso Extraordinário n. 363.889, julgado pelo STF em 2011.

⁶¹ Nos autos do do Recurso Extraordinário n. 363.889, julgado pelo STF em 2011, afirmou-se que se não puder ser introduzida uma exceção à regra e se duas regras válidas aplicáveis ao mesmo caso concreto forem antagônicas, elas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico. Logo, resta a declaração de invalidade de uma delas.

prefere à norma geral (critério da especialidade), norma superior prefere a norma inferior (critério da hierarquia) e norma posterior prefere à anterior (critério da temporalidade).

Diversamente, se dois princípios colidem, um deles tem que ceder, não significando que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que houve a introdução de uma cláusula de exceção. Na verdade, sob determinadas condições, um princípio tem precedência sobre o outro. Alterando-se o caso concreto, muda-se a precedência. Assim, a colisão entre princípios (válidos) é resolvida na dimensão do peso, e não da validade (ALEXY, 2012, p. 93-94), aplicando a técnica do sopesamento ou da *ponderação*,^{62,63} definida como:

O vocabulário ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalanceados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, deverá prevalecer. (PEREIRA, 2006, p. 261).

Segundo Dimoulis et.al. (2012, p. 187), tal técnica, igualmente denominada de *proporcionalidade em sentido amplo*, também pode ser entendida como “regra ou critério decisório para problemas de concretização dos direitos fundamentais”.

Essa técnica da ponderação desdobra-se em três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da adequação, por ser um critério negativo, elimina os meios não adequados. Assim, dentro os meios adequados, a máxima da necessidade exige que seja escolhido o meio que intervenha de modo menos intenso, vedando-se sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito representa o sopesamento em si. Utilizando-se a metáfora do peso ou da balança, pondera-se qual princípio terá uma relação de precedência naquele caso concreto. (DIMOULIS, 2012, p. 590-4).

Havendo colisão de direitos fundamentais, portanto, colisão entre princípios constitucionais, deve-se aplicar a técnica da ponderação ou sopesamento.

⁶² Como não há hierarquia entre os princípios (ou direitos fundamentais), o intérprete deverá realizar um juízo de ponderação, considerando as circunstâncias do caso concreto, com o objetivo de verificar qual dos valores conflitantes prevalecerá.

⁶³ Isso se dá em razão da natureza *prima facie* dos princípios, ou seja, o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não pode ser verificado imediatamente no momento da leitura da norma que o consagra. Portanto, o conteúdo dos princípios é provisório, com a virtude de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima.

2.3 O diálogo aplicado entre a bioética e os direitos fundamentais como técnica de solução de conflitos

Para se estabelecer um diálogo entre a teoria dos referenciais da bioética de William Saad Hossne com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, torna-se necessário apontar as interfaces entre essas teorias.

A primeira interface verificada entre as duas teorias é a **abertura epistemológica** de seus conteúdos.

Como já anteriormente dito, a teoria de Hossne (2006, p. 674) critica o sistema (fechado) de princípios éticos do principialismo e propõe a sua abertura aos referenciais da bioética – representado por um círculo aberto – visando a abranger a resolução de novas problemáticas anteriormente não contempladas.

Nesse mesmo sentido, Alexy (2012, p. 25-6) menciona a abertura das disposições de direitos fundamentais, considerados como “fórmulas lapidares e máximas, que, em si mesmas, são desprovidas de um conteúdo inequívoco”. Dessa forma, o catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta as questões controversas da sociedade, viabilizando-se uma ampla disputa ideias.

Alexy (2012, p. 29) explica que a positivação de direitos fundamentais “representa uma [razoável] abertura do sistema jurídico perante o sistema moral [...] levada a cabo por meios racionais”. Dessa forma, permite-se o diálogo entre a bioética e os direitos fundamentais.

No Brasil, tais cenários dialógicos tornaram-se sedimentados com a atual prática do Supremo Tribunal Federal de realização de Audiências Públicas sobre os temas mais complexos, especialmente àqueles ligados à bioética, tais como pesquisas com células-tronco embrionárias, antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, e etc.

Ademais, outra interface, tanto a teoria dos referenciais da bioética, quanto a teoria dos direitos fundamentais, é a natureza do **caráter *prima facie*⁶⁴ dos princípios**, ou seja, as duas

⁶⁴ *Prima facie* é uma expressão latina que significa à primeira vista. Em ética, conforme Galvão (*online*), “distinguem-se os deveres *prima facie* dos deveres absolutos. Dizer, como KANT, que temos o DEVER absoluto

teorias reconhecem que os seus princípios (referenciais) não são absolutos, permitindo a sua ponderação. Inclusive, sobre o caráter *prima facie* dos princípios, vale destacar que as duas teorias citam a obra fundamental de W. D. Ross (ALEXY, 2012, p. 103; BEAUCHAMP et.al, 2013, p. 50).

Como os princípios não contêm mandamentos definitivos, mas apenas normas *prima facie*, “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2012, p. 103-4).

Por conseguinte, como terceira interface entre a bioética e os direitos fundamentais, evidencia-se a **ponderação de princípios em rota de colisão**. Por não se conceber a precedência absoluta entre princípios *prima facie*, se dois princípios colidirem deverá ser feita a ponderação dos respectivos pesos, prevalecendo, naquele caso concreto, um princípio sobre o outro. (ALEXY, 2012, p. 93; BEAUCHAMP et.al, 2013, p. 50).

Diante do exposto, conclui-se que a abertura epistemológica dos direitos fundamentais e da bioética permite o diálogo dessas fontes e a consequente ponderação integrada de princípios *prima facie* das duas correntes.

de não mentir é pensar que mentir é sempre errado. Dizer que não mentir é um dever *prima facie* implica reconhecer que, embora à partida seja errado mentir, mentir é a melhor opção ética em certas circunstâncias excepcionais”.

3 OS CONFLITOS JUDICIAIS DO DIREITO DE MORRER À LUZ DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir do levantamento bibliográfico e documental, encontraram-se vários casos judiciais relacionados ao direito de morrer agrupados em quatro grandes temas: a **retirada de meio extraordinário de manutenção de vida (ventilação artificial)** (*vide* item 3.1), a **ordem de não ressuscitação** (3.2) e a **sedação paliativa** (*vide* 3.3).

Ao final de cada item, procedeu-se a análise dialógica do conflito, a partir do caso concreto, à luz da bioética e dos direitos fundamentais.

3.1 A retirada de meio extraordinário de manutenção de vida (ventilação artificial)

3.1.1 In the matter of Karen Quinlan

Na noite de 14 de abril de 1975, Karen – uma jovem universitária de 21 anos de idade – teve parada cardiorrespiratória por ter misturado bebida alcóolica com remédios para emagrecer. Ao ser internada no Hospital Sta. Clare em New Jersey, Estados Unidos (EUA), foi traqueostomizada e conectada a um respirador artificial. (PESSINI, 2004, p. 110).

Após o diagnóstico irreversível de estado vegetativo persistente, os pais de Karen solicitaram, então, a suspensão dos meios extraordinários de manutenção da vida para que a natureza seguisse seu curso. Ante a recusa da equipe médica sob a justificativa de configuração de crime, os guardiães legais da paciente ingressaram na justiça para o reconhecimento de tal direito.

No juízo de primeira instância, entretanto, consagrou-se o direito à vida e a sua preservação:

[Não] existe um direito constitucional de morrer que um pai possa pedir para um filho adulto e incompetente. **As decisões de vida ou morte deste tipo devem ser tomadas pelos médicos e não pelos tribunais.** A moralidade e a consciência de nossa sociedade depositam esta responsabilidade nas mãos dos médicos. (PESSINI, 2004, p. 111). (Grifo nosso).

Inconformados, os pais de Quilan apelaram para o Supremo Tribunal do estado de New Jersey que, em 30 de março de 1976, decidiu, conforme apontou Pessini (2003, p. 111) que: *i*) o direito constitucional à autonomia privada – *right to privacy* – autoriza a todo enfermo o direito de recusar tratamento médico; *ii*) os representantes legais – neste caso, os pais – podem exercer a liberdade de escolha de tratamento médico pelo enfermo; e, *iii*) a retirada de meios artificiais de manutenção da vida não configura crime.

3.1.2 Sobre a retirada de meio extraordinário de manutenção de vida

Em razão dos surtos de poliomielite, em 1920, o engenheiro Philip Drinker desenvolveu um aparelho, conhecido como “pulmão de aço”, capaz de promover a ventilação mecânica. A partir daí, estudos sobre a ventilação mecânica começaram a ser reproduzidos mundialmente. (CHEN et.al., 1998, p. 453).

A ventilação mecânica (VM), também denominada de suporte ventilatório, consiste em um método de suporte para tratamento de pacientes com insuficiência respiratória aguda ou crônica agudizada (CARVALHO, 2007, p. 54). Pode ser classificada em ventilação mecânica invasiva e não invasiva:

Nas duas situações, a ventilação artificial é conseguida com a aplicação de pressão positiva nas vias aéreas. A diferença entre elas fica na forma de liberação de pressão: enquanto na ventilação invasiva utiliza-se uma prótese introduzida na via aérea, isto é, um tubo oro ou nasotraqueal (menos comum) ou uma cânula de traqueostomia, na ventilação não invasiva, utiliza-se uma máscara como interface entre o paciente e o ventilador artificial. (CARVALHO, 2007, p. 54).

A retirada de ventilação artificial consiste em um processo de interrupção de suporte ventilatório de um paciente, compreendendo diversas técnicas, tais como o desmame⁶⁵, extubação⁶⁶ e decanulação⁶⁷. (GOLDWASSER, 2007, p.128).

⁶⁵ “O termo desmame refere-se ao processo de transição da ventilação artificial para a espontânea nos pacientes que permanecem em ventilação mecânica invasiva por tempo superior a 24 h” (GOLDWASSER, 2007, p.128).

⁶⁶ “Extubação é a retirada da via aérea artificial. Denomina-se reintubação ou fracasso de extubação, a necessidade de reinstaurar a via aérea artificial. A reintubação é considerada precoce quando ocorre em menos de 48 h após a extubação (ou decanulação)”. (GOLDWASSER, 2007, p.128).

⁶⁷ “No caso de pacientes traqueostomizados, utiliza-se o termo decanulação para a retirada da via aérea artificial”. (GOLDWASSER, 2007, p.128).

Sobre o tema, Farcy et.al. (2013, p. 63-68) esclarecem que:

A ventilação mecânica consiste em duas peças: ventilador e dispositivos de liberação, na maioria dos casos um tubo endotraqueal (TET). Da mesma forma, há duas etapas para liberação da ventilação mecânica: redução e eliminação [gradual] da assistência suprida pelo ventilador e remoção do TET [extubação] [...] Retirada gradual é o ato de reduzir o suporte ventilatório como preparação para liberação da ventilação mecânica [...] Extubação é o ato de remover o dispositivo de liberação de ventilação artificial, o que, em geral, significa remover o TET. Tradicionalmente, depois da remoção de TETs, os pacientes permanecem respirando o ar ambiente, - oxigênio por meio de cânula nasal ou máscara ou, o que é mais comum, oxigênio umidificado por meio de uma máscara simples. (FARCY et.al., 2013, p. 63-68).

Verifica-se, pois, que as técnicas de retirada do suporte ventilatório são práticas cotidianas na terapia intensiva não havendo grandes questionamentos ético-jurídicos acerca de sua conduta. Nesse sentido, a Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB) e a Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia (SBPT) – representadas por seu Comitê de Ventilação Mecânica e sua Comissão de Terapia Intensiva, respectivamente – elaboraram um consenso, em 2013, denominado de **Recomendações Brasileiras sobre Ventilação Mecânica**, em que se ofereceu *guidelines* das melhores práticas da ventilação mecânica em cuidados intensivos (BARBAS, 2014, p. 215). Entre os vinte e quatro temas apresentados, destaca-se o **Tema 23 - Retirada do Paciente da Ventilação Mecânica**.

Entretanto, dilemas éticos na medicina intensiva surgem, por exemplo, com o uso prolongado de ventilação mecânica, especialmente em pacientes terminais. Assim, a manutenção ou não suspensão do suporte ventilatório em determinadas circunstâncias pode ser considerado um exemplo de obstinação terapêutica (OT):

Entenda-se por OT uma atitude terapêutica excessiva (meios desproporcionados) em relação a uma determinada situação e ao respectivo prognóstico. Por outras palavras, trata-se de uma situação em que há uma manutenção ou uma não suspensão da escalada terapêutica numa circunstância de fim de vida. A escalada terapêutica implica determinados tratamentos, nomeadamente a ventilação mecânica (o seu início ou o seu prolongamento), a hemodiálise, as manobras de reanimação, a alimentação artificial, as aminas simpaticomiméticas, etc. [...] Escolhemos, como paradigma de OT, a ventilação mecânica prolongada numa situação de insuficiência respiratória aguda ou crónica agudizada, nos estádios terminais de determinadas patologias [...] Neste estudo, englobamos, a título exemplificativo, quatro patologias: a pneumonia a *Pneumocystis carinii* nos doentes com a síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA), a neoplasia, a fibrose pulmonar idiopática e a doença pulmonar obstrutiva crónica (DPOC). (MONTEIRO, 2006, p. 283).

Assim, a instituição ou a manutenção da VM em algumas patologias pulmonares avançadas acompanhadas de insuficiência respiratória desvirtuam, consoante Monteiro (2006,

p. 285), a boa prática médica por instituírem manifesta obstinação terapêutica. Essas condutas, portanto, devem ser substituídas por cuidados de conforto.

Tais dilemas aprofundam-se quando o paciente envolvido se encontra em estado vegetativo persistente (EVP)⁶⁸, como no caso de Karen Ann Quinlan.

Nesse julgamento, afirmou-se que o suporte ventilatório constitui **meio extraordinário de manutenção de vida**. Dessa forma, a sua retirada não se confunde com a prática da eutanásia. (THE SUPREME COURT OF NEW JERSEY, 1976, p. 8).

Ratificando tal entendimento, o discurso do Papa Pio XII sobre as três questões de moral médica relacionadas com a reanimação, proferido em 24 de novembro de 1957, asseverou que não precisam ser mantidos o tratamento médico que constituir meio extraordinário de conservação da vida:

A razão natural e da moral cristãs dizem que o homem (e quem está no comando de cuidar de seus semelhantes) tem o direito e o dever, em caso de doença grave, de tomar medidas para preservar a vida e a saúde. Tal dever é para com ele mesmo, para com Deus, para com comunidade humana e, na maioria das vezes, a certas pessoas, derivadas da caridade bem ordenada, desde a submissão ao Criador, a justiça social e até mesmo de estrita justiça e de devoção à família. Mas normalmente só requer o uso de meios comuns (de acordo com as circunstâncias de pessoas, lugares, tempos, a cultura), ou seja, meios que não impõem qualquer encargo extra para si ou para outrem. A obrigação mais severa seria demasiado pesada para a maioria dos homens [...] não sendo proibido fazer mais do que o é estritamente necessário para preservar a vida e a saúde, desde que não deixar de cumprir deveres mais importantes (VATICAN, 1957, *online*)

Conclui-se, portanto, que se a literatura médica não respaldar o uso de suporte ventilatório por meio de consensos ou *guidelines*, não se justifica a sua introdução ou manutenção. Logo, o prolongamento desnecessário de tal terapêutica pode ser entendido como obstinação terapêutica.

⁶⁸ “Estado vegetativo persistente (EVP) é uma forma de alteração do estado mental, na qual existe preservação do estado de alerta, ciclos de sono-vigília e controle autonômico, mas ausência de consciência e apenas movimentos reflexos”. As principais lesões cerebrais desencadeantes do EVP são anoxia e trauma encefálico com lesão axonal difusa. O EVP possui um diagnóstico devastador de reversibilidade rara. (FARCY et.al., 2013, p. 286). Portanto, o coma – “estado no qual o paciente não responde ao estímulo mais vigoroso” – não se confunde com o EVP. (FARCY et.al., 2013, p.284).

3.1.3 A retirada de meio extraordinário de manutenção de vida (ventilação artificial) à luz da bioética e dos direitos fundamentais

A retirada de ventilação mecânica suscita à colisão dos princípios da autonomia privada, não maleficência, dignidade da pessoa humana e vedação à tratamento degradante *versus* o princípio da indisponibilidade do direito à vida e da saúde.

Nesse sentido, funda-se no direito à autonomia privada, assegurado implicitamente no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988⁶⁹, não cabendo, portanto, ao Estado qualquer intervenção nesse processo de tomada de decisão terapêutica.

Segundo Hupsel (2016, p. 74-75), o direito à autonomia privada consiste no “poder outorgado pela ordem jurídica à pessoa humana de dirigir sua vida na feição existencial seja no plano negocial, determinando-se a si mesma ou regulando suas relações, consoante a sua própria vontade e nos limites impostos pelo Direito”. Verifica-se, pois, que o princípio da autonomia encontra respaldo tanto na bioética quanto nos direitos fundamentais.

Aliado à esse princípio, acrescenta-se a proteção da dignidade da pessoa humana e a vedação à submissão à qualquer tratamento desumano ou degradante⁷⁰, por restar configurada a prática da **obstinação terapêutica** ante o prolongamento do suporte ventilatório, já que tal terapêutica não gera benefícios concretos à saúde do paciente.

Arelado à dignidade e à vedação à tortura, cita-se o referencial bioético da não maleficência, que, como já explicitado, “impõe a obrigação de garantir que os benefícios de uma ação [médica] superem os malefícios” (ENGELHARDT, 2003, p. 88-9). Logo, como a manutenção do tubo de ventilação artificial é considerada uma prática de futilidade médica, evidencia-se, nesse caso, a preponderância dos malefícios em relação aos benefícios ocasionados.

⁶⁹ Disposto na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁷⁰ Disposto na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Em rota de colisão tais preceitos éticos e jurídicos, suscita-se a indisponibilidade do direito à vida, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.⁷¹ De acordo com o Tavares (2012, p.575), o direito à vida desdobra-se no direito de estar vivo e no de ter uma vida digna. No que tange à indisponibilidade, Roberto Dias (2010, 189) esclarece que:

A expressão “inviolabilidade do direito à vida”, consagrada constitucionalmente, não indica que a vida é um dever para consigo mesmo e para com os outros, tampouco pode ser entendida como um direito absoluto, indisponível e irrenunciável. Nos termos da Constituição, a inviolabilidade de tal direito significa que ninguém pode ser privado dele arbitrariamente. Nesse sentido é que ele deve ser entendido como indisponível: ninguém pode dispor da vida de outrem.

Portanto, o mandamento constitucional da indisponibilidade do direito à vida dirige-se ao terceiro, cuja ação contra a vida do outro é proibida. Assim, cabe a cada indivíduo decidir sobre a duração de sua própria vida, especialmente se acometido por grande sofrimento (DIAS, 2010, p. 190), pois não há um dever constitucional de viver.

Quanto ao direito à saúde, verifica-se que a manutenção do suporte de ventilação artificial – no contexto global da definição de saúde⁷² – não gera benefícios concretos à saúde do paciente. Por causa disso, inclusive, como já explicitado, é considerado uma prática da distanásia.

Assim, da colisão entre os princípios do direito constitucional à vida e à saúde⁷³ *versus* o princípio constitucional e bioético da autonomia privada, a dignidade da pessoa humana, aliada à vedação à submissão à tratamento desumano ou degradante, verifica-se à prevalência do direito de suspensão desse meio extraordinário de vida.

Conclui-se, pois, que a retirada de ventilação mecânica pode ser compreendida como direito de recusa à tratamento médico, afigurando-se medida **adequada e necessária** quando consentida pelo paciente.

⁷¹ Disposto no Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁷² A saúde foi definida na introdução da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 22 de julho de 1948, como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste somente na ausência de doença ou enfermidade”.

⁷³ Disposto na Constituição Federal de 1988: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

3.2 A ordem de não ressuscitar

3.2.1 Caso *In re Guardianship of Mason* (1996)

Elma Mason era uma mulher de 77 anos de idade que sofria de insuficiência cardíaca, anemia, diabetes, hipertensão pulmonar e demência suave e estava internada no Hospital Geral de Massachusetts. Nomeou-se, então, o seu filho Joseph como guardião temporário. No entanto, quando tal nomeação expirou, o Hospital requereu a nomeação de outro tutor por entender que as atitudes do filho não se coadunavam com o melhor interesse da mãe. Em agosto de 1996, nomeado guardião temporário, o Hospital pediu autorização judicial para acrescentar uma **ordem de não ressuscitação** (ONR) no prontuário da Sra. Mason. Contra tal pedido, Joseph reivindicou a legitimidade da representação para a tomada de decisão terapêutica relacionada à sua mãe baseado em procurações com poderes em matéria de saúde elaboradas por ela. Todavia, o Tribunal decidiu que: (1) como o Hospital era o guardião temporário da paciente, ele poderia tomar decisão terapêutica sobre ela; (2) as evidências médicas mostraram que a ONR se coadunava ao melhor interesse da paciente; e (3) apesar das procurações que autorizavam a tomada de decisão sub-rogada, o filho não se mostrava capaz de tomar a melhor decisão para a mãe (ELDER LAW ANSWERS FOR ATTORNEYS, *online*).

Dessa forma, no caso *In re Guardianship of Mason*, julgado em 1996, o tribunal de Massachusetts substituiu as objeções de um representante terapêutico, legitimamente constituído, acolhendo o pedido de autorização da **ordem de não ressuscitar** (ONR). (POPE, 2010, p.234).⁷⁴

3.2.2 Sobre a ordem de não ressuscitar (ONR)

Desenvolvida no início da década de 1960, a **ressuscitação cardiorrespiratória** (RCP) – do inglês, *cardiopulmonary resuscitation* (CPR) – por massagem torácica passou a ser

⁷⁴ Schüklenk et al. (2011, p. 24) citam outro caso relacionado à ONR: Um homem de sessenta e cinco anos de idade está internado em um Hospital Canadense em estado vegetativo persistente. De acordo com o seu melhor interesse, a família acredita que ele gostaria de ser reanimado em caso de parada cardíaca. Entretanto, a equipe de saúde entende que a ressuscitação do paciente seria uma medida fútil e recusa-se a fazê-la, colocando, então, no prontuário, uma ordem de não ressuscitar. Ao final do relato, questionam: é legalmente permitido à equipe fazer isso?

utilizada com sucesso em pacientes que sofriam parada cardíaca provocada por anestesia. (BURNS et.al., 2003, p. 1543).

Considerada milagrosa devido à sua eficácia e simplicidade, a RCP tornou-se, segundo Hite e Weiss (2003, p. 240), uma intervenção rotineira na prática clínica realizada em todos os pacientes que enfrentavam a morte iminente. Nesse sentido, inclusive, Urban et.al. (2001, p.244) esclarecem que a técnica da RCP passou a ser empregada na maioria dos hospitais e seu treinamento foi estendido a médicos, enfermeiros e leigos.

Com isso, inevitavelmente, sobrevieram os primeiros resultados do uso ineficaz e indesejável da RCP, como, por exemplo, pacientes com câncer agressivo ou com infecção grave sem qualquer chance de recuperação e pacientes com danos cerebrais irreversíveis ou incapacidades permanentes que sobreviveram à reanimação (HITE et.al, 2003, p. 240).

Face ao uso indiscriminado da técnica da RCP, começaram a surgir artigos médicos, no final dos anos 1960, descrevendo a agonia de doentes terminais após reanimações repetidas que apenas prolongaram a morte. Consequentemente, em 1976, as primeiras políticas hospitalares sobre **ordens de não ressuscitar** (ONR) foram publicadas na literatura (BURNS et.al., 2003, p. 1543).

Criava-se, então, a ordem de não reanimar (ONR) – do inglês, *do not resuscitate* (DNR) – como uma diretiva à equipe médica de retenção de esforços para reviver um paciente em **parada cardíaca ou respiratória** (PCR) (HITE et.al, 2003, p. 240), ou seja, “uma ordem escrita no prontuário do paciente, indicando que os prestadores de cuidados de saúde não devem tentar a RCP em caso de PCR” (WILKINSON et.al., 2007, p.4).⁷⁵

Vale destacar que, atualmente, a técnica de RCP, como suporte básico de vida, abrange a compressão externa torácica e a respiração boca a boca e, como suporte avançado de vida, a desfibrilação elétrica e medicamentos cardíacos (HITE et.al, 2003, p. 240). A ordem de não reanimar, portanto, envolve a recusa a todas essas terapêuticas.

⁷⁵ Segundo Urban et.al. (2001, p.244), “ordens para não ressuscitar (ONR) são instrumentos que podem ser empregados por médicos, pacientes, familiares e instituições de saúde, através de formulários próprios e que têm o objetivo de orientar o não início das manobras de ressuscitação cardiopulmonar (RCP) nos casos onde não houver benefícios clínicos comprovados”.

3.2.3 A ordem de não ressuscitar à luz da bioética e dos direitos fundamentais

A ordem de não ressuscitação (ONR) suscita à colisão dos princípios da autonomia privada, não maleficência, dignidade da pessoa humana e vedação à tratamento degradante *versus* o princípio da indisponibilidade do direito à vida e da saúde.

Igualmente à manutenção de ventilação artificial, resta configurada a prática da obstinação terapêutica caso não seja observada, violando a proteção da dignidade da pessoa humana e a vedação à submissão à qualquer tratamento desumano ou degradante.

Ademais, em razão do princípio da autonomia privada, não cabe ao Estado qualquer intervenção nesse processo de tomada de decisão terapêutica. Logo, a não observância da ONR evidencia a preponderância dos malefícios em relação aos benefícios ocasionados, violando o princípio bioético da não maleficência.

Assim, ante a colisão entre os princípios da indisponibilidade do direito constitucional à vida⁷⁶ e à saúde⁷⁷ *versus* os princípios da autonomia privada⁷⁸, não maleficência, dignidade da pessoa humana e vedação à submissão à tratamento desumano ou degradante⁷⁹, verifica-se à prevalência do direito de não ser ressuscitado.

Conclui-se, pois, que a ordem de não ressuscitação (ONR) também é compreendida como direito de recusa à tratamento médico, afigurando-se medida **adequada e necessária** quando consentida pelo paciente.

⁷⁶ Disposto no Art. 5º, caput, da Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁷⁷ Disposto na Constituição Federal de 1988: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁷⁸ Disposto na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁷⁹ Disposto na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

3.3 A sedação paliativa

3.3.1 Caso *Washington v. Glucksberg* (1997)

No Estado de Washington, um paciente terminal com AIDS pediu um remédio letal ao seu médico, Dr. Harold Glucksberg, que se recusou a prescrever devido à lei estadual que proibia o suicídio medicamente assistido. Então, o paciente cometeu suicídio, pulando de uma ponte. A partir disso, juntamente com outros médicos, o Dr. Harold e mais três pacientes terminais questionaram a constitucionalidade dessa lei estadual. A decisão de primeira instância acolheu o pedido, reconhecendo a violação do princípio do devido processo legal, previsto na Décima Quarta Emenda à Constituição Federal Americana, que dispõe que: “Nenhum estado poderá fazer leis que cerceiem qualquer direito, privilégio, ou proteção aos cidadãos... a menos que ele tenha sido [declarado] culpado por um crime em um Tribunal segundo o *devido processo legal*”. Assim, a lei foi considerada inconstitucional por cercear o direito a cometer suicídio dos pacientes que não foram declarados culpados por qualquer crime. Embora a decisão de primeira instância tenha sido favorável, eles perderam nas duas instâncias seguintes. Em 26 de junho de 1997, a Suprema Corte concluiu que não existe um direito constitucional ao suicídio medicamente assistido. Logo, as leis estaduais que vedam tal prática não são inconstitucionais. (DEVETTERE, 2009, p.327-8).

3.3.2 Caso *Vacco v. Quill* (1997)

Em Nova York, uma paciente com câncer terminal pediu uma droga letal ao Dr. Timothy E. Quill⁸⁰, que a prescreveu, apesar de a lei estadual proibir o suicídio medicamente assistido. Essa paciente, então, cometeu suicídio, tomando o remédio. Após sua morte, Dr. Quill e mais

⁸⁰ Em 1991, Timothy Quill chamou à atenção do público ao publicar um artigo no *New England Journal of Medicine*, descrevendo como ele prescreveu barbitúricos a uma paciente e forneceu instruções sobre como usá-los, auxiliando na sua morte. (LENS, 2003, p. 609).

dois médicos ajuizaram uma ação judicial, pedindo a declaração de inconstitucionalidade de tal lei em face da violação do princípio da igualdade⁸¹, que assevera: “Nenhum estado pode negar a qualquer pessoa [...] proteção igualitária da lei” (DEVETTERE, 2009, p.328).

Consideravam a recusa dos meios de manutenção de vida “essencialmente a mesma coisa” que a prática do suicídio medicamente assistido quando viabilizado pela prescrição de medicação letal para doentes terminais mentalmente competentes com sofrimento insuportável. (UNITED STATES COURT OF APPEALS, 1997, p.798).

Defenderam que a **sedação “terminal”** é uma forma de suicídio assistido e que, portanto, sendo legalmente permitida, o suicídio assistido deveria ser legalizado. O pedido foi acolhido na primeira instância que julgou não haver proteção igualitária a todos os pacientes terminais: alguns recebiam assistência médica para morrer com a remoção de suporte vital, enquanto os que não dependiam de tais equipamentos não poderiam receber auxílio medicamente para o suicídio com a prescrição de drogas letais. (DEVETTERE, 2009, p. 328-31).

Entretanto, em 1997, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou a constitucionalidade da lei, asseverando não haver qualquer violação de direitos fundamentais na lei estadual que proíbe o suicídio assistido, pois tanto a lei que permite a recusa de tratamentos médicos quanto a lei proibitiva da assistência ao suicídio não tratam qualquer pessoa de forma discriminatória. Ademais, esclareceu que o princípio da igualdade admite o tratamento diferenciado quando envolver práticas diversas: “A distinção entre deixar um paciente morrer [recusa de tratamentos] e fazer esse paciente morrer [suicídio assistido] é importante, lógica, racional e bem estabelecida” (UNITED STATES COURT OF APPEALS, 1997, p.793-4), pois, no primeiro caso, o paciente morre em razão de uma doença fatal subjacente; e, no segundo, morre ao ingerir a medicação letal prescrita por um médico (LENS, 2003, p. 610).

Por fim, a Suprema Corte dos EUA (1997, p.808) distinguiu o suicídio assistido da sedação terminal, legitimando a prática dessa: “É amplamente reconhecido que o fornecimento

⁸¹ Optou-se por traduzir como o princípio da igualdade a Cláusula de Proteção da Igualdade – do inglês, *Equal Protection Clause* – prevista na Décima Quarta Emenda à Constituição Federal dos Estados Unidos, que entrou em vigor em 1868 e que determina aos estados americanos tratar legalmente as pessoas sob a sua jurisdição de forma igual. (SCHULTZ, 2009, p. 293).

de medicação para a dor é ética e profissionalmente aceitáveis [...] o medicamento se destina a aliviar a dor e desconforto grave, e não causar a morte”.

3.3.3 Sobre a sedação paliativa

Na fase terminal de uma doença irreversível, quando se esgotam as possibilidades terapêuticas, medicações sedativas podem ser utilizadas para oferecer conforto e aliviar a dor e a angústia intoleráveis do paciente.

Na seara dos cuidados paliativos, tal terapêutica é conhecida como **sedação paliativa**⁸², podendo ser definida como

[...] o uso de medicações sedativas com o objetivo de aliviar sintomas intoleráveis e refratários a outros tratamentos, pela redução do nível de consciência. **Sintomas intoleráveis** deveriam ser determinados com base na evolução do paciente, em conjunto com equipe médica, cuidadores e familiares. Os sintomas seriam definidos como **refratários** quando todas as outras formas de tratamento tivessem falhado em controlá-los, sem comprometer o nível de consciência do paciente. (NOGUEIRA; SAKATA, 2012, p. 586-7). (Grifo nosso).

Como arguido no caso *Vacco v. Quill*, há muito se questiona ética e juridicamente se tal terapêutica caracterizaria a prática de eutanásia ou suicídio assistido⁸³, em razão da “possibilidade de morte” do paciente.

Vale esclarecer, nesse ponto, que se fala em “possibilidade” de morte por não haver evidências científicas de que a sedação paliativa – **administrada apropriadamente** – abrevie a vida do enfermo. (NOGUEIRA; SAKATA, 2012, p. 580).

Nesse sentido, pesquisas realizadas em diferentes centros de cuidados paliativos apontaram que os pacientes que receberam sedação paliativa, em uma unidade, tiveram maior sobrevida do que aqueles que não receberam (MERCADANTE et al., 2009, p. 771-779) e que,

⁸² A sedação paliativa era denominada de **sedação terminal**, pois antigamente acreditava-se que “a única forma de prevenir o sofrimento de um paciente terminal era mantê-lo totalmente sedado até a sua morte” (DEVETTERE, 2009, p. 331).

⁸³ Conforme Devettere (2009, p. 331), “superficialmente, a sedação terminal e suicídio assistido podem parecer o mesmo, mas não são [...] as drogas usadas na sedação terminal causam apenas coma, enquanto que as drogas usadas no suicídio assistido e eutanásia causam a morte”.

em outra, 23% dos que foram sedados de forma paliativa tiveram alta (ELSAYEM et al., 2009, p.53-59).⁸⁴

Dessa forma, Nogueira e Sakata (2012, p. 587) ressaltam que a sedação paliativa deve ser utilizada para aliviar o sofrimento decorrente de sintomas refratários por meio da redução da consciência do paciente de forma progressiva até a cessação dos sintomas. Logo, a morte do paciente não é um critério de sucesso (DE GRAEFF et. al, 2007, p. 67-85), muito embora possa vir a ocorrer devido à doença de base, especialmente.

Por essa razão, numa discussão ética, atribui-se à “possibilidade de morte” do paciente como **efeito indireto** de tal terapêutica.

Corroborando tal entendimento, Pessini (2004, p. 172) explica que, por si só, a administração progressiva de um analgésico para o controle da dor possui um **efeito direto** bom e que, embora possa vir a produzir um efeito indireto, a sua finalidade primeira é o alívio do sofrimento intolerável.

Portanto, eticamente, não se admite, em hipótese alguma, que a finalidade primeira dessa terapêutica seja matar alguém para dirimir a sua dor, afinal, os cuidados paliativos apregoam à dignidade e qualidade de vida do enfermo de modo proporcional ao caso.

Nessa seara, verifica-se que a sedação paliativa encontra respaldo ético no **princípio do duplo efeito**, que exige o atendimento de quatro condições especiais:

a) a acção em si mesma é boa (**aliviar o sofrimento**); b) o mal não é pretendido (**não se deseja a morte do doente**); c) A boa consequência não é obtida através da má (**o alívio do sofrimento não implica a morte do doente**); d) Existe proporcionalidade entre o bem atingido e o mal efectuado (ao abrigo da doutrina da dignidade humana, **não prolongar vida para além do razoável e providenciar cuidados de conforto e qualidade de vida ao doente são considerados argumentos proporcionais** em relação à manutenção da vida a todo o custo). (ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA, 2010, p.4). (Grifo nosso).

Portanto, observadas tais exigências deontológicas e as prescrições médicas adequadas, a sedação paliativa torna-se eticamente condizente com os preceitos da boa prática médica, sendo habitual na maioria dos países desenvolvidos, segundo a Associação Portuguesa de Bioética (2010, p.3).

⁸⁴ Outro estudo retrospectivo revela, ainda, que a sobrevida dos pacientes sedados durante a última semana de vida foi **significativamente maior** que aqueles sedados apenas nas últimas 48 horas. (SYKES; THORNS, 2003, p. 341-344). (Grifo nosso).

Por outro lado, caso sua utilização seja inadequada – a finalidade principal buscada pelo médico ou equipe de saúde seja a morte do enfermo (efeito direto) para aliviar o seu sofrimento, utilizando-se, para isso, a sedação de forma desproporcional – afigura-se a prática da eutanásia em razão do evidente dolo de abreviação da vida humana.

Assim, a depender do anseio maior e da forma de sua administração, a prática da sedação em pacientes terminais pode ser categorizada conforme a tabela 5:

Tabela 3. Tipos de sedação praticados

SEDAÇÃO PALIATIVA	SEDAÇÃO EUTANÁSICA
Tem a finalidade principal de aliviar o sofrimento (efeito direto)	Tem a finalidade principal de matar o enfermo (efeito direto)
É administrada de forma progressiva e proporcional, buscando-se o alívio da sofrimento	É administrada de forma rápida e desproporcional, buscando-se a morte

Evidentemente, a sedação paliativa não se confunde com a eutanásia e vice-versa:

Segundo a **Associação Europeia de Cuidados Paliativos (EAPC)**, a **‘sedação paliativa’ do paciente terminal deve ser distinguida de eutanásia**. Na sedação paliativa, o objetivo é aliviar o sofrimento, usando fármacos sedativos titulados apenas para controle dos sintomas. Na eutanásia, a intenção é tirar a vida do paciente, administrando-se um fármaco letal. Significa que a sedação paliativa, corretamente indicada, na dose correta, por via adequada, não é um ‘atalho’ para se atingir o mesmo objetivo da eutanásia [...] Para sedação paliativa, portanto, é muito importante que a consciência seja reduzida apenas até o nível suficiente para o alívio dos sintomas, o que é individual e pode variar amplamente. (NOGUEIRA; SAKATA, 2012, p. 580). (Grifo nosso).

Ademais, a *American Medical Association* (2008, *online*) elaborou um Relatório com as diretrizes éticas da sedação à inconsciência nos cuidados de fim de vida, repudiando o uso intencional da sedação paliativa para causar a morte do paciente, exigindo-se, para isso, a obrigatoriedade de consentimento informado do paciente ou do representante, entre outras recomendações.

Por conseguinte, a sedação paliativa pode ser compreendida juridicamente como ortotanásia⁸⁵ – conduta ratificada como legítima pela Justiça Federal brasileira, conforme explicitado no item 2.8.2 *supra*, eivada, pois, de licitude.⁸⁶

3.3.4 A sedação paliativa à luz da bioética e dos direitos fundamentais

Analisando a sedação paliativa à luz da ponderação dos referenciais da bioética e dos direitos fundamentais, verifica-se que tal terapêutica é internacionalmente recomendada pela literatura médica – *Associação Europeia de Cuidados Paliativos, American Medical Association e Associação Portuguesa de Bioética* – que a diferencia da eutanásia e dos cuidados paliativos.

Dessa forma, afigura-se medida **adequada e necessária** quando administrada de forma progressiva e proporcional ao alívio dos sintomas refratários dos pacientes em unidades de cuidados paliativos.

Por outro lado, deve ser repudiada quando utilizada de forma rápida e desproporcional, visando à morte do paciente – prática denominada aqui de sedação eutanásica.

Em relação à ponderação dos pesos dos princípios e referenciais bioéticos, de um lado, o direito à vida e à saúde do paciente e, de outro, a autonomia privada, a não maleficência, a dignidade da pessoa humana e a vedação à submissão à tortura ou situações degradantes, destaca-se a precedência desses.

Assim, a sedação paliativa é uma conduta ética e juridicamente permitida se o alívio do sofrimento insuportável for a sua finalidade primeira e se a sua administração for feita de maneira adequada e proporcional ao contexto sintomático do paciente.

⁸⁵ Sobre a sedação paliativa, Villas-Bôas (2008, p. 66) esclarece que: “Há autores que consideram a *eutanásia* de duplo efeito [sedação paliativa] como forma de ortotanásia. Outros, rechaçam o uso do termo eutanásia para essa conduta, preferindo considerar que a morte dela resultante corresponde a um efeito indesejável de uma medicação necessária. Mantivemos a denominação de eutanásia de duplo efeito, por já ser tradicional e de entendimento corrente. Embora **a consideremos efetivamente mais próxima da ortotanásia do que do homicídio piedoso em si**, seguimos a corrente majoritária ao considerar a ortotanásia como consistente em condutas de não intervenção prolongadora, onde se situam as condutas médicas restritivas”.

⁸⁶ Independentemente da classificação doutrinária atribuída à sedação paliativa, se é ou não ortotanásia, Villa-Bôas (2008, p.66) corrobora a sua licitude: “verificada a ausência de *animus necandi* na prescrição da droga, que se destinava tão-somente a aliviar a dor, a conduta se torna impunível”.

CONCLUSÃO

Em 1969, o renomado jurista americano Luis Kutner sugeriu a criação de um documento, no qual pacientes terminais com doenças incuráveis pudessem recusar tratamento médico para evitar o prolongamento de seu sofrimento. Para ter validade jurídica, tal documento, denominado por ele de testamento vital, só poderia ser feito por adultos com capacidade civil e não poderia versar sobre a eutanásia.

A partir da difusão de suas ideias, vários estados americanos passaram a editar leis, regulamentando esse instrumento de manifestação de vontade. Aliado à possibilidade de eleição de um procurador com poderes para tomar decisões terapêuticas, conhecido como *proxy*, construíam-se, então, as diretivas antecipadas de vontade. Em 1990, promulgou-se a primeira lei federal reconhecadora do direito de elaboração de tais diretivas no momento do ingresso dos pacientes nas instituições de saúde americanas.

Não obstante a legitimação de direitos inerentes à terminalidade da vida humana por meio da edição dessas leis, vários conflitos foram levados ao Poder Judiciário, como, por exemplo, os casos Karen Ann Quinlan, Nancy Cruzan, Terry Shiavo e etc.

No Brasil, a discussão acerca do chamado direito de morrer consolidou-se apenas, em 2006, quando o Conselho Federal de Medicina regulamentou, no âmbito administrativo, as diretrizes éticas da recusa de tratamentos médicos por pacientes terminais, expedindo a Resolução n. 1805. Posteriormente, em 2012, editou a Resolução n. 1995, regulando as diretivas antecipadas de vontade consoante à ética médica.

Tais duas resoluções tiveram a sua constitucionalidade questionada na Justiça Federal pela Procuradoria da República, que julgou improcedentes as ações, legitimando a prática da ortotanásia e do testamento vital em todo o território brasileiro.

Com base nos resultados encontrados pela pesquisa bibliográfica e documental, identificaram-se cinco grandes questionamentos ético-jurídicos acerca do direito de morrer: (1) a retirada de suporte de ventilação artificial; (2) a suspensão de hidratação e alimentação artificial; (3) a ordem de não ressuscitação; (4) a sedação paliativa; e, (5) a tomada de decisão terapêutica personalíssima e sub-rogada. Entretanto, selecionaram-se apenas três conflitos para serem analisados.

Ante a ausência de legislação específica, tais conflitos foram solucionados a partir do diálogo da bioética e dos direitos fundamentais. Elegeram-se, pois, a teoria dos referenciais da bioética proposta por William Saad Hossne e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy para nortear a solução dialógica desses conflitos.

A abertura epistemológica da teoria dos referenciais da bioética e do direitos fundamentais permitiu a realização desse diálogo. A aplicação das duas teorias foi possível em razão do reconhecimento mútuo do caráter *prima facie* de seus princípios que permitiu a ponderação dos respectivos pesos a partir da análise dos casos concretos.

Quanto à análise dos casos judiciais relacionados ao direito de morrer, constatou-se que:

- a) **Retirada da ventilação artificial:** A retirada de ventilação mecânica pode ser compreendida como direito de recusa à tratamento médico. Funda-se, então, no direito à autonomia privada, assegurado constitucionalmente no art. 5º, II, não cabendo, portanto, ao Estado qualquer intervenção nesse processo de tomada de decisão terapêutica. Aliado à esse princípio, acrescenta-se a proteção da dignidade da pessoa humana e a vedação à submissão à qualquer tratamento desumano ou degradante⁸⁷, por restar configurada a prática da obstinação terapêutica ante o prolongamento do suporte ventilatório, e o princípio bioético da não-maleficência.
- b) **Ordem de não ressuscitação:** Igualmente ao anterior, está contido no direito de recusa à tratamento médico, pautado no direito à autonomia privada. Acrescentam-se ainda a proteção da dignidade da pessoa humana e a vedação à submissão à qualquer tratamento desumano ou degradante, por restar configurada a prática da obstinação terapêutica ante a insistência na reanimação, o que violaria o princípio bioético da não-maleficência.
- c) **Sedação paliativa** diferencia-se da sedação terminal ou eutanásica, sendo aquela uma conduta lícita e essa, ilícita, respectivamente. Por isso, sugere-se que o Brasil, no âmbito do Conselho Federal de Medicina, em diálogo com as Associações de Cuidados Paliativos nacionais, edite protocolos – com base em *guidelines*

⁸⁷ Disposto na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...]III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

consagrados internacionalmente – para o uso adequado dessa sedação no território brasileiro.

Derradeiramente, concluiu-se que a reaproximação do Direito com a Ética, apregoadas pelo pós-positivismo, e a conseqüente abertura epistemológica da Constituição permitiu a aplicação dialógica da bioética com os direitos fundamentais, permitindo a resolução de antinomias ético-jurídicas pela técnica da ponderação em razão de normas *prima facie* da bioética e dos direitos fundamentais.

Ademais, a inexistência de legislação em sentido estrito no Brasil acerca da terminalidade da vida não impede o reconhecimento do direito de recusar procedimentos terapêuticos, em face do caráter normativo dos princípios constitucionais e dos referenciais da bioética. Tal direito, portanto, compreendido e também denominado de **direito de morrer** possui fundamento implícito no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Verificou-se, por fim, os principais conflitos relacionados ao fim da vida existem quando, em geral, não há diretivas de vontade previamente elaboradas, corroborando a relevância e a necessidade de sua formulação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. **Sedation to Unconsciousness in End-of-Life Care**. 2008. Disponível em: < <http://www.ama-assn.org/ama/pub/physician-resources/medical-ethics/code-medical-ethics/opinion2201.page?>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ANNAS, George J. **Standart of care: the law of American bioethics**. 1.ed. New York: Oxford University Press, 1993.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1993.

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA (AMIB) E A SOCIEDADE BRASILEIRA DE PNEUMOLOGIA E TISIOLOGIA (SBPT). **Recomendações brasileiras de ventilação mecânica 2013**. Parte 2. J Bras Pneumol. v.40, n. 5, p. 458-486, 2014.

_____. **I Consenso Brasileiro de Ventilação Mecânica Pediátrica**, 2015. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/src/uploads/2015/02/I-Consenso-Brasileiro-de-Ventilacao-Mecanica-Pediatria-Ventilacao-Mecanica-na-Crise-de-Asma-Aguda.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA. *Guidelines* sobre sedação em doentes terminais. Porto. 2010. p. 1-8. Disponível em: < http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1297367969sedacao_em_doentes_terminais.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BALDWIN, T. J.; WHITE, S. M. The mental capacity act 2005 – implications for anaesthesia and critical care. *Anaesthesia*, v. 61, p. 381-389, 2006.

BARBAS, Carmen Sílvia Valente et al **Recomendações brasileiras de ventilação mecânica 2013**. Parte 2. **Rev. bras. ter. intensiva**, São Paulo, v. 26, n. 3, p. 215-239, set. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, vol. I, n. 6, p. 1-33, set. 2001.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

BENAROYO, L. Principlalismo. In: Hottois G, Missa J-N. **Nova enciclopédia da bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 536-9.

BISHOP, Laura Jane; MCCARRICK, Pat Milmo. Kennedy Institute of Ethics. In: HOTTOIS, Gilbert e Jean-Noël MISSA. **Nova enciclopédia da bioética**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. 456-458.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOSTIANCIC, María Carla; DADALTO, Luciana. **Diretivas antecipadas para tratamentos medicos: um estudo comparado entre o direito brasileiro e o argentino**. 1.ed. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2010.

_____. As diretivas antecipadas no caso M.D.C.S.: Análise das contribuições deste *hard case* argentino para o Brasil. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades IV – teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 173-191.

BOSTROM, BA. Pettis v. Smith and Braddock In the Louisiana Court of Appeal. **Issues in Law & Medicine**, v. 20, n. 3, p.271-273, 2005.

BOSTRON, Barry A. Knight v. Beverly Health Care Center: In the Supreme Court of Alabama. **Issues in Law & Medicine**, v.17, n.2, p. 205-207, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 67/2010 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011. 103 p.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002: institui o Código Civil. In: VADE MECUM SARAIVA. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 149-283.

BURKLER, Christopher M. Physician perspectives and compliance with patient advance directives: the role external factors play on physician decision making. **BMC Medical Ethics**, v. 13, p.1-9, 2012.

BURNS, Jeffrey P.; EDWARDS, Jeffrey; JOHNSON, Judith; CASSEM, Ned H.; TRUOG, Robert D. Do-not-resuscitate order after 25 years. *Crit Care Med*. v. 31, n. 5, p. 1543-1550, 2003.

CARVALHO, Carlos Roberto Ribeiro de; TOUFEN JUNIOR, Carlos; FRANCA, Suelene Aires. Ventilação mecânica: princípios, análise gráfica e modalidades ventilatórias. **J. bras. pneumol.**, São Paulo , v. 33, supl. 2, p. 54-70, July 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 14. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANTOR, Norman L. Tewnty-five years after quinlan: a review of the jurisprudence of death and dying. **Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 29, n. 2, p. 181-196, summer 2001.

CERMINARA, Kathy L. Theresa Marie Schiavo's long road to peace. **Death Studies**, v. 30, p. 101–112, 2006.

CERMINARA, Kathy L.; PIZZETTI, Federico Gustavo; PHOTANGTHAM, Watcharin H. Schiavo revisited? The struggle for autonomy at the end of life in Italy. **Nova Southeastern University Legal Studies Paper**, Nova Southeastern University Shepard Broad Law Center, n. 09-013, Disponível em: < <http://www.ssrn.com/abstract=1477957> >. Acesso em: 10 janeiro de 2014.

CHEN, K; STERNBACH, G.L.; FROMM, R.E.JR.; VARON, J. Mechanical ventilation: past and present. **The Journal of emergency medicine**; v. 16, n. 3, p. 453-60, 1998.

COMPARADO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Fórum reforça autonomia do paciente. 2010. Disponível em: < http://www.eventos.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20998&Itemid=481 > Acesso em: 05 mar. 2014.

COWAN, Dale H. United states laws and the rights of the terminally ill. **Medicine and Law**, v. 28, p. 519-529, 2009.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DEVETTERE, Raymond J. Practical decision making in health care ethics: cases and concepts. 3.ed. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2009.

DIAS, Roberto. Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição. Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo, v. 16, 2015. Disponível em: <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/167>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DRESSER, Rebecca. Suicide attempts and treatment refusals. **The Hastings Center**, Legal Studies Research Paper Series, n. 10-05-01, p. 10-11, mai/jun 2010.

DE GRAEFF, Alexander, DEAN Mervyn. Palliative sedation therapy in the last weeks of life: a literature review and recommendations for standards. **J Palliat Med**, v.10, n.1, p. 67-85, 2007.

ELDER LAW ANSWERS FOR ATTORNEYS. **In Re Guardianship of Mason**. Disponível em: < <https://attorney.elderlawanswers.com/in-re-guardianship-of-mason-2099> >. Acesso em: 20 abr. 2016.

EL PAÍS, Brasil. **“Todo mundo já praticou eutanásia”**: Um médico conta como é a prática da eutanásia dentro dos hospitais, 13 mai. 2015, São Paulo. Disponível em: < http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/07/politica/1431014377_836875.html >. Acesso em: 20 mar. 2016.

ELSAYEM, Ahmed; CURRY III, Eardie; BOOHENE, Jeanette; MUNSELL, Mark F.; CALDERON, Bianca; HUNG, Frank; BRUERA, Eduardo. Use of palliative sedation for intractable symptoms in the palliative care unit of a comprehensive cancer center. **Support Care Cancer**, v.17, n.1, p. 53-59, 2009.

ENGELHARDT, H. Tristram; ILTIS, Ana Smith. Beneficência (princípio de). In: Hottois G, Missa J-N. **Nova enciclopédia da bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 88-89.

FARCY, David A.; CHIU, William C.; FLAXMAN, Alex; MARSHALL, John P. **Cuidados Intensivos na Medicina de Emergência**. New York: McGrawHill Education, Artmed, 2013.

FAUNCE, Thomas A.; STEWART, Cameron. The Messiha and Schiavo cases: third-party ethical and legal interventions in futile care disputes. **Medicine and the Law**, v. 183, n. 5, Medical School and Law Faculty, Australian National University, Canberra, ACT, set. 2005.

FINE, Robert L; MAYO, Thomas. Resolution of Futility by Due Process: Early Experience with the Texas Advance Directives Act. **Ann Intern Med.**, v. 138, n.9, p.743-746, maio 2003.

FISCHER, Gary S; TULSKY, James A.; ARNOLD, Robert M. Advance directives and advance care planning. In: POST, Stephen G. **Encyclopedia of bioethics**. 3.ed. vol. 1. New York: Thomson Gale, 2003. p. 74-79.

FRIED, L. P.; GURALNIK, J. M. Disability in older adults: evidence regarding significance, etiology and risk. **Journal of the American Geriatrics Society**, v. 45, p. 92-100, mar. 1997.

GALVÃO, Pedro. *Prima facie*. In: Dicionário escolar de filosofia. Disponível em: <<http://www.defnarede.com/p.html>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

GEENS, Koen; CLOTTENS, Carl. One Share - One Vote: Fairness, Efficiency and (the Case for) EU Harmonisation Revisited. **The European Company Law Action Plan Revisited**. Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission, Leuven University Press, 2010.

GENTILI, Gianluca; GROPP, Tania. Italian constitutional and cassation courts: when the right to die of an unconscious patient raises serious institutional conflicts between state powers. **ILSA Journal of International & Comparative Law**, v. 18, p. 73-88, 2011.

GEVERS, Sjeff ; DUTE, Joseph; NYS, Herman. Surrogate Decision-making for Incompetent Elderly Patients: The Role of Informal Representatives. **European Journal of Health Law**, v.19, n.1, p.61-68, 2012.

GEVERS, Sjeff. Withdrawing life support from patients in a persistent vegetative state: the law in the Netherlands. **European Journal of Health Law**, v. 11, p. 347-355, 2005.

GLICK, Henry R. **The right to die**. New York: Columbia University Press, 1992.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Manole, 2004.

GOFFIN, Tom. Advance Directives as an Instrument in an Ageing Europe. **European Journal**

of **Health Law**, v. 19, n. 2, p.121-140, 2012.

GOIÁS. Justiça Federal. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500/Classe: 7100. Primeira Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, Goiânia, 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

GOLDWASSER, Rosane et al . Desmame e interrupção da ventilação mecânica. **J. bras. pneumol.**, São Paulo , v. 33, supl. 2, p. 128-136, jul. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Ortotanásia: morte digna?. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p.56-57, ago./set. 2011.

GOMEZ, Fausto. **A pilgrim's notes: ethics, social ethics, bioethics**. Manila, Philippines: UST Publishing House, 2005

GREAT BRITAIN. High Court. Queens Bench Division, Administrative Court. R (Burke) v. General Medical Council. England, 30 July 2004.

_____. High Court of Justice, Chancery Division. Re K, Re F. London, 27 October 1987.

HANSON, Bernard. Autonomia (princípio de). In: Hottois G, Missa, J-N. **Nova enciclopédia da bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 70-73.

HEISE, Kenan. Human-rights leader Luis Kutner, 84. **Chicago Tribune**, mar. 1993. Disponível em: <http://articles.chicagotribune.com/1993-03-03/news/9303186892_1_hungarian-cardinal-josef-mindszenty-amnesty-international-ezra-pound>. Acesso em: <10 de julho de 2013>.

HEITZ, Ruth. A Case for Advance Directives. **Wisconsin Medical Journal**, Wisconsin, v.106, n. 6, p. 343-346, 2007.

HERALD, Marybeth. Until life support do us part: a spouse's limited ability to terminate life support for an incompetent spouse with no hope of recovery. In: Symposium Issue: Women and the Law Conference: Women and Family Law, **The Law Review Association, Thomas Jefferson School of Law**, spring 2002.

HITE, Charles A.; WEISS, Gregory L. Do Not Resuscitate. In: KASTENBAUM, Robert (Editor). **Macmillan Encyclopedia of Death and Dying**. USA: Thompson, 2003. p. 240-243.

HOFFMANN, Diane E.; SCHWARTZ, Jack. Who decides whether a patient lives or dies? **TRIAL: Health Care and The Law**, p. 30-37, out. 2006.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

HOSSNE, William Saad. Bioética – princípios ou referenciais? **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v.30, n.4, p. 673-676, out./dez. 2006.

_____. Dos referenciais da bioética – a prudência. **Bioethikós**, São Paulo, v.2, n.2, p. 185-196, 2008.

_____. Dos referenciais da bioética – a vulnerabilidade. **Bioethikós**, São Paulo, v.3, n.1, p. 41-51, 2009.

_____. Dos referenciais da bioética – a equidade. **Bioethikós**, São Paulo, v.3, n.2, p. 211-216, 2009.

_____; SEGRE, Marco. Dos referenciais da bioética – a alteridade. **Bioethikós**, São Paulo, v.5, n.1, p. 35-40, 2011.

_____; SILVA, Franklin Leopoldo e. Dos referenciais da bioética – a solidariedade. **Bioethikós**, São Paulo, v. 7, n. 2, abr/jun. 2013, p. 150-156.

_____; PESSINI, Leo. Dos referenciais da bioética – a espiritualidade. **Bioethikós**, São Paulo, v. 8, n. 1, jan/mar. 2014, p. 11-30.

_____; PESSINI, Leo. Dos referenciais da bioética – a altruísmo. **Bioethikós**, São Paulo, v. 8, n. 4, out/dez. 2014, p. 365-384.

HUMPHRY, Derek; CLEMENT, Mary. **Freedom to die: people, politics and the right-to-die movement**. 1. ed. Livro digital. New York: St. Martin's Griffin, 2011.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL, V. Coord. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

JORNADA NACIONAL DA SAÚDE, I, São Paulo: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <
http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 30 julho 2014.

JOX, Ralf J et al. Substitute decision making in medicine: comparative analysis of the ethico-legal discourse in England and Germany. **Med Health Care and Philos**, v.11, n. 2, p. 153-163, 2008.

KENAYORO, Lazare. Princípioalismo. In: HOTTOIS, Gilbert e Jean-Noël MISSA. **Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente e biotecnologia**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 536-539.

KENIS (a), Yvon. Diretivas antecipadas. In: HOTTOIS, Gilbert e Jean-Noël MISSA. **Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente e biotecnologia**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 235-236.

KENIS (b), Yvon. Testamento de vida. In: HOTTOIS, Gilbert e Jean-Noël MISSA. **Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente e biotecnologia**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 621-624.

KENIS (c), Yvon. Procuração com poderes em matéria de saúde. In: HOTTOIS, Gilbert e Jean-Noël MISSA. **Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente e biotecnologia**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 542.

KENIS (d), Yvon. Eutanásia. In: HOTTOIS, Gilbert e Jean-Noël MISSA. **Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente e biotecnologia**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 353-359.

KFOURI NETO, Miguel. **Direitos do paciente e responsabilidade civil médico-hospitalar: (re) definição conceitual**. 1v. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Teresa Celina Arruda Alvim Wambier. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2005, 389 p.

KOLLAS , Chad; BOYER-KOLLAS, Beth. Closing the Schiavo Case: An Analysis of Legal Reasoning. **Journal of Palliative Medicine**, v.9, n. 5, p. 1145-1163, 2006.

KROON, Benjamin et al. Post-mortem sperm retrieval in Australasia. **Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology**, v.52, p. 487-490, 2012.

KUTNER, Luis. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 44, n. 4, p. 539-554, jul. 1969.

LANGE, Stephen J. Privacy. In: SCHULTZ, David (Ed.). **Encyclopedia of the united states constitution**. 1.ed. New York: Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2009. pp. 576-9.

LARSON, Edward J. From Cruzan to Schiavo: similar bedfellows in fact and law. **Constitutional Commentary**, v. 22, n. 405, p. 405-417, 2005.

LEBBER, Guy. Ética clínica. In: HOTTOIS, Gilbert e Jean-Noël MISSA. **Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente e biotecnologia**. Trad. Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 330-333.

LIM, Anthony. The right to die movement: from Quinlan to Schiavo. 2005. Havard Univesity's DASH repository: Digital access to scholarship at Havard. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:8889450>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

LINTON, Paul Benjamin. The legal status of the unborn child under state law. **St. Thomas Journal of Law & Public Policy**, v. 6, n. 1, p. 141-155, 2011.

LENS, Vicki. Natural death acts. In: KASTENBAUM, Robert (Editor). **Macmillan Encyclopedia of Death and Dying**. USA: Thompson, 2003. p. 608-611.

LO, Bernard. STEINBROOK, Robert. Beyond the Cruzan Case: The U.S. Supreme Court and Medical Practice. **Annals of Internal Medicine**, v.114, n.10, p. 895-901, maio 1991.

MALAKOFF, Marion. Palliative Care/ Physician-Assisted Dying: Alternative or Continuing Care? **Care Management Journals**, v. 7, n.1, p. 41-44, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

MARTINES, Fernando. **Fratricídio perdoado: Júri acata tese de coerção e inocenta homem que matou irmão a pedido dele**, Revista Consultor Jurídico, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-28/juri-sao-paulo-inocenta-homem-matou-irmao->

[pedido-dele](#)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

MAY, Amd T. Physician-Assisted Suicide, Euthanasia, and Christian Bioethics: Moral Controversy in Germany. **Christian Bioethics**, v. 9, n.2-3, p.273-283, 2003.

MCMILLAN, T. M.; HERBERT, C. M. Further recovery in a potential treatment withdrawal case 10 years after brain injury. **Brain Injury**, v.18, n. 9, p. 935-940, set. 2004.

MEISEL, Alan; CERMINARA, Kathy L. **The right to die: The law of end-of-life decisionmaking**. Aspen Publishers Online, 2004.

MEISEL, Alan. Right to die, policy and law. In: POST, Stephen G. **Encyclopedia of bioethics**. 3. ed. v. 4. New York: Thomson Gale, 2003. p. 2385-2395.

MENNE, Bettina; BERTOLLINI, Roberto. End of life decisions: Clinical decisions are increasingly shaped by legal judgments. **BMJ**, v. 331, p. 1284-1285, 3 dez. 2005.

MERCADANTE, Sebastiano; INTRAVAIA, Giuseppe; VILLARI, Patrizia; FERRERA, Patrizia; DAVID, Fabrizio; CASUCCIO, Alessandra. Controlled sedation for refractory symptoms in dying patients. **J Pain Symptom Manage**, v. 37, n. 5, p. 771-779. 2009.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Filipe. Ventilação mecânica e obstinação terapêutica ou distanásia, a dialéctica da alta tecnologia em medicina intensiva. **Revista Portuguesa de Pneumologia**, Lisboa, Portugal, v. XII, n. 3, p. 281-291, mai./jun. 2006.

NATIONAL LEGAL CENTER STAFF. Medical treatment rights of older persons and persons with disabilities: 1991 developments. **Issues In Law & Medicine**, v. 7, n. 4, p.407-428, 1992.

NOGUEIRA, Fabíola Leite; SAKATA, Rioko Kimiko. Sedação paliativa em paciente terminal. **Rev Bras Anesthesiol**, v. 62, n. 4, p. 580-592, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRY, Joshua E.; CHURCHILL, Larry R.; KIRSHNER, Howard S. The Terri Schiavo case: legal, ethical, and medical perspectives. **Annals of Internal Medicine**, v. 143, n. 10, p. 744-748, 2005.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?**. São Paulo: Loyola, Centro Universitário São Camilo, 2004.

_____. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 3. ed. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 9-13.

PINHEIRO, Aline. Corte europeia autoriza hospital na França a suspender alimentação de tetraplégico. *Conjur*, 15 jun. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/corte-europeia-autoriza-hospital-suspender-alimentacao-tetraplegico>>. Acesso em 10 mai. 2016.

POPE, Thaddeus Mason. Responding to request for non-beneficial treatment. **MD Advisor**, v. 5, n. 1, p. 12-17, winter 2012.

_____. 2008-2009 National Health Law Moot Court Competition. Seventeenth Annual National Health Law Moot Court Competition, Southern Illinois University, nov. 2008. In: **Journal of Legal Medicine**, v. 30, n. 4, 2009.

_____. Making medical decisions for patients without surrogates. **The New England Journal of Medicine**, v. 369, n. 21, p. 1976-1978, nov. 2013.

_____. Surrogate selection: an increasingly viable, but limited, solution to intractable futility disputes. **Widener University School of Law**, Widener Law School Legal Studies Research Paper Series n. 10-09, v. 3, n. 183, p. 183-252, fev. 2010.

_____. The case of Samuel Golubchuk: The Dangers of Judicial Deference and Medical Self-Regulation. **The American Journal of Bioethics**, v. 10, n. 3, Widener University Law School, p. 59-61, mar. 2010.

POTTER, Van Rensselaer. Bridge to the future: the concept of human progress. **Journal of Land Economics**, Wisconsin, v. 28, n.1, p. 1-8, feb. 1962.

_____. Bioethics, the science of survival. **Perspectives in Biology and Medicine**, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, v. 14, p. 127-153, 1970.

_____. **Bioethics: bridge to the future**. Jersey: Englewood Cliffs, Prentice-Hall, INC., 1971.

_____. Palestra apresentada em vídeo no IV Congresso Mundial de Bioética em Tóquio, Japão de 4-7 nov. 1998. Transcrição e tradução de Leo Pessini. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, ano 22, v.22, n.6, p. 370-374, nov/dez 1998.

QUILL, Timothy E. Initiating end-of-life discussions with seriously ill patients: addressing the “elephant in the room”. **The Journal of the American Medical Association**, v.284, n.19, p. 2502-2507, nov. 2000.

RAO, Jaya K.; ALONGI, Jeanne; ANDERSON, Lynda A.; JENKINS, Larry; STOKES, George-Ann; KANE, Mary. Development of public health priorities for end-of-life initiatives. **American Journal of Preventive Medicine**, United States of America, v.29, n.5, p. 453-460, 2005.

REIS, Wanderlei José dos. [O júri no Brasil e nos Estados Unidos: algumas considerações](#). **Jus**

Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3490, 20 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23474>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Eutanásia: viver bem não é viver muito. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=209&p_ch=>. Acesso em: 30 jul 2014.

REICH, Warren Thomas. The word "bioethics": the struggle over its earliest meanings, **Kennedy Institute of Ethics Journal**, vol. 5, n. 1, mar. 1995, p. 19-34.

RODRIGUES, Fabio. 'Foi uma decisão difícil', diz homem que matou irmão tetraplégico a tiros. G1, São Carlos e Araraquara, 28 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/10/foi-uma-decisao-dificil-diz-homem-que-matou-irmao-tetraplegico-tiros-rio-claro.html>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

ROSCOE, Lori A.; OSMAN, Hana; HALEY, William E. Implications Of The Schiavo Case For Understanding Family Caregiving Issues At The End Of Life. **Death Studies**, v. 30, n.2, p.49-161, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise na perspectiva da doutrina e judicatura do Ministro Carlos Ayres Britto. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Coord). **Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 231-260.

SAYERS, Gwen M. Non-Voluntary Passive Euthanasia: The Social Consequences of Euphemisms. **European Journal of Health Law**, v.14, n. 3, p. 221-240, 2007.

SCHRAMM, Fermin Roland. Niilismo tecnocientífico, holismo moral e a 'bioética global' de V. R. Potter. **História, Ciências, Saúde**, vol. IV, n. 1, p. 95-115, mar. - jun. 1997.

SCHÜKLENK, Udo; DELDEN, Johannes J. M. Van; DOWNIE, Jocelyn; MCLEAN, Sheila A. M.; UPSHUR, Ross; WEINSTOCK, Daniel. End-of-Life Decision-Making in Canada: The Report by the Royal Society of Canada Expert Panel on End-of-Life Decision-Making. **Bioethics**, vol. 25, n. S1, p. 1-73, 2011.

SCHULTZ, David. Fourth amendment. In: SCHULTZ, David (Ed.). **Encyclopedia of the united states constitution**. 1.ed. New York: Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2009. p. 291-294.

SEMINARA, Sergio. La dimensione del corpo nel diritto penale. In: RODOTÀ, Stefano e ZATTI, Paolo. **Trattato di biodiritto**. Tomo I, Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 189-230.

SHEPHERD, Lois. State legislative proposals following Schiavo: what are they thinking?. **Florida State University College of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 193, april 2006.

SMOLIN, DM. The free exercise clause, the Religious Freedom Restoration Act, and the right to active and passive euthanasia. **Issues Law Med.**, v. 10, n.1, p.3-54, 1994.

SNEAD, O. Carter. Dynamic complementarity: Terri's law and separation of powers principles in the end-of-life context. **Florida Law Review**, Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper, v. 57, n. 06-04, p. 53-89, 2005.

SOLARINO, Biagio et al. A national survey of Italian physicians' attitudes towards end-of life decisions following the death of Eluana Englaro. **Intensive Care Med**, v. 37, n.3, p. 542-549, mar. 2011.

STERCKX, Sigrid; RAUS, Kasper; MORTIER, Freddy. **Continuous sedation at the end of life: ethical, clinical, and legal perspectives**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Informativo n. 328**, de 12 de novembro de 2003. Recurso Extraordinário n. 387974/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 14 de outubro de 2003, publicado em 26 de março de 2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo328.htm#Assistente da Acusação e Legitimidade para o RE \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo328.htm#Assistente%20da%20Acusacao%20e%20Legitimidade%20para%20o%20RE%20(Transcricoes))>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 144, julgada em 6 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144EGrau.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

SYKES, Nigel; THORNS, Andrew. Sedative use in the last week of life and the implications for end-of-life decision making. **Arch Intern Med**, v. 163, n. 3, p. 341-344, 2003.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

UNITED STATES COURT OF APPEALS. **Vacco v. Quill**. New York, 1997. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/793/case.pdf>>. Acesso em 16 abr. 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). **Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP: documento eletrônico e impresso parte I (ABNT)**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Sistema Integrado de Bibliotecas da USP, 2009.

_____. Biblioteca virtual de direitos humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, 1789. Disponível em:<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

UNIVERSITY OF TORONTO: JOINT CENTRE FOR BIOETHICS. **Living will**. Disponível em: <http://www.jointcentreforbioethics.ca/tools/documents/jcb_livingwill.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2012.

URBAN, C. A.; HOEPERS, R.; DA SILVA, I.M.; JÚNIOR, R.A.A.. Implicações éticas das ordens de não ressuscitar. **Rev Assoc Med Bras**, v. 47, n. 3, p.244-8, 2001.

USA. District Court of Appeal, Second District. In re Guardianship of Schiavo. Florida, 24 January 2001.

_____. Court of Appeals. Wright v. Johns Hopkins Health Systems Corp. Maryland, 20 April 1999.

_____. District Court of Appeal, Second District. In re Guardianship of Schiavo. Florida, 11 July 2001.

_____. District Court of Appeal, Second District. In re Guardianship of Schiavo. Florida, 17 October 2001.

_____. District Court of Appeal, Second District. In re Guardianship of Schiavo. Florida, 6 June 2003.

_____. Supreme Court. Matter of Edna M.F. Wisconsin, 12 June 1997.

VATICAN. **Discurso del Santo Padre Pio XII sobre tres cuestiones de moral médica relacionadas con la reanimación**, 24 de noviembre de 1957. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1957/documents/hf_p-xii_spe_19571124_ranimazione.html>. Acesso em: 20 fev. 2016.

VIANA, Alice Pompeu. Terminalidade da vida e dignidade humana. Dissertação de Mestrado. 2014, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4730/21e.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2015.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, vol. 16, n. 1, 2008. p. 61-83.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, vol. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

WELSH, Susan F. **Mental Capacity Legislation: Principles and Practice**. London: The Royal College of Psychiatrists, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Report by the Secretariat: Strengthening of palliative care as a component of integrated treatment throughout the life course**. 20 dez. 2013. Disponível em: <http://www.paliativo.org.br/biblioteca_resultadobusca.php?page=1>. Acesso em: 20 mar. 2016.

WHITE, Douglas B. et al. Life Support for Patients without a Surrogate Decision Maker: Who Decides? **American College of Physicians**, v. 147, n.1, p.34-40, jul. 2007.

WHITE, Douglas B.; POPE, Thaddeus M. The courts, futility, and the ends of medicine. **American Medical Association**, v. 307, n. 2, p. 151-152, jan. 2012.

WILKINSON, Anne; WENGER, Neil; SHUGARMAN, Lisa R.. **Literature review on advance directives**. Washington, D.C.: U.S. Department of Health and Human Services, 2007. 83 p.

WILLMOTT, L; WHITE, Ben; HOWARD, Michelle. Overriding Advance Refusals Of Life-Sustaining Medical Treatment. **Medical Law**, v. 25, n. 4, p.647-661, 2006.

GLOSSÁRIO DE CASOS JUDICIAIS POR ORDEM CRONOLÓGICA

(1976, EUA) Caso Karen Ann Quilan

Karen tinha 21 anos de idade quando foi internada no Newton Memorial Hospital, Estado americano de New Jersey. Ela misturou bebida alcóolica com remédios para emagrecer e foi encontrada desacordada com parada cardiorrespiratória. Após alguns meses em estado vegetativo persistente, os pais de Quinlan solicitaram a retirada do tubo de ventilação artificial. Para isso, tiveram que ingressar na justiça. (PESSINI, 2004, p. 110). Em 1976, o Tribunal reconheceu que o ato de retirar o suporte de ventilação artificial de um paciente em estado vegetativo persistente não configuraria homicídio, nem negligência médica, porque tal recusa de tratamento estaria embasado, entre outros fundamentos, no direito constitucional à privacidade. Ademais, reiterou-se a autodeterminação do paciente no processo de tomada de decisão terapêutica (LIM, 2005, p. 6), elegendo-se os pais de Quinlan como substitutos legais dessa deliberação.

(1988, Reino Unido) Re K, Re F

Em 1985, o parlamento inglês aprovou a *Lei da Procuração com Mandato Duradouro* – do inglês, *Enduring Power of Attorney (EPA)* – em que se permitiu que um advogado ou procurador legal agisse em nome de outra pessoa mesmo após a perda da sua capacidade mental, diferentemente, portanto, de outros tipos de procuração. Entretanto, em 1988, em *Re K, Re F*, o Ministro da Justiça asseverou a exigência de capacidade mental suficiente para a elaboração da EPA. Posteriormente, em 2005, a Lei da Capacidade Mental – *The Mental Capacity Act* – transformou a EPA em *Lasting Power of Attourney (LPA)*, facilitando a atuação do mandatário nas tomadas de decisão em relação a assuntos pessoais e financeiros. (WELSH, 2013, p. 61-63).

(1990, EUA) Caso Nancy Cruzan

Em 1983, quando tinha 25 anos de idade, Nancy teve danos cerebrais significativos devido à falta de oxigenação após acidente de carro, permanecendo em estado vegetativo persistente. Passados cinco anos nessa condição, ante a situação de irreversibilidade, seus pais solicitaram judicialmente a suspensão do tudo de alimentação e hidratação artificiais, permitindo a morte da filha. (LARSON, 2005, p. 407). Em 1990, a Suprema Corte dos Estados Unidos (EUA) reconheceu que o direito à suspensão da hidratação e alimentação artificiais inclui-se no direito

de recusar tratamento médico e que esse, por sua vez, encontra-se fundado no direito constitucional à privacidade. Para o exercício daquele direito, os indivíduos adultos e capazes deveriam manifestar a sua vontade mediante a elaboração de diretivas antecipadas. Por outro lado, para aqueles que estiverem incapazes de exercer a sua autonomia, tornar-se-ia necessária a apresentação de provas claras e convincentes do desejo do paciente. (LO; STEINBROOK, 1991, p. 895-896).

(1992, EUA) In Matter of Guardianship of L.W.

L.W. era um homem de 77 anos de idade com uma longa história de esquizofrenia quando sofreu uma parada cardíaca, permanecendo em estado vegetativo persistente. Não tinha amigos próximos, parentes e não havia qualquer evidência sobre o tipo de tratamento terapêutico de final de vida desejado. Ainda assim, em 1992, a Suprema Corte de Wisconsin reconheceu às pessoas em estado vegetativo persistente, por meio de seus guardiães legais, o direito de recusar tratamento de manutenção de vida, inclusive a suspensão da hidratação e da nutrição artificiais. (HEITZ, 2007, p. 344).

(1996, EUA) In re Guardianship of Mason

Elma Mason era uma mulher de 77 anos de idade que sofria de insuficiência cardíaca, anemia, diabetes, hipertensão pulmonar e demência suave e estava internada no Hospital Geral de Massachusetts. Nomeou-se, então, o seu filho Joseph como guardião temporário. No entanto, quando tal nomeação expirou, o Hospital requereu a nomeação de outro tutor por entender que as atitudes do filho não se coadunavam com o melhor interesse da mãe. Em agosto de 1996, nomeado guardião temporário, o Hospital pediu autorização judicial para acrescentar uma ordem de não ressuscitação (ONR) no prontuário da Sra. Mason. Contra tal pedido, Joseph reivindicou a legitimidade da representação para a tomada de decisão terapêutica relacionada à sua mãe baseado em procurações com poderes em matéria de saúde elaboradas por ela. Todavia, o Tribunal decidiu que: (1) como o Hospital era o guardião temporário da paciente, ele poderia tomar decisão terapêutica sobre ela; (2) as evidências médicas mostraram que a ONR se coadunava ao melhor interesse da paciente; e (3) apesar das procurações que autorizavam a tomada de decisão sub-rogada, o filho não se mostrava capaz de tomar a melhor decisão para a mãe (ELDER LAW ANSWERS FOR ATTORNEYS, *online*).

(1997, EUA) In Matter of Guardianship of Edna M.F.

Edna M.F. era uma mulher de 71 anos de idade com demência relacionada à doença de Alzheimer. Embora não precisasse de um respirador, estava acamada e recebia hidratação e nutrição de forma artificial. Em 1997, a Suprema Corte de Wisconsin não acolheu o pedido do guardião legal para a suspensão da hidratação e alimentação artificial porque Edna não estava em um estado vegetativo persistente e porque não havia evidência sobre o tipo de tratamento terapêutico de final de vida desejado pela paciente. (HEITZ, 2007, p. 344). Assim, na ausência de uma diretiva antecipada, o guardião de uma pessoa incompetente só pode solicitar a suspensão do tratamento médico, incluindo a nutrição e a hidratação, se a pessoa incompetente estiver em “estado vegetativo persistente”.

(1997, EUA) Washington v. Glucksberg

No Estado de Washington, um paciente terminal com AIDS pediu um remédio letal ao seu médico, Dr. Harold Glucksberg, que se recusou a prescrever devido à lei estadual que proibia o suicídio medicamente assistido. Então, o paciente cometeu suicídio, pulando de uma ponte. A partir disso, juntamente com outros médicos, o Dr. Harold e mais três pacientes terminais questionaram a constitucionalidade dessa lei estadual. A decisão de primeira instância acolheu o pedido, reconhecendo a violação do princípio do devido processo legal, previsto na Décima Quarta Emenda à Constituição Federal Americana, que dispõe que: “Nenhum estado poderá fazer leis que cerceiem qualquer direito, privilégio, ou proteção aos cidadãos... a menos que ele tenha sido [declarado] culpado por um crime em um Tribunal segundo o devido processo legal”. Assim, a lei foi considerada inconstitucional por cercear o direito a cometer suicídio dos pacientes que não foram declarados culpados por qualquer crime. Embora a decisão de primeira instância tenha sido favorável, eles perderam nas duas instâncias seguintes. Em 26 de junho de 1997, a Suprema Corte concluiu que não existe um direito constitucional ao suicídio medicamente assistido. Logo, as leis estaduais que vedam tal prática não são inconstitucionais. (DEVETTERE, 2009, p.327-8).

(1997, EUA) Vacco v. Quill

Em Nova York, o Dr. Quill e mais dois médicos ajuizaram uma ação judicial, pedindo a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que proíbe o suicídio assistido. Defenderam que a sedação “terminal” é uma forma de suicídio assistido e que, portanto, sendo legalmente permitida, o suicídio assistido deveria ser legalizado. O pedido foi acolhido na primeira instância que julgou não haver proteção igualitária a todos os pacientes terminais: alguns

recebiam assistência médica para morrer com a remoção de suporte vital, enquanto os que não dependiam de tais equipamentos não poderiam receber auxílio medicamente para o suicídio com a prescrição de drogas letais. (DEVETTERE, 2009, p. 328-31). Entretanto, em 1997, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou a constitucionalidade da lei, asseverando não haver qualquer violação de direitos fundamentais na lei estadual que proíbe o suicídio assistido, pois tanto a lei que permite a recusa de tratamentos médicos quanto a lei proibitiva da assistência ao suicídio não tratam qualquer pessoa de forma discriminatória. Ademais, esclareceu que o princípio da igualdade admite o tratamento diferenciado quando envolver práticas diversas: “A distinção entre deixar um paciente morrer [recusa de tratamentos] e fazer esse paciente morrer [suicídio assistido] é importante, lógica, racional e bem estabelecida” (UNITED STATES COURT OF APPEALS, 1997, p.793-4), pois, no primeiro caso, o paciente morre em razão de uma doença fatal subjacente; e, no segundo, morre ao ingerir a medicação letal prescrita por um médico (LENS, 2003, p. 610). Por fim, a Suprema Corte dos EUA (1997, p.808) distinguiu o suicídio assistido da sedação terminal, legitimando a prática dessa: “É amplamente reconhecido que o fornecimento de medicação para a dor é ética e profissionalmente aceitáveis [...] o medicamento se destina a aliviar a dor e desconforto grave, e não causar a morte”.

(1999, EUA) Wright v. Johns Hopkins Health Systems Corp.

O paciente Robert Lee Wright, com AIDS, formulou testamento vital dirigido para os profissionais de cuidados de saúde, recusando tratamentos médicos de manutenção da vida, incluindo esforços de ressuscitação. Durante um procedimento de transfusão de sangue, Wright sofreu uma parada cardíaca. Ele foi ressuscitado e morreu dez dias depois. A família processou a equipe de saúde em razão de o testamento vital ter sido negligenciado. (HOFFMANN; SCHWARTZ, 2006, p.31). Todavia, O Tribunal de Apelação de Maryland julgou a ação improcedente por considerar que o “desejo aberto e generalizado” a um médico plantonista não constitui uma ordem de não ressuscitar (ONR). Além disso, asseverou que uma parada cardíaca súbita e imprevista em paciente “não terminal”, nos termos da legislação específica daquele Estado, como era o caso de Wright, prescinde de consentimento informado.

(2005, EUA) In re Guardianship of Schiavo

Terri Schiavo tinha 26 anos de idade quando sofreu uma parada cardiorrespiratória, em 1990, permanecendo em estado vegetativo persistente. Michael Schiavo, seu marido, tornou-se então seu representante legal sem objeção de seus pais na época. Após vários anos sem qualquer melhora e apoiado na declaração de que Terri não gostaria de viver daquela forma, Michael

solicitou, em 1998, a remoção do tudo de alimentação, nos termos da lei autorizadora da Flórida. Em 24 de abril de 2001, o tudo foi removido pela primeira vez, porém foi reinsertado vários dias depois. Em 25 de fevereiro de 2005, proferiu-se nova autorização judicial para a suspensão da alimentação. Após vários apelos, o governo federal – por meio do então Presidente George W. Bush, assinou nova legislação para mantê-la viva. Porém, a Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou a decisão original que autorizou a remoção do tubo de alimentação. Schiavo faleceu no dia 31 de março de 2005. (PERRY; CHURCHILL, et.al., 2005, p. 744-745)

(2005, Reino Unido) R (Burke) v. General Medical Council

Por ter uma condição neurológica degenerativa progressiva, a ataxia espinocerebelar, Burke, um homem de 45 anos de idade que na época se encontrava limitado a uma cadeira de rodas, ajuizou uma ação, exigindo a implantação de sonda para alimentação e hidratação artificiais quando perder a capacidade de engolir, em desacordo com o regulamento do Conselho Médico Geral – *General Medical Council (GMC)* – que considera tratamento fútil a manutenção da hidratação e alimentação artificiais em determinados pacientes. Para ele, ao perder a capacidade de se comunicar com a equipe de saúde, a suspensão da hidratação e alimentação artificiais causar-lhe-ia grave sofrimento físico e mental em violação flagrante aos seus direitos humanos. O Tribunal de Apelação da Suprema Corte de Justiça julgou que seria ilegal não observar o desejo de alimentação e hidratação artificiais de paciente competente (MENNE; BERTOLLINI, 2005, p. 1285)

(2009, Itália) Eluana Englaro

Em 1992, Eluana Englaro tinha 21 anos de idade quando sofreu um acidente de carro, permanecendo em estado vegetativo persistente por dezessete anos. Seu pai iniciou então uma batalha judicial para garantir o direito de deixá-la morrer. Em razão da grande comoção social gerada na Itália e da mobilização da Igreja Católica, a autorização judicial para a retirada da alimentação e hidratação só ocorreu dez anos depois em 09 de fevereiro de 2009. De acordo com a Corte de Cassação do Tribunal de Lecco, o consentimento informado inclui o direito de recusar tratamento médico, mesmo que acarrete a morte do paciente, não se configurando eutanásia. Ademais, na ausência de diretiva antecipada, o guardião legal deverá balancear o direito à vida com a concepção de dignidade e decoro do paciente. (GENTILI; GROPP, 2011, p. 73-75)

(2015, França) Lambert and Others v. France

Vincent Lambert tinha 32 anos de idade sofreu um acidente de carro que lhe deixou inconsciente e acamado. Em 2013, a equipe de saúde responsável pelo tratamento de Lambert iniciou os procedimentos formais para suspender a sua alimentação por sonda. Entretanto, seus pais e irmãos não concordaram com a retirada da sonda e iniciaram uma batalha judicial. Não obstante a eutanásia e o suicídio assistido sejam proibidos, a Justiça Francesa, fundada na Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, autorizou a suspensão de tratamento médico considerado irrazoável, incluindo-se a alimentação e hidratação artificiais. Esgotados os recursos judiciais internos, a família recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos que autorizou o hospital francês a suspender a alimentação, considerando válido o depoimento da esposa de Lambert de que o mesmo não gostaria de viver daquela forma, bem como a lei interna legitimadora de tal prática. (PINHEIRO, 2015, *online*).