XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sébastien Kiwonghi Bizawu; Mônica Neves Aguiar Da Silva; Heron José de Santana Gordilho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-398-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. 4.Proteção.
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

Prezados leitores: a Revista de Direito Animal e Biodireito, apresenta volume 2, número 2, para divulgar trabalhos de pesquisa em Bioética e Direito Animal produzidos pelos programas de pós-graduação do Brasil.

O artigo A INFLUENCIA DA BIOÉTICA NO BIODIREITO, de Lívia Rosa Franco Ferreira e Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes, professores da Faculdade de Saúde e Ecologia Humana (MG) abordarão a vedação do non liquet no biodireito brasileiro.

O artigo A REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO, de Raphael Rego Borges Ribeiro, doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (BA), avaliará se a reprodução assistida é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo O DILEMA ENVOLVENDO A TESTEMUNHA DE JEOVÁ E A TRANSFUSÃO DE SANGUE: UMA ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de Marcos Jose Pinto, professor da Universidade federal de Mato Grosso do Sul (MS), analisará o conflito entre os direitos fundamentais da vida e da liberdade religiosa nos casos em recusa a transfusão de sangue por motivos religiosos.

O artigo A RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE NA ATUALIDADE: POR UMA VISÃO ALÉM DO DEBATE ENTRE AUTONOMIA E INFORMAÇÃO, de Marina Carneiro Matos Sillmann, professora da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas gerais (FALESTE-MG) e Marcelo De Mello Vieira, Carlos Alexandre Moraes, PROFESSOR DA FACULDADE DE ESTUDOS ADMINISTRATIVOS DE MINAS GERAIS (MG), vai analisar modelos colaborativos entre os profissionais de saúde e os pacientes,sem que isto represente uma redução de autonomia daqueles que se encontra em situação de vulnerabilidade.

Carlos Augusto Lima Franco, Mestre em Ciências da Religião pela Universidade do Estado do Pará se propõe a analisar, pelo artigo SACRIFÍCIO DE ANIMAIS, PROTEÇÃO AMBIENTAL E LIBERDADE: UM DIÁLOGO POSSÍVEL?, os aspectos constitucionais da prática de sacrifícios animais enquanto manifestação da liberdade religiosa. Procura, ainda,

enfatizar que esta só tem sentido enquanto modo de se determinar em razão da crença, havendo precípua necessidade de respeito às distintas expressões de fé, ainda que não pertencentes à denominada "cultura majoritária".

A revista inicia com o artigo ANIMAIS NÃO-HUMANOS E O INSTITUTO DA GUARDA NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA, das professoras Leonora Roizen Albek Oliven e Mery Chalfun, da Universidade Veiga de Almeida (RJ), analizarão a necessidade de reconhecer a natureza jurídica dos animais como sujeito de direitos, atribuindo a guarda responsável em casos de rompimento ou modificação da relação familiar.

O artigo E DIREITO: O AFETO COMO FUNDAMENTO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE, de autoria da professora Doutora Tereza Rodrigues Vieira, professora do programa de mestrado em Direito da Universidade Paranaense (PR), irá demonstrar a importância dos estudos teóricos e empíricos desenvolvidos pela antrozoologia e sua repercussão jurídica nas discussões sobre a família multiespécie.

O artigo A DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL E O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FLUMINENSE N. 2.895/1998, de Cleuber Lucio Santos Júnior, mestrando em Direito pela Dom Helder Câmara, que analisará os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Fluminense n. 2.895/98.

Mayana Sales Moreira, Mestre em Direitos Sociais e Novos Direitos, busca analisar pelo trabalho intitulado "O TESTAMENTO VITAL E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SEU CONTEÚDO" quais situações casuísticas permitem ou não a recusa de tratamentos médicos, no sentido de que nem todo conteúdo do testamento vital poderá ser atendido pelo médico, haja vista a necessidade de se analisar sua compatibilidade com o Código Penal Brasileiro que proíbe, por exemplo, a eutanásia.

O artigo A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PET SHOP, MÉDICO E CLÍNICA VETERINÁRIAN PELOS DANOS CAUSADOS AOS ANIMAIS, de Carlos Alexandre Moraes e Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi, professores da Faculdade de Direito da UNICESUMAR, analizará a responsabilidade civil dos profissionais que desenvolvem suas atividades em clínicas veterinárias e pets shops, em razão de danos causados aos animais sob os seus cuidados.

A autora Liliana Maria Gomes, em seu artigo intitulado “ANIMAL: SUJEITO OU INSTRUMENTO?”, aborda a relação do homem com os animais não humanos, analisando o

pensamento de autores que tratam do tema, como Peter Singer, apontando a utilização de animais vivos em práticas de ensino superior e em pesquisas científicas. Como conclusão, “os animais podem e devem ser utilizados na pesquisa/educação, porém, não como objetos de estudo, mas enquanto sujeitos, como pacientes, assim como os humanos participam nas pesquisas clínicas, sendo tratados com respeito à sua integridade física e com o mínimo de sofrimento possível.”

DIREITO DO MAR: PESCA E PROTEÇÃO AO ATUM EM ALTO-MAR, da autoria de Cristiana Nepomuceno De Sousa Soares e André de Paiva Toledo, procura analisar a aplicabilidade e efetividade da Convenção de Montego Bay na proteção do Atum Azul da pesca predatória. Cabe, então, ao direito do mar apresentar respostas à preservação de algumas espécies de peixe, considerando que a Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNDUM) é um instrumento jurídico internacional, representando um avanço no direito internacional ambiental. Os autores ressaltam a importância da decisão do Tribunal Internacional do Direito do Mar no caso do atum de barbatana azul envolvendo a Austrália e Nova Zelândia contra Japão para preservação desta espécie para o ecossistema marinho e os limites da pesca, colocando o sistema de quotas de pesca como fundamental para a sustentabilidade da exploração econômica dos recursos naturais do alto-mar.

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros e Paloma Rolhano Cabral no DIREITO DOS ANIMAIS E AS POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA NO CONTROLE DE ZOONOSES: UMA CRÍTICA AO TRATAMENTO DA LEISHMANOISE questionam a efetividade dos tratamentos utilizados no Brasil, tendo em vista a existência de condutas alternativas que preservam a vida do animal. Para as autoras, “as medidas adotadas pelo Ministério da Saúde desrespeitam o preceito de constitucionalidade das ações governamentais e não encontram eco entre as medidas juridicamente aceitáveis para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.”

O problema da possibilidade e limites do uso de técnicas de seleção embrionária é tratado com afinco por Ana Letícia Valladão Giansante e Sérgio Nojiri no título "DESIGNER BABIES: ASPECTOS BIOÉTICOS DA SELEÇÃO EMBRIONÁRIA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA". Discutem a possibilidade de uso dessas técnicas estabelecendo uma distinção entre finalidade terapêutica ou não terapêutica. Concluem pela ausência de um critério específico mesmo naquele caso.

Suelen de Souza Fernande, a seu turno, no artigo “OS ANIMAIS, OS ZOOLÓGICOS E O CONFLITO DE DIREITOS” analisa a situação jurídica dos animais no ordenamento jurídico pátrio e sua efetiva proteção. O reconhecimento dos direitos aos animais não humanos afastaria o seu uso da prática cultural de mantê-los presos em zoológico.

CARNIVORISMO E CIÊNCIA: A DOMINAÇÃO MASCULINA PERPETUADA PELO DIREITO é tema do artigo trazido pela mestranda Gabrielle Tabares Fagundez e Paulo Roney Ávila Fagundez. Buscam os autores analisar, criticamente, a subjugação reproduzida pelos hábitos alimentares, ciência e direito sobre os animais, traçando parâmetros comparativos com a dominação realizada sobre as mulheres na sociedade patriarcal.

Isadora Orbage de Britto Taquary, sob o título O DIREITO À MORTE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, destaca que a compreensão da morte e do morrer vem sofrendo grandes mudanças no decorrer da história, juntamente com as transformações da sociedade em relação às atitudes frente à morte. Analisa, ainda, os conceitos de morte e sua definição para o fim de compreender a eutanásia, o suicídio assistido , a distanásia e a ortotanásia, averiguando suas esferas no Brasil e buscando a reflexão desses métodos que amenizam o sofrimento à luz da dignidade da pessoa humana.

Aracelli Mesquita Bandolin Bermejo e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador estudam os limites da autodeterminação nos negócios biojurídicos e a autonomia bioética a eles aplicada no artigo A AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: UMA NECESSÁRIA RELEITURA DA AUTONOMIA PRIVADA SOB O ASPECTO LIBERAL.

Temos a certeza de que o público leitor encontrará nesta versão da Revista material de alto padrão.

Profª. Drª. Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu (Dom Hélder

Câmara) Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho (UFBA)

O TESTAMENTO VITAL E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DE SEU CONTEÚDO.

THE LIVING WILL AND THE BRAZILIAN CRIMINAL CODE: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF ITS CONTENT

Mayana Sales Moreira

Resumo

Artigo que visa analisar o testamento vital, no que tange a compatibilidade de seu conteúdo com o Código Penal. A Constituição Federal confere proteção à vida, razão pela qual o Direito Penal veda determinadas condutas de antecipação da morte, como o auxílio ao suicídio e a eutanásia. Por não se tratar de antecipação da morte, a ortotanásia é conduta lícita no Brasil. Diante disso, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.805/2006 e nº 1.995/2012, privilegiou a autonomia do paciente. É necessário, contudo, analisar a compatibilidade de suas declarações com o Código Penal.

Palavras-chave: Autonomia, Testamento vital, Direito à vida, Resolução 1995/2012, Ortotanásia

Abstract/Resumen/Résumé

This article was developed based on an analysis of the implementation of living wills, a form of advance consent as representation of individual self-determination. The Constitution protects the right to life, reason why Criminal Law forbids certain practices of acceleration of death. However, as not recognized as death anticipation, orthotanasia is a legal procedure in Brazil. The Federal Medicine Council, then, regulated the possibility of self-determination of the patient, initially through Resolution. Nevertheless, one needs to observe the compatibility between the statement previously given by the patient and the Brazilian laws.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autonomy, Living will, Right to life, Resolution nº 1995/2012, Orthotanasia

INTRODUÇÃO:

O conceito de autonomia não é uníssono, tendo sofrido grande variação ao longo da história, sendo possível afirmar que, na atualidade, possui estreita ligação com a capacidade de autodeterminação do indivíduo. No campo biomédico, a autonomia tem grande relevância quando se analisa a vontade do paciente, tendo se desenvolvido com as denominadas Diretivas Antecipadas de Vontade, gênero do qual o testamento vital é espécie. Por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade permite-se a manifestação de vontade do indivíduo sobre a realização ou não de determinados tratamentos em caso de incapacidade superveniente.

O presente artigo busca examinar a compatibilidade do Testamento Vital com o Código Penal Brasileiro no que tange ao seu conteúdo, buscando-se verificar as situações casuísticas que permitem a recusa de tratamentos e, como consequência, torna eficaz a manifestação de vontade previamente registrada em um testamento vital.

Para tanto, é necessário analisar os avanços tecnológicos no âmbito da medicina e suas consequências, além das situações relacionadas com o final da vida, fazendo-se sua correspondência com a autonomia do paciente. Nesta linha, faz-se indispensável diferenciar a eutanásia, a ortotanásia, a distanásia e o suicídio assistido. A verificação dessa distinção é primordial para que se entenda, partindo-se da análise do Código Penal e da resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina, qual o conteúdo o Testamento Vital pode apresentar para ser considerado válido.

2. A AUTONOMIA INDIVIDUAL EM SITUAÇÕES DE TERMINALIDADE E ABREVIAMENTO DE VIDA.

O avanço dos recursos tecnológicos a disposição da medicina nas últimas décadas, com o surgimento de novos tratamentos, medicamentos, novas aparelhagens, é indiscutível. Esses avanços possibilitaram a melhoria da qualidade de vida dos pacientes, o aumento na expectativa de vida das pessoas, bem como a cura de doenças outrora consideradas incuráveis. Contudo, nem sempre as consequências da utilização da tecnologia na área médica podem ser consideradas positivas, sendo necessário verificar quais seriam os limites, como base em uma conduta ética, de sua utilização.

GARRAFA (1998, p.99), analisando as consequências oriundas do avanço tecnológico na medicina, afirma que “se, por um lado, todas essas conquistas trazem na sua esteira renovadas esperanças de melhoria da qualidade de vida, por outro criam uma série de contradições que

necessitam ser analisadas responsavelmente com vistas ao bem estar futuro da espécie humana".

Assim, para além das discussões relativas a pesquisa em seres humanos, é necessário correlacionar o avanço do aparato tecnológico a disposição da medicina com a autonomia do paciente, principalmente no que se refere as questões relativas à manutenção da vida e à morte. Isto porque, a aparelhagem tecnológica à disposição da medicina atualmente, além dos benefícios já citados, permite uma interferência direta na vida e na morte do indivíduo, prolongando a vida de pacientes em estado terminal – ainda que isso só prolongue o sofrimento dos mesmos -; mantendo artificialmente a vida; e, também, de forma contrária aos exemplos citados, antecipando a morte do paciente.

O conceito bioético de autonomia tem relação com o poder de autodeterminação do paciente, ou seja, à sua capacidade em decidir sobre a realização ou não de determinados tratamentos ou procedimentos médicos, sem a influência de agentes externos. Contudo, nem sempre o desejo do paciente e, consequentemente a sua autonomia, poderá ser respeitado. Para que se possa entender, neste ponto, quais as circunstâncias permitem o amplo atendimento da autonomia do paciente, é necessário fazer alguns esclarecimentos acerca dos conceitos de eutanásia (e suas espécies), da ortotanásia, da distanásia, do suicídio assistido, principalmente no que tange à permissão da ação de terceiros que impliquem na efetivação da morte do agente. Isto porque as condutas praticadas por terceiras pessoas, ainda que com a permissão do próprio indivíduo, podem indicar o respeito a sua autonomia, mas nem sempre são compatíveis com os ordenamentos jurídicos, mais precisamente com o Código Penal Brasileiro.

Essa correlação possui especial relevo em relação às discussões sobre o testamento vital no Brasil, na medida em que, para que se possa delimitar o conteúdo válido desse documento, é necessário verificar se há compatibilidade entre a vontade do paciente e o ordenamento jurídico.

2.1 A EUTANÁSIA E SUAS ESPÉCIES.

O termo "eutanásia", na forma em que é concebido modernamente, é atribuído ao filósofo inglês Francis Bacon, que a teria criado a partir da junção dos radicais gregos eu (bom, bel, verdadeiro) e thanatos (morte). Assim, a eutanásia designava a ação do médico que propiciava ao doente uma morte leve e doce, quando já não havia mais esperança (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 07). Contudo, essa não é acepção que é atribuída ao termo atualmente. ROXIN

(2008, p. 189) conceitua a eutanásia como sendo "a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração a sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana".

A finalidade da eutanásia é, portanto, retirar o paciente, através da antecipação de sua morte, de um sofrimento intenso, angustiante e insuportável, quando este já não é mais possível de ser revertido. Percebe-se, por esta concepção, que existe na conduta daquele que pratica a eutanásia um elemento subjetivo: a piedade. Em outras palavras, a pessoa que pratica a eutanásia é movida por compaixão, por amor ao próximo, buscando atender aos interesses do paciente. Sem o sentimento de compaixão pelo próximo, não é possível falar-se em eutanásia.

Deste modo, se na prática da eutanásia se busca atender o desejo daquele que sofre acometido por doença incurável, resta evidente que a decisão de antecipar a morte para encerrar esse sofrimento deve ser do próprio paciente ou, diante de sua impossibilidade, de sua família, mas nunca do médico. Em outras palavras, se a dor é considerada suportável pelo paciente, não cabe ao médico entender o contrário e causar-lhe a morte sob o pretexto de findar o sofrimento. Ao médico cabe tão somente relatar ao enfermo e a família a sua condição clínica, bem como as perspectivas de cura e de evolução do tratamento.

> No que tange ao poder de decisão, enquanto as condutas restritivas são decisões médicas, (embora devam, como toda conduta médica, ser discutidas com o paciente e a família), defende-se que, diversamente, a eutanásia é uma decisão eminentemente familiar, social e jurídica, diante de um parecer médico. A decisão de interromper a vida não deve ser uma decisão médica (VILLAS-BÔAS, 2005, p.78).

Nada obstante, uma vez externada a intenção do enfermo ou de sua família na realização da eutanásia, cabe ao médico executá-la e não a um particular, sem nenhum conhecimento técnico da medicina. Trata-se de procedimento de exceção, podendo ser realizado somente se respeitados os parâmetros específicos estabelecidos nos ordenamentos jurídicos que o permitem, sob pena de se perder totalmente o controle e banalizar a medida.

Neste ponto, COSTA E DINIZ (COSTA; DINIZ, 2001, p. 161) ponderam

> permitir ou mesmo facilitar a morte de alguém não necessariamente transforma um médico ou uma enfermeira em um assassino. Há uma diferença fundamental entre esses dois personagens. O profissional de saúde, que age guiado pela solidariedade ao sofrimento e pratica a eutanásia a pedido do paciente (e somente nessas condições), pauta-se na certeza de que a deliberação livre sobre o momento de morrer é um direito inalienável da pessoa e que deve ser respeitado em nome da manutenção da sua dignidade.

MARTIN (1998, p. 181) assevera que a grande dificuldade relacionada à eutanásia reside no fato de que "se elimina a dor eliminando o portador da dor". O conhecimento médico deveria

ser utilizado para beneficiar os pacientes e não para matá-los. Se aceita e se busca, desta forma, a eliminação da dor, mas não através da eliminação do próprio paciente.

Por todas essas discussões, o tratamento jurídico destinado à eutanásia sofre variação de país para país, sendo práticas legais em países como a Holanda e a Bélgica. No Brasil, aquele que antecipa a morte de uma pessoa com a intenção de livrá-la de intenso sofrimento comete o crime de homicídio privilegiado.

2.2 A ORTOTANÁSIA E A NOÇÃO DE CUIDADOS PALIATIVOS

Após a realização das ponderações relativas a eutanásia, indispensável fazer sua distinção com a ortotanásia e a noção de cuidados paliativos, tendo em vista a importância desses conceitos quando se aborda a ingerência humana no andamento da morte.

O termo ortotanásia é oriundo dos radicais gregos orthos (reto, correto) e thanatos (morte), podendo-se defini-la como a "abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente" (DADALTO, 2013, p. 56). A prática da ortotanásia sugere a morte a seu tempo, ou seja, no momento correto, nem antes e nem depois da hora. Isso significa que o médico não terá interferência na ocorrência da morte, não havendo nem o encurtamento da vida, nem a aceleração da morte (VILLAS-BÔAS, 2005, 73).

Desta forma, a realização da ortotanásia não tem o condão de causar a morte, mas apenas de deixá-la ocorrer de forma natural, sem tentativas exageradas e ineficazes de prolongar uma vida atingida por enfermidade incurável. É deixar a morte acontecer em paz e da forma mais digna possível. Neste ponto, são esclarecedores os ensinamentos de PESSINI (2001, p. 60):

> Uma vez que a morte acontecerá para todos, e também para o próprio médico, a medicina deve criar as condições clínicas para que ela aconteça em paz. Um morrer em paz pode ser definido como aquele em que a dor e o sofrimento são minimizados. Com certeza a medicina não pode garantir uma morte em paz, nem ser responsável pelo que as pessoas trazem no momento de morrer. Mas ela pode evitar tratar a morte como se fosse um acidente biológico evitável, uma falha médica. A morte é, e sempre foi, o resultado inevitável do nascer e vem a todos – mais cedo ou mais tarde – independentemente do tratamento médico oferecido.

A análise do conceito de ortotanásia demonstra sua estreita ligação com a noção de cuidados paliativos. A palavra "paliativa" deriva do vocábulo latino pallium, que significa "manta" ou

“coberta”[1]. Deste modo, quando a enfermidade não tem cura, utilizam-se tratamentos específicos com a finalidade de “cobrir” seus sintomas.

Nas palavras de PESSINI (2001, p.209), “a medicina paliativa afirma a vida e reconhece que o morrer é um processo normal do viver. Não busca nem acelerar nem adiar a morte. Não está obcecada pela tirania da cura e se opõe a eutanásia”. Na ortotanásia, portanto, suspende-se a realização de tratamentos que não trarão benefícios ao paciente, não havendo interferência do médico no processo de morrer. A morte acontece ao seu tempo, sem influências externas que possam antecipar a sua ocorrência.

MATSUMOTO (2009, p. 16), utilizando o conceito fornecido pela Organização Mundial de Saúde, afirma que cuidado paliativo é:

> uma abordagem que promove a qualidade de vida de pacientes e seus familiares, que enfrentam doenças que ameacem a continuidade da vida, por meio da prevenção e do alívio do sofrimento. Requer identificação precoce, avaliação e tratamento da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual.

O tratamento paliativo não se preocupa, por conseguinte, em apressar ou adiar a morte, mas, sim, com o controle do sofrimento e da dor do paciente, utilizando os meios necessários para amenizá-la, na medida em que não é mais possível cessá-la ou curá-la. De igual forma, preocupa-se com o cuidado do paciente de uma forma abrangente, considerando suas necessidades físicas, psicológicas e espirituais.

A ortotanásia e a noção de cuidados paliativos não podem se apartar. Se de um lado, a realização da ortotanásia busca a efetivação da morte ao seu tempo, em sua hora, de outro, os cuidados paliativos tentarão amenizar a dor e o sofrimento causado pela doença e pelo processo de morrer. A preocupação não é, nesta esteira, somente com a dor física do paciente, mas também com o sofrimento psicológico causado pela aproximação da morte.

Muitas vezes, como se pode perceber, a dor do paciente ultrapassa a esfera física, acarretando verdadeiro sofrimento psicológico, causado pelas consequências devastadoras de uma doença

---

[1] A base etimológica do adjetivo paliativo é pálio, que abarca um amplo círculo semântico, destacando-se aqui dois blocos que tangenciam e se complementam: um diz respeito àquilo que cobre, protege, agasalha, alivia, defende e outro se refere à distinção, singularização, individualização e poder. Esse último entendido como encargo, missão e não como dominação ou honra. Partindo das considerações etimológicas, Cuidado Paliativo não se restringe a quem é cuidado, mas se estende àquele que cuida. Constitui, pois, um processo profundamente intersubjetivo, de estreita relação pessoal. Tal relação pressupõe uma radical crença no sofrimento do doente e uma intensa atitude de disponibilidade. (BURLÁ, Cláudia. Cuidados Paliativos: ciência e proteção ao fim da vida. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2014, vol.30, n.6 [cited 2015-01-29], p. 1139-1141 . Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n6/pt_0102-311X-csp-30-6-1139.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2017).

crônica ou terminal. Os cuidados paliativos realizados pelo profissional da área de saúde, deste modo, tentarão auxiliar o paciente, fornecendo o conforto e o apoio necessário para diminuir esse sofrimento.

Neste diapasão, há uma combinação entre ciência e humanismo, sendo indispensável que o profissional da área de saúde reconheça as necessidades de seus pacientes e de suas enfermidades para, a partir deste ponto, analisar as possibilidades de intervenção, farmacológicas e não farmacológicas, do caso concreto.

2.3 A DISTANÁSIA E A NOÇÃO DE TRATAMENTO DESPROPORCIONAL

As últimas décadas apresentaram um acentuado desenvolvimento tecnológico em diversas áreas, inclusive na medicina. Contudo, em muitas situações, os recursos tecnológicos disponíveis são ineficazes e a cura já não é mais possível. O uso do aparato tecnológico, nesta situação, pode ter apenas o condão de prolongar a vida do paciente, sem trazer qualquer benefício concreto.

Analisando esta situação, ensina MINAHIM (2004, p. 151):

> A chamada revolução biotecnológica afetou não só a geração da vida, mas também sua terminalidade, uma vez que os novos recursos por ela proporcionados (o que inclui desde a reanimação cardiorrespiratória, ao transplante de órgãos e uso de máquinas para substituir funções vitais) possibilitaram novos estados de sobrevivência, diante dos quais tem sido legítimo questionar a validade ou não de sua manutenção.

Deste modo, quando os recursos tecnológicos são utilizados exclusivamente para prolongar o tempo de vida do enfermo, tem-se o que se denomina de distanásia (obstinação terapêutica). GUIMARÃES (2011, p. 135) afirma que “a distanásia é compreendida como o prolongamento artificial da vida que, naturalmente, já atingira seu declínio e que, sem as manobras médicas, estaria já finda”. Nesta esteira, tem-se configurada a distanásia quando os tratamentos médicos e a aparelhagem tecnológica são utilizados apenas com a finalidade de prolongar a vida do paciente, sem, no entanto, interferir positivamente em seu estado clínico. Utiliza-se, assim, a tecnologia a disposição da medicina como forma de retardamento da morte e, consequentemente, prolongamento do sofrimento do paciente, já que a cura para enfermidade que o acomete já não é possível.

O médico foi preparado para lidar com situações extremas que envolvem a vida e a morte, sempre buscando, contudo, salvar seus pacientes. Nas palavras de NOGUEIRA (1995, p.134), “a luta contra a morte tem sido desenvolvida em diversos campos, principalmente pela medicina, que tudo faz para salvar vidas, mas ainda é impotente diante da morte”. Talvez, em

razão dessa busca incessante pela salvação, o médico, grande parte das vezes, encare a morte como um fracasso profissional e não como algo natural.

Diante disso, o aparato tecnológico disponível para os médicos na atualidade é o instrumento capaz de retardar a morte, evitando, por hora, essa sensação de fracasso e levando à obstinação terapêutica. Como consequência para os pacientes, tem-se uma morte lenta e, normalmente, recheada de sofrimento.

O que não se pode olvidar, é que o prolongamento artificial da vida não gera benefício para o paciente, apenas delongando seu sofrimento e dor. Diante desse panorama, é necessário ponderar quais são os limites de utilização dos avanços médicos-terapêuticos no prolongamento da vida, quando a própria medicina já não encontra uma opção de cura. Não é razoável nem proporcional infligir a um paciente a realização de determinados tratamentos – tantas vezes dolorosos - apenas para tentar aumentar seu tempo de vida – ou melhor, de sobrevida -, sem qualquer resultado positivo na cura de sua enfermidade.

A morte é encarada, portanto, como um inimigo e os recursos tecnológicos disponíveis são o meio capaz de enfrentar esse inimigo. Usa-se a tecnologia como forma de tentar enganar a morte, não importando a qualidade de vida que o paciente tenha, mas, tão somente, o tempo que se consegue prolongá-la.

Desta forma, a análise do conceito de distanásia remete inexoravelmente à apreciação do conceito de tratamento fútil. Por tratamento fútil entende-se que são aqueles "que não conseguem reverter o distúrbio fisiológico que levará o paciente à morte, trazendo tão somente um sofrimento insuportável" (DINIZ, 2011, 454). Nesta quadra, VILLAS-BÔAS (2005, p. 47) entende que o tratamento fútil indica o "prolongamento do tratamento além de suas possibilidades benéficas, convertendo-se, a partir de então, em uma conduta inútil para o paciente".

Neste diapasão, pode-se ponderar que os recursos tecnológicos são extremamente valiosos no campo da medicina, mas somente devem ser utilizados quando capazes de beneficiar o paciente. A utilização de tratamentos inúteis à solução das enfermidades que atingem o paciente apenas com a finalidade de prolongamento da vida constitui obstinação terapêutica, devendo ser combatida por médicos, pacientes, familiares etc.

MARTIN ((1998, p. 173) discorrendo sobre a modernização da medicina afirma que a muito do que se orgulhar, tendo em vista os avanços significativos alcançados nas últimas décadas relacionados a curas de doenças, novos medicamentos e tratamentos etc. O autor pondera,

contudo, que o “orgulho facilmente se transforma em arrogância e a morte, ao invés de ser o desfecho natural da vida, transforma-se num inimigo a ser vencido ou numa presença incômoda a ser escondida”.

Por esta razão, deve-se atentar pela observância do princípio bioético da não-maleficência que impõe ao médico o dever de não causar dano proposital ao seu paciente. A obstinação terapêutica, portanto, deve ser combatida, pois desrespeita a autonomia do paciente, fere sua dignidade, podendo-se considerá-la sinônimo de tortura, na medida em que impõe ao enfermo um sofrimento desnecessário, incapaz de reverter o quadro clínico que se apresenta.

2.4 O SUICÍDIO ASSISTIDO:

O suicídio assistido pode ser conceituado como a conduta do agente que põe fim a própria vida sem a intervenção direta de um terceiro, apesar de sua participação por motivos piedosos. Há, neste ponto, uma semelhança entre o suicídio assistido e a eutanásia, sendo que, em ambos, a antecipação da morte visa acabar com a dor e o sofrimento causados por uma doença incurável.

Contudo, enquanto na eutanásia a antecipação da morte é realizada por terceiro, no suicídio assistido é o próprio paciente que a provoca, auxiliado materialmente, no entanto, por terceira pessoa (geralmente um médico) (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 92). Fazendo-se um traço distintivo entre o conceito de suicídio assistido e eutanásia, facilmente se percebe que a diferença se relaciona precisamente com a pessoa que irá consumar a morte do paciente: se ele próprio com auxílio material de um terceiro (suicídio assistido) ou diretamente um terceiro (eutanásia). Isto porque, as demais características da eutanásia – como o móvel piedoso e a gravidade/irreversibilidade da doença do agente -, bem como sua consequência – morte -, também estão presentes no suicídio assistido.

Importante notar que, para que se caracterize o suicídio assistido, é necessário que terceira pessoa efetivamente auxilie o paciente na consecução de sua finalidade de morrer, ou seja, forneça os meios materiais (objetos, por exemplo) para a realização da ação. Este terceiro pode auxiliar ainda de forma moral, através, por exemplo, de instruções de como realizar o ato (SANTORO, 2012, p. 124).

Além disso, é de se observar que a ideia de “assistência” inserida na própria denominação “suicídio assistido” tem correspondência apenas com a noção de auxílio, ou seja, terceira pessoa somente fornece material ou intelectualmente os meios necessários para que o próprio agente alcance o resultado morte. Isso significa que a instigação ou indução do paciente para

que cometa o suicídio não estão inseridas no contexto de assistência, pois retiram a voluntariedade da conduta, ferindo a autonomia e descaracterizando o próprio conceito de suicídio assistido (VILLAS-BÔAS, 2005, p. 92-93).

A distinção entre eutanásia e suicídio assistido tem consequências jurídicas definidas. Pela legislação brasileira, por exemplo, aquele que auxilia o suicídio de alguém comete o delito tipificado no art. 122 do Código Penal Brasileiro, que possui uma pena de 02 (dois) a 6 (seis) anos para as situações em que o suicídio se consuma. Diversamente do que ocorre com o homicídio praticado com o móvel piedoso, no suicídio assistido não há previsão de nenhum privilégio, sendo desconsiderados os motivos impulsionadores da conduta delituosa. Já aquele que comete eutanásia, será punido de acordo com a previsão do art. 121, §1º, do mesmo diploma legal, que prevê a figura privilegiada do homicídio, cuja pena (de 06 a 20 anos) poderá ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço). (BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940*).

Diferentemente do Brasil, em alguns lugares o suicídio assistido não é considerado crime. O Estado do Oregon, nos Estados Unidos, por exemplo, legalizou o suicídio no ano de 1994, permitindo que médicos prescrevessem medicamentos para por termo a vida, desde que observados alguns requisitos, como, por exemplo, a verificação se a doença é terminal, se o enfermo é capaz, residente do Estado de Oregon e se voluntariamente realizou o pedido (SANTORO, 2012, p. 125). Após a legalização da eutanásia e do suicídio assistido em alguns países, a Associação Médica Mundial proferiu, no ano de 1992, posicionamento contrário a esses comportamentos, entendendo que o médico é impedido eticamente de ajudar o paciente à por fim em sua vida (SANTORO, 2012, p. 125).

A realização do suicídio assistido seria, para seus defensores, uma forma de respeitar a autonomia do paciente, que deseja antecipar a morte, em razão da ocorrência de enfermidade incurável e causadora de grande sofrimento, necessitando de auxílio para levá-la a efeito.

3. O TESTAMENTO VITAL E O CONTEÚDO COMPATÍVEL COM O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

Em tópico anterior, foi destacada a estreita relação entre o avanço tecnológico e a (não) aceitação da morte pela sociedade moderna. Se, de um lado, o avanço tecnológico elevou as possibilidades de cura dos pacientes, de outro gerou a busca pela manutenção da vida a qualquer custo, ainda quando o insucesso do tratamento fosse comprovado. Em outras palavras, a utilização de recursos tecnológicos muitas vezes apenas prolonga o sofrimento do

paciente, sem qualquer interferência positiva em seu estado de saúde. É o que se denomina, conforme já analisado, distanásia.

Neste panorama, em que a distanásia é frequentemente realizada, nasce à discussão sobre os limites na realização de tratamentos médicos e se determinadas situações permitem a recusa a estes, como forma de valorizar a autonomia de cada paciente. Foi nesse contexto que nasceu o testamento vital. O testamento vital, nas palavras de CARVALHO (2001, p. 148):

> Os denominados testamentos vitais (living will) são documentos breves nos quais pessoas sãs, utilizando-se de expressões genéricas, rechaçam o emprego de tratamentos fúteis ou quaisquer meios artificiais de manutenção de suas funções vitais, caso venham a padecer, no futuro, de algum mal incurável ou traumatismo irreversível.

Deste modo, o testamento vital é uma espécie de diretiva antecipada de vontade, pelo qual uma pessoa capaz pode registrar, de acordo com sua vontade, quais tratamentos quer ou não ser submetido em caso de enfermidade incurável. O testamento vital visa, portanto, assegurar o direito do paciente em morrer com dignidade, de acordo com suas concepções pessoais.

3.1. O ATUAL REGRAMENTO DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL: RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Antes de adentrar na análise das situações que tornam eficaz a manifestação de vontade registrada em um testamento vital, é necessário fazer breves considerações sobre sua regulamentação no Brasil.

Atualmente, não há no Brasil legislação regulamentando o testamento vital, inexistindo, portanto, lei específica que delimite as formalidades e requisitos necessários para sua elaboração. Contudo, o Conselho Federal de Medicina, tentando regulamentar no âmbito médico a possibilidade de recusa de tratamentos, editou algumas resoluções que devem nortear o tema. As duas principais resoluções – de nº 1.805 e nº 1.995 – serão analisadas a seguir.

3.1.1 A resolução nº 1.805/2006.

O Conselho Federal de Medicina aprovou por unanimidade, na data de 28.11.2006, a Resolução nº 1.805, que regulamenta a ortotanásia, permitindo aos médicos a interrupção, em pacientes terminais, de tratamentos que apenas prolonguem a vida, inexistindo qualquer perspectiva de cura. A Resolução 1.805 está assim delineada:

> 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.
>
> § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
>
> § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
>
> § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
>
> Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. (BRASIL. Resolução nº 185/2006 do Conselho Federal de Medicina)

Esta Resolução busca, portanto, evitar que os recursos tecnológicos a disposição da medicina sejam fomentadores do sofrimento alheio. Isto porque, quando a situação concreta do paciente já não possibilita a cura, a utilização de todos os recursos disponíveis vai apenas prolongar a dor, a angústia e o sofrimento, sem fornecer qualquer benefício real. A decisão de suspender o tratamento, no entanto, não deve ser uma decisão tomada pelo médico isoladamente. Conforme previsão da parte final do art. 1º da resolução, o médico deverá respeitar a vontade do paciente ou de seu representante legal. Essa previsão, vale observar, é um claro respeito ao princípio da autonomia.

Noutra quadra, é importante destacar que o Conselho Federal de Medicina, ao publicar essa resolução, não está convalidando a prática da eutanásia – que continua sendo ilícita no Brasil – mas, apenas, da ortotanásia. Em outras palavras, não se busca permitir ao médico antecipar a morte do paciente, mas, apenas impedir que o esforço terapêutico ineficaz prolongue o seu sofrimento. Nesta esteira, SANTORO (2012, p. 165) afirma que "a ortotanásia não configura o crime previsto no art. 121 do Código Penal porque não há o dever legal de agir do médico, indispensável para caracterizar sua posição de garantidor do bem jurídico nos crimes omissivos impróprios". Verifica-se, deste modo, que não há para o médico o dever de prolongar a vida do paciente e, consequentemente, o seu sofrimento, à sua revelia. A ortotanásia não tem o condão de antecipar a morte por omissão, mas apenas deixá-la seguir seu curso natural que, naquela situação concreta, já se tornou inevitável.

No ano de 2009, foi publicado a novo Código de Ética Médica, que reforça as premissas ortotanásicas já desenvolvidas pela Resolução 1.805 do CFM. Assim, o novo Código estabelece que os procedimentos desnecessários e ineficazes para pacientes com doenças

irreversíveis ou terminais não devem ser utilizados, respeitando, contudo, os cuidados paliativos necessários para cada paciente.

3.1.2 A resolução nº 1.995/2012

O Conselho Federal de Medicina, tentando regulamentar no âmbito médico as diretivas antecipadas de vontade, editou a Resolução nº. 1.995/2012, tendo as definido, em seu art. 1º, como o "conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade" (BRASIL. Resolução nº. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina).

Note-se que a Resolução nº 1.995/2012 não restringiu as DAV às situações de terminalidade, razão pela qual, ao menos numa primeira análise, seria possível, sem qualquer tipo de restrição, determinar os cuidados e tratamentos que gostaria ou não de receber em caso de incapacidade de se expressar. Assim, a Resolução nº 1.995/2012 seria aplicável a situações de doença terminal; a quadros clínicos como o estado vegetativo persistente, a demência avançada, a estágios avançados de esclerose lateral amiotrófica etc.

Já no caput do art. 2º, na mesma linha que o artigo anterior, a resolução previu, implicitamente, o testamento vital, estabelecendo que "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".

Fala-se em definição implícita porque a resolução não utilizou expressamente o termo testamento vital, tendo apenas se referido as Diretivas Antecipadas de Vontade, gênero do qual o testamento vital é uma espécie. Contudo, a definição apresentada é perfeitamente compatível com o conceito de testamento vital já apresentado neste artigo. Além disso, percebe-se que, da mesma forma que na previsão do art. 1º, não houve neste artigo qualquer restrição quanto às hipóteses de eficácia da declaração de vontade previamente prestada.

Isso significa dizer, em outras palavras, que o estágio terminal da doença não seria a única hipótese legitimadora da recusa de tratamentos e cuidados médicos. Outras situações, como as elencadas acima, também permitiriam o respeito à manifestação de vontade do paciente.

Além disso, a resolução também previu em seu art. 2º, §1º a possibilidade de designação de um procurador para decidir pelo paciente, o que configura outra espécie de diretiva antecipada de vontade, baseada no julgamento substituto, que não é objeto específico do presente artigo.

A resolução, contudo, precisa ser aprimorada através da criação de uma legislação específica sobre o tema, tendo em vista a existência atualmente de lacunas que dificultam o entendimento e aplicação do instituto. Deste modo, questões como legitimidade para elaboração, prazo de validade e demais formalidades, além da delimitação precisa das situações médicas que possibilitam a sua elaboração, precisam ser devidamente regulamentadas.

Não restam dúvidas, que o testamento vital elaborado dentro de parâmetros médicos, éticos e jurídicos bem delineados, representa uma clara manifestação do princípio da autonomia e da dignidade humana. Necessário se faz, no entanto, identificar as hipóteses em que esta manifestação de vontade é eficaz, definindo os seus limites.

3.2 O TESTAMENTO VITAL E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: uma análise sob a ótica de seu conteúdo.

No Brasil, o testamento vital não possui regulamentação legislativa, estando previsto apenas no âmbito deontológico, na Resolução 1.995 do CFM. Essa resolução tentou regulamentar as diretivas antecipadas de vontade (gênero do qual o testamento vital é espécie), mas, além de não ter força de lei, deixou muitas lacunas devido a seu conteúdo genérico.

Neste ponto, não se pode olvidar que, quando se trata do direito à vida, dúvidas e lacunas não devem existir. Eventuais contradições, omissões e previsões equivocadas podem ser irremediáveis. É necessário, portanto, que o testamento vital seja regulamentado de forma clara, afim de que seus objetivos sejam alcançados e, consequentemente, seja assegurada a autonomia do indivíduo portador de enfermidade terminal ou incurável.

O avanço tecnológico na área médica, conforme já mencionado, acarretou um aumento na expectativa de vida das pessoas, com o prolongamento do tempo de vida saudável e, também, com o desenvolvimento de aparato terapêutico capaz de curar as mais diversas enfermidades. Contudo, em muitas situações, os recursos tecnológicos disponíveis são ineficazes e a cura já não é mais possível. A utilização de todo o aparato tecnológico à disposição da medicina, nesta situação, apenas tem o condão de prolongar a (sobre)vida do paciente e, consequentemente, o seu sofrimento também.

O testamento vital, deste modo, surge como uma forma de tentar assegurar a realização, em caso de incapacidade, somente de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desejados pelo paciente. É verdadeiro instrumento de manifestação de vontade, capaz de evitar a realização de procedimentos desnecessários, ineficazes e incapazes de impedir a sua morte, através da

especificação a quais tratamentos médicos gostaria ou não se submeter. Não se trata de viver por viver, mas, sim, de viver enquanto se pode viver dignamente.

Contudo, algumas delimitações são necessárias: a autonomia do paciente em escolher os procedimentos diagnósticos e terapêuticos que poderá receber é absoluta? Neste ponto, em que pese a Resolução 1.995 do CFM não ter previsto qualquer restrição em relação às situações médicas que tornam eficaz a declaração previamente prestada sobre a realização de cuidados ou tratamentos, é necessário analisá-las em correspondência com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesta mesma linha, DADALTO (2011, 374) afirma:

> [...] é importante que o conteúdo deste documento seja lícito no ordenamento jurídico brasileiro e permitido pelas normativas médicas, afinal, de nada adianta ao sujeito manifestar sua vontade em uma declaração prévia se, no momento oportuno para esta ser utilizada, seja necessário descartá-la em virtude da não observância aos preceitos éticos, médicos e jurídicos .

O que se pondera, deste modo, é que o testamento vital não tem o condão, no Brasil, de legitimar a eutanásia. De tal modo, a declaração prévia de vontade que prever a recusa de tratamentos que resultarão na antecipação da morte do paciente é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio. Isto porque a realização da eutanásia é punida criminalmente como homicídio privilegiado, somente sendo permitido, no Brasil, a recusa de procedimentos considerados fúteis (extraordinários e desproporcionais), que não trarão benefícios ao paciente.

Assim, em linhas iniciais, pode-se afirmar que se deve analisar se o tratamento médico realizado é eficaz e proporcional ou se apenas aumentará os dias de sofrimento do paciente. Isto porque "o prolongamento artificial do processo de morte é alienante, retira a subjetividade da pessoa e atenta contra sua dignidade enquanto sujeito de direito" (BORGES, 2005).

Note-se que não se está afirmando nesta oportunidade que o testamento vital elaborado por um portador de uma doença irreversível será eficaz se prever a recusa de todo e qualquer tipo de tratamento médico. O que se pondera – em respeito à autonomia do paciente e a sua dignidade – é que não sejam realizados tratamentos inúteis, que não tenham o condão de melhorar a qualidade de vida do paciente. Nesta mesma linha de raciocínio, o simples diagnóstico de uma doença crônica irreversível não legitima a suspensão de tratamentos médicos de forma imediata. O fator decisório para essa legitimação é a proporcionalidade da medida, avaliando-se os males e agruras dela decorrentes, em comparação com os benefícios que irá proporcionar.

Desta forma, em regra somente a análise da situação casuística poderá classificar um tratamento como proporcional ou desproporcional e, por via de consequência, legitimar a sua recusa. Isto é o que se pode perceber do exemplo abaixo:

> [...] a instituição de ventilação artificial num doente com 89 anos com pneumonia bilateral, carcinoma metastático da próstata e demência de Alzheimer avançada, apresenta validade seguramente diferente da sua aplicação a um jovem de 25 anos, também com pneumonia bilateral, mas sem qualquer outra patologia subjacente. (CARNEIRO; ANTUNES; FREITAS, 2005, p. 15)

Por esta razão, em que pese existirem tratamentos usualmente considerados desproporcionais, não é possível enumerar, de forma taxativa, as situações em que a recusa do tratamento será legítima ou, de forma contrária, irá de encontro ao ordenamento jurídico brasileiro. Caberá ao médico responsável pelo tratamento do paciente analisar se, para aquela situação, o seu resultado será útil ou apenas trará mais sofrimento para o enfermo.

> Obviamente, assim como se verifica na avaliação de qualquer outro paciente, é o médico quem vai dizer se determinado tratamento é proporcional e útil ou desproporcionado e inútil, caso em que deve ser abandonado, por constituir prática distanásica. O jurista pode e deve apenas fixar critérios acerca das espécies de tratamentos e cuidados a serem dispensados aos pacientes em situações extremas, estabelecendo regras, ainda, acerca da possibilidade ou não de aplicação da eutanásia e da distanásia, e no dever de praticar a ortotanásia. (VIEIRA, 2012, p. 289)

Com esta observação, vale ponderar, não se pretende transferir para o médico o poder de escolha entre a realização ou não de determinados tratamentos. Essa decisão continuará a cargo do paciente, que deverá elencar em seu testamento vital a quais tratamentos não gostaria de ser submetido em caso de incapacidade superveniente decorrente de doença grave e irreversível. O médico apenas avaliará a proporcionalidade ou desproporcionalidade do tratamento elencado como não desejado, para verificar a sua real possibilidade de recusa face ao ordenamento jurídico brasileiro. Se essa recusa antecipar a morte do paciente, configurará eutanásia, que não é permitida no Brasil. Neste caso, o conteúdo do testamento vital não poderá ser considerado.

O que se busca, desta forma, é delimitar de forma mais precisa as situações que possibilitam a recusa da realização de um tratamento médico. Se não é possível afirmar, por exemplo, que sempre para a doença X o tratamento Y será desproporcional, que se demarquem, ao menos, as circunstâncias concretas que deverão ser analisadas para que se possa permitir essa recusa. Em outras palavras deverão ser analisadas: a doença ou o estágio clínico em que o paciente se encontra e a proporcionalidade da medida naquela oportunidade.

Além disso, é importante destacar que a abstenção de realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos considerados desproporcionais não significa que o paciente será abandonado até que ocorra a sua morte. Nessas situações, como bem destacou BURLÁ (2104, 1139-1141), serão oferecidos os cuidados paliativos ao paciente:

> O conceito de Cuidados Paliativos evoluiu ao longo do tempo, com relevância à pessoa doente, às suas necessidades especiais e às de sua família, não mais ao órgão comprometido, à idade ou ao tipo de doença. Cuidados Paliativos já foram vistos como aplicáveis exclusivamente no momento da morte iminente. Hoje, os Cuidados Paliativos são oferecidos no estágio inicial do curso de uma doença progressiva, avançada e incurável.

Diante dos argumentos apresentados, nota-se que o testamento vital, enquanto instrumento de manifestação de vontade do paciente sobre a realização ou não de determinados tratamentos deve ser respeitado nas situações de incapacidade superveniente, desde que não caracterize a eutanásia.

Ressalva-se, contudo, que em determinadas situações, somente a análise da situação concreta permitirá a verificação se o procedimento diagnóstico ou terapêutico objeto de recusa é proporcional ou desproporcional, aferindo, assim, a eficácia da rejeição realizada no testamento vital elaborado. Sendo considerado o tratamento desproporcional, este não deverá ser realizado, respeitando-se, assim, a autonomia do paciente e a sua dignidade humana.

4. CONCLUSÕES

O conceito de autonomia é polissêmico, correspondendo, no contexto bioético, à capacidade de autodeterminação da pessoa/paciente, ou seja, relaciona-se à possibilidade de livre decisão. Contudo, não é possível conferir valor irrestrito e absoluto a vontade do indivíduo, que deve se conformar com o ordenamento jurídico.

Apesar do destaque conferido a autonomia, algumas práticas de abreviamento da vida realizadas com auxílio ou intervenção de terceiros - auxílio ao suicídio e a eutanásia - são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, havendo norma expressa tipificando as condutas (arts. 122 e 121, §1º, respectivamente). O sofrimento da vítima, nesses casos, não tem o condão de justificar e excluir a ilicitude da conduta, podendo ocorrer, em relação à prática da eutanásia, apenas a redução da pena.

Foi nesta linha de respeito à autonomia do paciente, que o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805/2006, o Conselho de Ética Médica e a Resolução nº 1.995/2012. A Resolução nº 1.805/2006 foi a primeira a resguardar o direito do paciente de recusar a

realização de procedimentos desproporcionais diante do quadro apresentado por sua doença. Esta norma deontológica tentava evitar a realização da distanásia, ao tempo que regulamentou a prática da ortotanásia. Registrava-se expressamente que, naquelas situações, era lícita a recusa à realização de procedimento prognóstico ou terapêutico.

Já a Resolução nº 1.995/2012 foi ainda mais inovadora, pois previu o direito à manifestação prévia de vontade do indivíduo, cuja eficácia seria analisada em situações de futura incapacidade de comunicação. Assim, foi através da Resolução nº 1.995/2012 que o Conselho Federal de Medicina disciplinou as diretivas antecipadas de vontade, que, dentre outras situações, pode ser instrumentalizada pela elaboração de um testamento vital.

Não é compatível com o ordenamento positivado a manifestação prévia de vontade tendente à antecipação da morte. O ponto crucial para a eficácia do testamento vital elaborado é a análise da proporcionalidade ou desproporcionalidade do tratamento a ser realizado, não sendo admissível a abstenção na realização de tratamentos que, pelo estágio em que a doença se encontra, teriam a capacidade de beneficiar o paciente. Portanto, caso a manifestação de vontade registrada no testamento vital caracterize a eutanásia, não terá validade, não podendo, nestes casos, ser respeitada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Modelos de Autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro*: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do conselho federal de medicina. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e. Acesso em: 29 jan. 2015

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é:* dignidade e autonomia no final da vida. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39>. Acesso em: 21 maio de 2017.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principios de ética biomédica.* Barcelona: Masson, S.A, 1998.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 17 de maio. de 2017.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 maio. 2017.

_____. *Lei n. 3.268 de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 12 maio. 2017

BURLÁ, Cláudia. Cuidados Paliativos: ciência e proteção ao fim da vida. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2014, vol.30, n.6 [cited 2015-01-29], pp. 1139-1141 . Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n6/pt_0102-311X-csp-30-6-1139.pdf. Acesso em 15. maio. 2017

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia*: Comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2013.

CAMATA, Gerson. Em defesa da ortotanásia. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, morte e dignidade humana.* Rio de Janeiro: GZ editora, 2010

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CASADO, Maria. Consecuencias de la detección de la enfermedad de Alzheimer: decisiones sociales y previsiones individuales. In: CASADO, Maria. El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos. Tirant Lo Blanch

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.805/2006*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 10 nov. 2014

_____. *Resolução nº 1.995/2012*. http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10 nov. 2014.

DADALTO, Luciana. Declarações prévias de vontade em caso de terminalidade: estudos acerca da utilização do testamento vital como forma de prevenir demandas médicas e proteger a autonomia do paciente. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. DADALTO, Luciana (coord.). Dos Hospitais aos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 201DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/2012. *In*: Revista Bioética. 2013. 21(1): 106-12.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos limites da vida:* aborto clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Estado Atual do Biodireito*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORTES, Paulo. Avanços tecnológicos significam melhoria da saúde? In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei (coord.). *A Bioética no século XXI*: Brasília: Editora UNB, 2000

FRANCIOSCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. *Problemas de fim de vida*: paciente terminal, morte e morrer. Disponível em: http://www.bioetica.ufrgs.br/morteres.htm. Acesso em: 15 maio. 2017.

FURTADO, Gabriel Rocha. Considerações sobre o testamento vital. *In*: Revista eletrônica de direito civil. A.2. n.4. 2013. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/06/Gabriel-Rocha-Furtado-civ.a.2.n.2.2013.pdf. Acesso em: 20 maio. 2015

GARRAFA, Volnei. Bioética e ciência: até onde avançar sem agredir. *In:* COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética.* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

GOLDIM, José Roberto. *Diretivas antecipadas de vontade*: comentários sobre a Resolução 1955/2012 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.bioetica.ufrgs.br/diretivas2012.pdf. Acesso em 25 fev. 2015.

GONÇALVES, José António Saraiva Ferraz. *A boa morte:* ética no fim da vida. Portugal. Disponível em: http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22105/3/A%20Boa%20Morte%20%20tica%20no%20Fim%20da%20Vida.pdf. Acesso em: 16 maio. 2017

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Eutanásia*: novas considerações penais. Leme: J.H. Mizuno, 2011

HOSSNE, William Saad; PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo de; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética aos 40 anos: reflexões a partir de um tempo de incertezas. Revista Centro Universitário São Camilo, São Paulo, 2010

KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lucia Martins. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento? *In*: Revista Einsten, v. 2. São Paulo: 2004.

LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital*: o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. *In:* COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética.* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

MATSUMOTO, Dalva Yukie. Cuidados Paliativos: conceito, fundamentos e princípios. Manual de Cuidados Paliativos. Academia Nacional de Cuidados Paliativos. Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Autonomia e frustração da tutela penal. 2014. 148f. Tese (titularidade). Universidade Federal da Bahia, Salvador

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009064.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2014.

_____ *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido *In:* COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). *Iniciação à Bioética.* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento. São Paulo: Saraiva, 1995.

PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. *In:* PESSINI, Léo. BARCHIFONTAINE, Cristian de P. de. Problemas atuais de Bioética. *Revista Bioética*, n. 2, vol. 13, 11. Ed, São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2014.

_____. *Distanásia:* até quando prolongar a vida? São Paulo: Loyola, 2001

PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida*: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Andréia Ribeiro et. al. Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética. In: Revista Bioética, Vol. 21, n. 1, 2013.

RODRIGUES, Renata de Lima. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde à vida digna. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coord.). *Dos Hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *In:* GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. (Organiz.). *Estudos de Direito Penal.* 2.ed. Revista. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Delrey, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito. 2*ª ed. rev. atual. São Paulo: Del Rey

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna:* o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

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

VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia:* humanizando a visão jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2012

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial:* Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.