

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Iago Brito Marques

ORTOTANÁSIA E TESTAMENTO VITAL: uma análise no Direito Penal e Médico

Porto Alegre
2023

Iago Brito Marques

ORTOTANÁSIA E TESTAMENTO VITAL: uma análise no Direito Penal e Médico

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Faccini Neto.

Porto Alegre
2023

CIP - Catalogação na Publicação

Brito Marques, Iago
ORTOTANÁSIA E TESTAMENTO VITAL: uma análise no
Direito Penal e Médico / Iago Brito Marques. -- 2023.
85 f.
Orientador: Orlando Faccini Neto.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Direito Penal. 2. Direito Médico. 3.
Ortotanásia. 4. Testamento vital. 5. Dignidade humana.
I. Faccini Neto, Orlando, orient. II. Título.

Iago Brito Marques

ORTOTANÁSIA E TESTAMENTO VITAL: uma análise no Direito Penal e Médico

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Faccini Neto.

Aprovado em 4 de setembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Orlando Faccini Neto
Orientador

Prof^a. Dr^a. Ana Paula Motta Costa

Prof. Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas são relevantes para minha trajetória acadêmica e merecem agradecimentos, entretanto gostaria de ressaltar duas pessoas em especial.

Agradeço à Dra. Cecília Freire, médica, residente de infectologia no Hospital de Clínicas de Porto Alegre, e acima de tudo minha companheira. Agradeço por todo apoio, suporte e amor que recebo diariamente. Agradeço inclusive por discordar de posições que adotei, pois é fruto da discordância que nasce uma oportunidade de aperfeiçoamento.

Agradeço à Dra. Daniela de Brito, médica, com mais de 10 anos de experiência em UTI, e acima de tudo minha mãe. As histórias de hospital que me contou durante a vida foram a grande motivação para este trabalho. E a sua história de vida, de mãe solteira batalhadora que cursou enfermagem e depois medicina em Universidade Federal sempre será uma grande motivação que terei por toda vida.

Com a vontade de mudar a realidade ao seu redor, muito expressada nas batalhas que travaram durante a pandemia de Sars-Cov2, vocês duas foram a grande inspiração deste trabalho.

Não posso deixar de agradecer também minha avó e meu avô (*in memoriam*). Se hoje sigo a carreira do funcionalismo público, se busco servir à sociedade da melhor maneira possível, é inspirado exemplo de vocês dois, exemplares servidores de carreira. O hábito da leitura, o mais benéfico para o jovem, também veio desde cedo de vocês.

Agradeço também a todos os professores da Faculdade de Direito, na figura do meu orientador Prof. Dr. Orlando Faccini Neto, por terem me propiciado uma excelente formação. Ressalto que o livro “Questões Morais e Direito Penal”, escrito pelo meu douto orientador, também serviu de inspiração para este trabalho.

Por fim, agradeço por todos os amigos que fiz no “Castelinho”, este prédio forja grandes pessoas. Espero que possamos nos encontrar no Xirú Beer para comemorar a aprovação de todos no TCC.

*Não tenho medo de morrer, mas
também não tenho pressa.*
Stephen Hawking.

RESUMO

O presente estudo versa sobre a Ortotanásia e o Testamento Vital, sob diversos prismas, mas principalmente sob a égide da normativa penal e médica. Não obstante, além de discorrer sobre qual é o limite ético e legal para manutenção da vida e a posição da Jurisprudência e Doutrina a respeito, buscou-se conceituar os dois termos também sob a ótica dos Direitos Fundamentais, com destaque ao Princípio da Dignidade Humana. Para que se pudesse obter uma visão ampla de todo contexto, foram incluídos no estudo termos correlatos, como Distanásia, Cuidados Paliativos e Medicina Defensiva. Além disso, o foco distintivo do trabalho reside na exploração das doutrinas técnicas próprias da medicina para fornecer propriedade doutrinária e, como resultado, mitigar um paradigma comum na área da Bioética: o médico não entende o jurista, e o jurista não entende o médico. Tanto no campo jurídico, quanto técnico-médico, ideou-se absorver os ensinamentos de autores renomados e recomendados em suas áreas para assim chegar a uma posição crível. Assim, a principal pergunta que este trabalho busca responder é: o médico que pratica Ortotanásia pode ser responsabilizado penalmente? Subsidiariamente, entender o alcance e a validade do Testamento Vital, bem como o alicerce jurídico para que os dois instrumentos possam existir e também coexistir como complementares. Este trabalho, embora equilibrado, apresenta uma tendência inequívoca de atribuir maior valor à Dignidade Humana quando em confronto com a Vida em sentido estrito. Tem-se como objetivo final fornecer segurança jurídica para os profissionais da saúde, instigar o legislador e a sociedade a debater e normatizar o tema, além de fornecer aos juristas uma perspectiva e argumentos em prol dos temas abordados neste estudo.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Médico; ortotanásia; testamento vital; dignidade humana.

ABSTRACT

The present study discourses on Orthothanasia and the Living Will, under various prisms, but mainly under the light of criminal and medical regulations. Moreover, in addition to discussing what is the ethical and legal limit for the maintenance of life and the position of the Jurisprudence and Doctrine in this regard, it was sought to conceive the two terms from the perspective of the Fundamental Laws, with emphasis on the Principle of Human Dignity. In order to obtain a broad view of the entire context, we have included the study of correlated terms, such as Dysthanasia, Palliative Care and Defensive Medicine; This study sought, as a differential, an in-depth study of medicine's own technical doctrines, to provide doctrinal property, and as a result avoid a common paradigm in Bioethics: the doctor does not understand or the jurist, and the jurist does not understand the doctor. Both in the legal field and in the technical-medical field, the study had the intent to absorb the teachings of renowned and recommended authors in those areas of knowledge, in order to reach a trustworthy stance. Likewise, the main purpose of this paper is to determine if a doctor who practices Orthothanasia can be held criminally responsible and secondarily understand the scope and validation of the Living Will, and the legal authorization so that both instruments can exist and also coexist as complements. This paper, as balanced as it may be, but undoubtedly tendent towards Human Dignity when confronted with Life in the strict sense, seeks as its final objective to provide legal security for health professionals, to incite the legislators and the society to debate and standardize the issue, and to the jurists to supply a vision and arguments in favor of the two issues outlined here.

Keywords: Criminal Law; Medical Law; orthothanasia; living will; human dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AMIB	Associação de Medicina Intensiva Brasileira
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNBB	Confederação Nacional dos Bispos do Brasil
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CP	Código Penal
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
ESF	Estratégia de Saúde da Família
INCA	Instituto Nacional de Câncer
MPF	Ministério Público Federal
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONR	Ordem de Não Ressuscitação
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Prontuário Eletrônico do Cidadão
RENTEV	Registro Nacional do Testamento Vital
SNS	Sistema Nacional de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DILEMAS SOBRE O FIM DA VIDA	13
2.1 VIVER COMO UM DIREITO OU UMA OBRIGAÇÃO?	16
2.2 PROTEÇÃO PENAL DA VIDA	20
3 REPERCUSSÕES NA MEDICINA	26
3.1 DISTINÇÕES CONCEITUAIS	29
3.1.1 Eutanásia	29
3.1.2 Ortotanásia	30
3.1.3 Distanásia	31
3.1.4 Cuidados Paliativos	32
3.2 ORTOTANÁSIA NA ROTINA MÉDICA.....	34
3.3 NORMATIVA MÉDICA	40
4 SOLUÇÕES POSSÍVEIS	44
4.1 NORMATIVA JURÍDICA.....	44
4.1.1 Normativa Constitucional	44
4.1.2 Interpretação da Normativa Penal	47
4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO	52
4.2.1 Jurisprudência	52
4.2.2 Doutrina	56
4.3 PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA	58
5 TESTAMENTO VITAL	60
5.1 CONCEITO	60
5.2 COMPARAÇÃO COM OUTROS PAÍSES.....	62
5.3 PROPOSTA LEGAL.....	68
5.3.1 Resolvendo a omissão	69
5.3.2 Vácuo legislativo	71
6 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência do Brasil ter adotado o Sistema Romano-Germânico de Direito (*Civil Law*), é necessário que haja normas escritas para balizar o funcionamento da sociedade e resolver os litígios, ou pelo menos assim deveria ser. Diversos temas relevantes carecem de regulamentação neste país, entre eles o chamado “processo de morrer”.

Com o avanço da medicina e da própria sociedade, as pessoas alcançaram uma expectativa de vida cada vez maior. De acordo com a Tábua Completa de Mortalidade do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2022), o brasileiro hoje tem como expectativa de vida ao nascer de 77 anos; e para mulheres a expectativa chega a 80,5 anos.¹ Esse aumento na expectativa de vida traz novos temas para a discussão e a morte não foge disso.

O tema supracitado é importante pois, recorrendo a um ditado popular, “a única certeza da vida é a morte”. Todo ser humano um dia irá falecer. E mesmo assim é um assunto com pouca discussão e tratado com muito tabu, por questões religiosas, morais, sociais etc. E isso acarreta violações de direitos, em especial ao de liberdade, autonomia e dignidade humana, de pacientes que estão passando por intenso sofrimento ou doença em estado terminal. Muito sofrem também suas famílias.

Entretanto, existem maneiras de trazer maior dignidade e diminuir o sofrimento em momentos tão sensíveis. O que falta é maior segurança jurídica para que os profissionais da saúde possam evitar a distanásia, que é o prolongamento exagerado do processo de morrer, através de meios artificiais, que causam angústia e dor. O Direito e a Medicina parecem áreas tão distantes, mas se encontram quando os médicos, por medo de represálias civis ou criminais, deixam de fazer o mais benéfico ao paciente.

Sendo assim, o presente trabalho de conclusão de curso versará principalmente sobre dois temas relacionados: a ortotanásia e o testamento vital. O primeiro conceito diz respeito a um processo natural de morte para o paciente com quadro clínico irreversível, como explicou Pacheco: na ortotanásia não há o abreviamento da vida como ocorre na eutanásia, e sim o não prolongamento de uma

¹ IBGE. **Nota Técnica n. 01/2022**: Tábuas completas de mortalidade em ano de pandemia de COVID-19. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101981.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2023.

vida artificial.² Já o segundo conceito, também conhecido como declaração antecipada de vontade ou diretivas antecipadas de vontade, é um documento firmado por pessoa capaz em que deixa explícito os procedimentos médicos aos quais o paciente deseja e principalmente aqueles aos quais ele não deseja se submeter.

Diante disso, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos de desenvolvimento, sendo o primeiro a respeito dos dilemas sobre o fim da vida, analisados sob a ótica da filosofia e do Direito. O segundo capítulo trata das repercussões na medicina, momento em que realizar-se-á o aprofundamento dos conceitos e se buscará compreender o uso dos procedimentos na rotina médica. O terceiro capítulo busca soluções jurídicas com base na doutrina, jurisprudência e demais fontes do Direito, bem como no Direito de outros países. Por fim, o último capítulo versa sobre o testamento vital. Dentro desses capítulos, buscar-se-á contribuir para a formação de segurança jurídica no contexto dos temas trazidos, sobretudo para que os profissionais da saúde possam atuar da melhor forma possível sem a sombra de uma possível persecução criminal.

Os conceitos serão aprofundados, mas é de se antecipar que ambos encontram guarida legal dentro do ordenamento jurídico pátrio, conquanto ainda não tenham a regulamentação ideal. Ressalta-se que a Jurisprudência e a Doutrina unicamente penal sobre o tema são relativamente escassas. Ademais, existem proposições legislativas tramitando no Congresso Nacional, doutrina e jurisprudência favoráveis, mas é necessário que o tema seja mais bem debatido e aprofundado.

Ademais, além de sensíveis e complexos, são temas não comumente tratados dentro da pesquisa jurídica. Então para que se pudesse discorrer de maneira proveitosa foi necessário aprofundar-se além do Direito Penal e Médico, através da pesquisa dogmática e bibliográfica, principalmente em áreas de estudo mais ligadas às ciências da saúde, como medicina intensiva, cuidados paliativos e bioética. A busca consistente por conhecimentos heterodoxos e técnicos é um dos alicerces deste trabalho, porém sem nunca esquecer da ciência que baliza a pesquisa, qual seja, o Direito Penal.

² PACHECO, Igor Passos Lima. **Ortotanásia no Brasil**: direito a morte natural. São Paulo: Amazon, 2018. *E-book*.

2 DILEMAS SOBRE O FIM DA VIDA

O que é a morte? Quando um ser humano é dado como morto? Levando em conta o senso comum, a morte se consuma quando o coração para de bater, ou seja, quando da ausência de batimentos cardíacos. Porém, com o passar dos anos, as discussões foram se aprofundando e uma pessoa pode ser considerada morta em situações que vão além da completa ausência de sinais vitais.

De acordo com o Ministério da Saúde, o conceito atual de morte é a encefálica, assim brevemente conceituada pelo dito órgão governamental:

Morte encefálica é a definição legal de morte. É a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. Isto significa que, como resultado de severa agressão ou ferimento grave no cérebro, o sangue que vem do corpo e supre o cérebro é bloqueado e o cérebro morre. A morte encefálica é permanente e irreversível.³

Para que seja constatada a morte encefálica, são necessários diversos exames e requisitos. O atestado de morte encefálica deve ser assinado por dois médicos, com comprovada experiência, e que devem realizar os exames clínicos e complementares de maneira independente um do outro, para evitar um possível viés de confirmação. Tal orientação advém da Resolução 2.173/2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM), em que ficam definidos os critérios do diagnóstico de morte encefálica e também detalha seu procedimento:

CONSIDERANDO que a perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico, caracteriza a morte encefálica e, portanto, a morte da pessoa; [...]

Art. 2 - É obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinação da morte encefálica:

- a) dois exames clínicos que confirmem **coma não perceptivo** e ausência de função do tronco encefálico;
- b) teste de apneia que confirme ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios;
- c) exame complementar que **comprove ausência de atividade encefálica**.

Art. 3 - O exame clínico deve demonstrar de forma inequívoca a existência das seguintes condições:

- a) **coma não perceptivo**;

³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Morte Encefálica**. Elaborada pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. Biblioteca Virtual em Saúde. 2008. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/morte-encefalica/#:~:text=O%20que%20significa%20%E2%80%9Cmorte%20encefalica,bloqueado%20e%20o%20c%C3%A9rebro%20morre>. Acesso em: 6 jun. 2023.

b) ausência de reatividade supraespinhal manifestada pela ausência dos reflexos fotomotor, córneo-palpebral, oculocefálico, vestibulo-calórico e de tosse.

§ 1 Serão realizados dois exames clínicos, cada um deles por um médico diferente, especificamente capacitado a realizar esses procedimentos para a determinação de morte encefálica.⁴

O coma não-perceptivo, tido como um dos principais requisitos para o diagnóstico, é resumidamente um estado permanente de inconsciência e completa ausência de resposta a estímulos, inclusive dolorosos. Em uma ilustração hiperbólica: se algum ser maligno tivesse a inescrupulosa ideia de usar uma faca para perfurar a pele e causar dor ao paciente, indubitavelmente teria seu intuito frustrado, pois aquele corpo já não tem mais atividade tronco-encefálica, sendo assim, não sente mais dor e sequer se mexeria.

O coração continua batendo em decorrência do efeito de caras e potentes medicações, da família das Catecolaminas, representada por seu composto mais usado: a Noradrenalina, que inunda o corpo através de bombas de infusão. O sangue só continua com uma mínima saturação de oxigênio em decorrência dos famosos respiradores artificiais, pivôs de intensos debates durante a recente pandemia de Sars-Cov2 (COVID-19); ou ainda em casos mais extremos, através da chamada ventilação extracorpórea, em que uma complexa máquina instalada próxima ao leito faz o papel de pulmão. Entretanto, aquela vida humana, como a conhecemos, não mais existe. Não pensa mais nada, não sente mais nada; não possui mais nenhum desejo ou aspiração. Como dito anteriormente, morte encefálica é morte.

Quando o paciente se encontra nessas condições, após ser feito o atestado devido, é iniciado o protocolo de doação de órgãos, que é conduzido por equipe multidisciplinar que obrigatoriamente venha de outra unidade para evitar conflitos de interesse ou éticos.⁵ Após a captação dos órgãos, ou em caso de resposta negativa, o médico deve seguir o disposto pela Câmara Técnica de Morte Encefálica, na

⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.173, de 23 de novembro de 2017 do Conselho Federal de Medicina. **Resolução 2.173/CFM**. Diário Oficial da União. 240. ed. Brasília, 15 dez. 2017. Seção 1, p. 50-275. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2023. Grifei.

⁵ BRASIL. Lei nº 9434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.. **Lei 9.434**: Lei dos Transplantes. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

Resolução 1.826/07 do CFM, e findar qualquer tratamento que venha mantendo os órgãos artificialmente funcionando.

A morte encefálica equivale à morte clínica. Portanto, do ponto de vista ético e legal, **após seu diagnóstico é dever do médico retirar os procedimentos de suporte** que mantinham artificialmente o funcionamento dos órgãos vitais utilizados até o momento de sua determinação. A suspensão desses recursos não é eutanásia nem qualquer espécie de delito contra a vida [...]. Às vezes, causa perplexidade aos familiares do morto o fato de o corpo ainda estar quente e apresentar batimentos cardíacos, o que contrasta com a algidez (frialdade) e ausência de batimentos cardíacos, sinais clássicos da morte, mas que é explicado pela manutenção de suporte ventilatório e medicamentos inotrópicos.⁶

O ordenamento jurídico pátrio confirma a validade do conceito de morte encefálica na Lei dos Transplantes (Lei 9.434/97). No mesmo caminho, a jurisprudência brasileira coaduna com essa posição, de que o conceito de vida advém da atividade cerebral, como ficou claro no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). No julgado em tela, o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou o direito das mulheres de interromperem a gestação de fetos anencéfalos (fetos que possuem uma malformação congênita na região cerebral). O Tribunal entendeu que atividade cerebral é requisito para vida humana. Para que fique explícito, aqui se extrai um brilhante excerto do voto do Ministro Cezar Peluso, constante na página 108 do inteiro teor do Acórdão:

A contrario sensu, portanto, vida é a existência de atividade cerebral. Essa situação indica que, para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica. Até porque, sabe-se: sem o cérebro, o organismo não sobrevive por muito tempo e, ainda que sobrevivesse, não teria característica subjetiva alguma a ser partilhada intersubjetivamente. Funções orgânicas e atos reflexos não interessam ao Direito como objeto de proteção daquilo que se designa por vida na linguagem jurídica.⁷

⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1.826/06**. Dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador. Disponível em:

https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2007/1826_2007.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023. Grifei.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 10 jun. 2023.

Como se demonstrou neste Capítulo, legalmente vida é atividade cerebral. Qualquer conceito que vá na contramão disto, por exemplo, afirmando que se o coração ainda bate a pessoa deve ser considerada viva, não possui base científica ou legal. Ademais, normalmente são calcados em dogmas religiosos ou filosóficos, que como Dworkin explica em seu livro “Domínio da Vida”, advém de uma ideia de “santidade” que seria embutida na humanidade.⁸ Tal conceito exprime um ar de misticidade ao ser, como se a vida do *homo sapiens sapiens* tivesse algo de mágico, sendo muito superior à dos outros animais. Porém, mesmo que os costumes sejam importante fonte do Direito, eles não podem ser confundidos com metafísica ou religião; opiniões meramente morais e pessoais possuem seu campo próprio para o debate. O Direito é uma ciência e deve ser interpretado e operado como tal.

Ronald Dworkin entende como fundamental para se caracterizar vida a capacidade do ser humano de interagir, seja com o seu redor, seja com outros seres; assim uma vida meramente formal, que não interage de nenhuma maneira, não teria muito sentido.⁹

2.1 VIVER COMO UM DIREITO OU UMA OBRIGAÇÃO?

Se a resposta para essa pergunta fosse ao extremo pragmática, seria de que, para a lei viver, é direito e não obrigação, tendo em vista que o suicídio não é punível no ordenamento pátrio, somente seu auxílio por parte de terceiros. Porém, existem nuances sociais mais tênues, que serão vistas a seguir.

Inicialmente, cabe citar a jurista portuguesa Maria Conceição Ferreira da Cunha, que deixa uma lição importante.

A Vida de cada pessoa sendo ‘original’, não pode ser comparada valorativamente com a Vida de outra pessoa. Numa comunidade como a nossa, que se fundamenta e tem por fim último o respeito pela dignidade humana, não se compreenderia que se estabelecessem distinções quanto ao valor relativo de uma vida em relação a outra – que se atribuíssem graus qualitativos quanto às vidas humanas (vidas ‘de primeira’ e vidas ‘de segunda’).¹⁰

⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 33.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Vida Contra Vida**: conflitos existenciais e limites do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 160-161.

Assim posto, fica evidente que não se pode qualificar de maneira a atribuir valores diferentes à vida das pessoas, não importando o critério que se use, social, financeiro, moral etc.; sob o risco de as atitudes estarem alicerçadas em motivações nefastas, tendentes a um utilitarismo extremo e totalitário, ao estilo da sociedade projetada por Aldous Huxley no seu *best-seller* Admirável Mundo Novo.

Todavia, a posição da autora, de vedar a qualificação valorativa da vida, não quer dizer que ela considere vida como um bem absoluto, tampouco defenda que tal atitude é benéfica:

Na verdade parece legítimo que nos questionemos sobre uma certa absolutização da vida humana que poderá conduzir, não à preservação, nem propriamente à insolubilidade do conflito, mas ao perecimento total, na medida em que se considera ilícito qualquer tipo de intervenção.¹¹

Destarte, tratando-se de (im)ponderabilidade da vida e suas correntes, Cunha insiste na seguinte tese:

Não há apenas duas posições antagônicas nesta matéria – a que advoga a imponderabilidade e a que defende a ponderabilidade do valor vida; pelo contrário, há várias posições intermediárias entre aquelas mais radicais. – E pode ainda sustentar-se que apesar de a vida ser um bem imponderável, há que se resolver conflitos trágicos.¹²

Notadamente, ficou demonstrado que, na posição da autora, a vida não pode ser valorada qualitativamente, mas não deve ser vista como bem absoluto e imponderável.

Já o jusfilósofo Ronald Dworkin, eminente pós-positivista, tem posição mais ácida e explícita. Ele começa a discorrer sobre a obrigação de viver trazendo à tona o caso *Cruzan versus Director, Missouri Department of Health*, em que a família da jovem Nancy Cruzan foi proibida de desligar os aparelhos que a mantinham viva. O sistema judicial americano da época (final da década de 80, início da década de 90) expressou a posição de que a jovem “devia permanecer viva por respeito à santidade

¹¹ CUNHA, M. Conceição Ferreira da. **Vida Contra Vida**: conflitos existenciais e limites do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p.92

¹² *Ibidem*, p. 93.

da vida”¹³. O autor transporta essa posição também para o caso de grupos contrários ao aborto:

A crença em que a vida humana, em qualquer estágio, tem um valor intrínseco e sagrado pode, portanto, oferecer uma razão para que as pessoas se posicionem violentamente contra o aborto, vendo-o como uma crueldade em qualquer circunstância dada [...]. Acreditam que o feto é uma criatura humana viva em desenvolvimento, e que algo intrinsecamente mau ocorre, uma espécie de vergonha cósmica, sempre que a vida humana em qualquer estágio é deliberadamente eliminada.¹⁴

O autor vincula essa ideia de santidade aos religiosos, afirmando que muitas pessoas acham que as práticas (ou as não-práticas) religiosas dos outros “desprezam profundamente verdades cósmicas da máxima importância possível”¹⁵, e de acordo com a visão dessas pessoas, os ateus ignorariam de maneira gritante a origem e natureza do valor objetivo da vida humana.

Em continuidade, pode se imaginar que o pensamento de Dworkin entra em forte desacordo com o de Cunha em um ponto fundamental: a possibilidade de se valorar a vida humana. Porém, é um desacordo meramente aparente, pois Cunha trata de valorar vida com outra vida, uma valoração por terceiros, já Dworkin traz uma reflexão que a pessoa faz sobre o valor da própria vida, em uma vinculação com o processo de morrer.

Devemos, antes, nos perguntar sobre o significado retrospectivo da morte ou da diminuição da vida, sobre o modo como a derradeira etapa da vida afeta seu caráter geral. Compreendemos como uma vida pode ser mais agradável, saborosa ou cheia de realizações do que outra. Mas a sugestão de que um período de inconsciência ou demência antes da morte pode tornar essa vida pior, em termos gerais, do que se a morte tivesse ocorrido antes, introduz um tipo bem diferente de critério para avaliar a vida; esta é avaliada não apenas em termos do cômputo geral de prazer, desfrute ou realizações, mas em termos mais estruturais, como quando julgamos uma obra literária, por exemplo, cujo final adverso compromete tudo o que veio antes.¹⁶

Voltando ao tema da santidade da vida, Dworkin traz o fato de que os que acreditam neste argumento e os que discordam dele, por vezes nem entendem bem o motivo de sua divergência, mesmo divergindo de forma contumaz e até violenta. A

¹³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 14.

¹⁴ *Ibidem*, p. 15-16.

¹⁵ *Ibidem*, p.18.

¹⁶ *Ibidem*, p.36.

ideia de que a vida tem valor intrínseco e inviolável une a todos, mas também divide a sociedade profunda e sistematicamente.¹⁷

Ao fim, o autor esclarece as contradições e deixa claro que a santidade da vida não deve ceder frente a outros valores, mas sim deve ser respeitada e entendida¹⁸. Deve-se buscar conciliar essa maneira sagrada de enxergar a vida com a autonomia das pessoas. O autor sustenta que um terceiro não pode impor seus valores pessoais aos outros em questões sensíveis, como o processo de morrer: “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”¹⁹.

Em consonância, quando tratando da Eutanásia, mesmo tema abordado no livro de Dworkin, segue na mesma linha de posicionamento o professor Faccini Neto: “Em alguns casos, a morte digna é um sinal maior do respeito que o moribundo tem pela sua própria vida, ao revés de uma morte envolvida por uma longa agonia ou inconsciente sedação”²⁰.

Diante das posições ora postas, ficou evidente que viver é um direito, e que a vida não deve ser tratada como valor absoluto e imponderável, sob o risco de trazer mais prejuízos que benefícios. Entretanto, uma questão ficou pendente: a posição dos religiosos, que ficou subentendido serem majoritariamente favoráveis à visão da vida como obrigação devido ao movimento secular de a considerar sagrada. Porém, analisando mais a fundo, pode-se inferir que essa posição não é totalmente correta.

O mundo já teve um Papa (maior líder religioso do mundo) que praticou Ortotanásia. O Papa João Paulo II morreu no conforto de sua casa, devido a diversas complicações da idade, e recusou medidas de obstinação terapêutica, sendo suas últimas palavras: “Deixai-me ir à casa do Pai”²¹. Ele também, quando em reunião da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, no ano 1980, proclamou a Declaração Sobre a Eutanásia, que veda a Eutanásia mas permite a Ortotanásia.

Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 38-40.

¹⁸ *Ibidem*, p. 306.

¹⁹ *Ibidem*, p. 307.

²⁰ FACCINI NETO, Orlando. **Questões Morais e Direito Penal**: estudos reunidos. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 228.

²¹ BIBLIOTECA CATÓLICA. **A morte de São João Paulo II**: um caminho direto para o céu. 2023. Disponível em: <https://bibliotecacatolica.com.br/blog/formacao/morte-de-sao-joao-paulo-ii/>. Acesso em: 21 ago. 2023.

um prolongamento precário e penoso da vida, sem contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo.²²

Na mesma linha se manifestou a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), quando indagada sobre a Ortotanásia:

Da forma que a resolução está colocada, a CNBB não é contra, enquanto se trata do uso de recursos extraordinários, complexos, que podem trazer mais sofrimento para o paciente, para a família; podem acarretar custos onerosos para a família do paciente, sem nenhuma esperança ou garantia de recuperação. Então, devem ser utilizados todos os recursos normais e naturais próprios para o tratamento de qualquer paciente.²³

Concluindo, com a evolução dos direitos que vem ocorrendo, até mesmo para entidades religiosas tradicionais, o ato de viver vem se tornando muito mais um direito que uma obrigação.

2.2 PROTEÇÃO PENAL DA VIDA

Rogério Sanches Cunha define formalmente o Direito Penal como um “conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais (crime ou contravenção), define os seus agentes e fixa as sanções a serem-lhes aplicadas”²⁴.

Assim, considerando que o direito à vida é um direito que pertence ao ser humano por natureza²⁵, os povos desde o início da Humanidade desenvolveram mecanismos para evitar a matança e a barbárie, e um desses principais mecanismos é o Direito Penal, que tem a vida como um dos seus bens jurídicos tutelados mais relevantes.

A proteção penal da vida de maneira formal remonta aos primórdios da organização social por meio do primeiro Código de leis escritas de que se tem

²² VATICANO. Papa João Paulo II. **Declaração sobre a Eutanásia**. 1980. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: 21 ago. 2023.

²³ CNBB. **Dom Damasceno esclarece posição sobre Resolução do CFM**. 2012. Disponível em: <https://www.cnbb.org.br/dom-damasceno-esclarece-posicao-sobre-resolucao-do-cfm/>. Acesso em: 21 ago. 2023.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 33.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 34.

conhecimento, o Código de Hamurabi²⁶, oriundo da Mesopotâmia no século XVIII a.C.. O reconhecido jurista Rogério Sanches Cunha nomeia este período de “Vingança Penal”²⁷ por considerar as penas por vezes excessivas.

Não obstante, por mais que fosse um Código com penas por vezes desproporcionais²⁸, decorrentes do contexto da época, os dispositivos ali contidos buscavam trazer ordem e justiça, além de tutelar os bens jurídicos importantes para aquela sociedade. Esse é o caso da vida, que tenta ser protegida em diversos artigos, em que o agressor quase sempre recebe como punição a pena capital. Extraem-se alguns artigos, que inclusive são a base do ditado “olho por olho, dente por dente”:

196. Se um homem arrancar o olho de outro homem, o olho do primeiro deverá ser arrancado.
 197. Se um homem quebrar o osso de outro homem, o primeiro terá também seu osso quebrado. [...]
 200. Se um homem quebrar o dente de um seu igual, o dente deste homem também deverá ser quebrado. [...]
 229. Se um construtor construir uma casa para outrem, e não a fizer bem feita, e se a casa cair e matar seu dono, então o construtor deverá ser condenado à morte.²⁹

Ainda que na Antiguidade fosse comum que apenas o "Cidadão" desfrutasse de certos direitos, desde os tempos de Hamurabi até os dias atuais, diversas legislações procuraram enaltecer e salvaguardar a vida humana. Entre elas, merecem destaque o *Bill of Rights of 1689*, no contexto da Revolução Gloriosa inglesa; A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no contexto da Revolução Francesa, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no período pós-guerra em 1948. Tais normativas possuem caráter mais aberto, amplo e não necessariamente sancionador, porém são peças-chave na proteção do Direito à Vida, pois influenciaram diversos códigos constitucionais e penais ao longo do planeta. De outra forma, é impossível achar um sistema de leis de alguma sociedade que não preveja a proteção à vida.

²⁶ SANTIAGO, Emerson. **Código de Hamurabi – História**. Portal Infoescola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 49.

²⁸ Tem-se, como exemplo, o art. 110: “Se uma irmã de um Deus abrir uma taverna ou entrar numa taverna para beber, então esta mulher deverá ser condenada à morte”. In: HAMURABI. **Código de Hamurabi**. 1.772 a.C.. Compilado pela UFMS. Disponível em:

<https://boletimjuridico.ufms.br/files/2021/09/Codigo-de-Hamurabi.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁹ *Ibidem*.

No Brasil, o primeiro Código Penal data de 1830 e vigorou por todo período imperial, sendo decorrente da Constituição de 1824, que por sua vez foi fortemente influenciada pela supracitada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e seus ideais iluministas.³⁰ Já no referido Código Criminal de 1830 estava presente a clara tipificação do crime de homicídio, que poderia até ser punido com a morte do autor.

Homicídio

Art. 192. **Matar alguém** com qualquer das circunstancias agravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete.

Penas - de morte no grão maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo.

Art. 193. Se o homicidio não tiver sido revestido das referidas circunstancias agravantes.

Penas - de galés perpetuas no grão maximo; de prisão com trabalho por doze annos no médio; e por seis no minimo.

Art. 194. Quando a morte se verificar, não porque o mal causado fosse mortal, mas porque o offendido não applicasse toda a necessaria diligencia para removel-o.

Penas - de prisão com trabalho por dous a dez annos.

Art. 195. O mal se julgará mortal a juizo dos facultativos; e, discordando estes, ou não sendo possivel ouvil-os, será o réo punido com as penas do artigo antecedente.

Art. 196. Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa.

Penas - de prisão por dous a seis annos.³¹

E com o decurso do tempo e o avanço do conhecimento jurídico, os códigos foram se modernizando. Atualmente, o nosso Código Penal (CP), que já é octagenário (Decreto-Lei 2.848/40)³², é dividido pelos operadores do Direito em parte geral e parte especial, sendo que a parte geral possui 120 artigos em que se disciplina a aplicação do Direito Penal material. Ao seu fim, inicia-se a parte especial, em que estão previstos os tipos penais, sendo estes uma manifestação formal do legislador, que busca cominar uma sanção para uma determinada conduta considerada danosa para sociedade, *lato sensu* crimes. Não por coincidência o primeiro tipo penal do Código,

³⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Código Criminal de 1830 foi marco importante na organização do Brasil**: quinta matéria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre o bicentenário da independência aborda aplicação das leis. 2022. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/codigo-criminal-de-1830-foi-marco-importante-na-organizacao-do-brasil.htm#>. Acesso em: 16 ago. 2023.

³¹ BRASIL. **Lei de dezembro de 1830**. Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 23 ago. 2023. Grifei.

³² *Idem*. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

constante no artigo 121, é o homicídio, que não teve seu verbo nuclear modificado em comparação com 1830; em resumo: matar alguém.

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso 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.³³

Para que se esclareça, a função do enunciado normativo representado pelo tipo penal é evitar que aquela conduta ali descrita se materialize no mundo dos fatos. No artigo 59 do referido Código Penal, o legislador usa de maneira literal as palavras *reprovação* e *prevenção* como justificativas para aplicação da pena. Embora existam distorções nas previsões legais, geralmente quanto mais reprovável é o crime, maior será a pena prevista.

Sendo assim, o legislador fixou uma alta pena no artigo 121, já que é uma conduta altamente reprovável matar alguém, pois o agente que pratica tal ato está ferindo o bem jurídico “vida”, tutelado em diversos dispositivos nacionais e internacionais. Entre eles, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 4.1: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”³⁴; e na Constituição Cidadã de 1988, norma máxima do país, constante no *caput* do Art. 5º: “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**”³⁵.

Porém, vale ressaltar que, por mais fundamental que seja, nenhum direito é absoluto. Nucci traz a posição de que os direitos devem conviver harmoniosamente entre si, e que o objetivo final seria a construção de uma personalidade digna e feliz para os membros da coletividade. O próprio autor deixa claro que o direito à vida pode ser relativizado frente à proteção da dignidade humana, exemplificando por meio dos

³³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

³⁴ *Idem*. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 23 ago. 2023.

³⁵ *Idem*. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

casos em que uma mulher é estuprada e há a permissão legal de que ela realize o aborto – a dignidade da mulher acaba por relativizar o direito à vida do feto.³⁶

O direito à vida também pode ser relativizado quando se choca com interesses maiores do Estado em tempos de guerra, conforme autorizado pela própria CF/88: “não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada” (Art. 5, XLVII)³⁷. Ainda, ressalta-se que a pena de morte é prevista no Código Penal Militar ainda vigente:

Art. 55. As penas principais são:

a) morte;

b) reclusão;

c) detenção;

d) prisão;

e) impedimento;

f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função;

g) reforma.

Pena de morte

Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento.³⁸

Por outro lado, consultando a Doutrina internacional em relação à relativização do bem jurídico “vida”, Cunha afirma que é importante realizar uma ponderação quando houver colisão de deveres de ação³⁹, trazendo à tona um clássico caso baseado no art. 200 (Omissão de Auxílio) do Código Penal de seu país, Portugal, em especial seu terceiro parágrafo: “A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, **por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível**”⁴⁰.

No caso em tela, exemplifica-se a partir do seguinte caso: um médico que possui dois pacientes gravíssimos, porém há leito e recursos para somente um deles, sendo assim é necessário eleger apenas um dos pacientes para ser salvo, com base em critérios técnicos de seu próprio ofício (medicina), gerando um dever de omissão, alicerçado no estado de necessidade, do médico para com o paciente que não for

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

³⁸ *Idem*. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

³⁹ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Vida Contra Vida: conflitos existenciais e limites do direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁴⁰ PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 48/95**. Código Penal Português. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em: 15 ago. 2023.

eleito. O autor conclui que nesses casos é válida a “importação” de conceitos e critérios de outras esferas, entre elas noções médicas, para o Direito, com o fim de atestar se a ação ou omissão do agente foi correta.⁴¹

Ainda de acordo com Cunha, no exemplo ora mencionado, seria defeso ao médico o “direito de não-decidir”, deixando de eleger um dos pacientes para receber os escassos recursos, uma vez que esse ato também constituiria uma forma de decisão, considerada a mais desafiadora dadas as circunstâncias extremas apresentadas, pois nenhum dos dois pacientes poderia ser salvo.⁴² Esse é o contexto em que caso a vida seja tratada como um bem estritamente imponderável, não se poderia resolver o conflito de deveres, causando um fim ainda mais trágico.

⁴¹ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Vida Contra Vida**: conflitos existenciais e limites do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁴² *Ibidem*.

3 REPERCUSSÕES NA MEDICINA

O principal dever do médico é promover a saúde para o seu paciente. Mas o que é saúde? A resposta mais aceita para essa pergunta se dá pela definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), vinculada à ONU, que resumidamente assim dispõe: “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”⁴³. Desta forma, em um mundo ideal, deve-se buscar nas ciências da saúde algo a mais que simplesmente combater doenças obstinadamente e sem critérios; deve-se buscar valorizar e respeitar os desejos e a autonomia do paciente. E por quê o médico, quando lidando com doenças gravíssimas, por vezes não consegue garantir esse conceito amplo de saúde e se foca somente em combater a doença?

No prefácio, escrito pelo Dr. José Eduardo de Siqueira, do importante livro médico “Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva”, o autor deixa claro que a maior preocupação do médico na hora da tomada de decisões relevantes ao fim da vida é a **repercussão legal**, conforme cópia literal do referido texto. Eventuais termos técnicos serão esclarecidos adiante:

Entretanto, vários estudos indicam que essa não é a maior causa apontada por médicos intensivistas para justificar a adoção de medidas terapêuticas desproporcionais em pacientes sem perspectivas de recuperação clínica, o que redundando na prática da distanásia ou obstinação terapêutica. **O que os atemoriza é a possibilidade de serem passíveis de processos civis ou criminais** por omissão de socorro, caso registrem no prontuário médico, decisões referentes às “ordens de não ressuscitação” (ONR), ou a retirada de procedimentos de suporte de vida.⁴⁴

No mesmo texto, o autor ainda traz o seu desconforto para com o modelo cartesiano-flexneriano, matriz da formação médica atual; um modelo biotecnocientífico, que descaracterizou a medicina como arte, trazendo uma possível perversão do homem pela tecnologia.⁴⁵ Falta aos profissionais da atualidade colocarem em prática um dos mais famosos ditados da Medicina: “curar às vezes,

⁴³ BRASIL. Ministério da Saúde. **O que significa ter saúde?**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-que-ro-me-exercitar/noticias/2021/o-que-significa-ter-saude>. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁴⁴ MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. Em colaboração com diversos médicos da Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB). São Paulo: Atheneu, 2012. Grifei.

⁴⁵ *Ibidem*.

aliviar frequentemente e confortar sempre”. Cada vez menos o médico busca o supracitado conceito amplo de saúde biopsicossocial, que visa a tratar o paciente e trazer melhor qualidade de vida a ele, focando sobretudo na doença em si.

Essa situação configura um dilema, pois substitui o diálogo com o paciente por uma sucessão interminável de exames de imagem e análises laboratoriais. Isso leva a uma abordagem que visa exclusivamente a tratar um agente patógeno ou uma condição específica, negligenciando a pessoa com seus anseios e sentimentos. Consequentemente, surge a tendência de prologar excessivamente a vida, na ânsia de “curar” algo por vezes intratável, utilizando métodos invasivos e procedimentos artificiais. O avanço tecnológico na área médica tem colocado em segundo plano a singularidade do paciente – suas emoções, crenças e valores.⁴⁶ Essa junção do apelo para a tecnologia, foco único na doença e medo da esfera judicial forma um caldo que só tende a trazer sofrimento ao paciente.

Voltando à insegurança jurídica, na mesma linha segue o Dr. José Henrique Rodrigues Torres, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e professor de Direito Penal, que, quando membro da Câmara Técnica sobre a Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos do Conselho Federal de Medicina, buscou trazer um olhar jurídico para a literatura médica e reforçou a insegurança que os médicos sentem:

Além disso, essa obstinação terapêutica é estimulada pela prática de uma “medicina defensiva”, consistente na adoção de todos os recursos e procedimentos disponíveis, ainda que sabidamente inúteis e desnecessários, com o único objetivo de fazer prova de uma boa atuação profissional. E, especialmente com relação aos pacientes terminais, **o temor em face da possibilidade da responsabilização ética, civil e criminal pela morte**, com a conseqüente perda da licença profissional ou imposição de reparação de danos e criminalização, tem conduzido os profissionais de medicina à adoção de tratamentos desnecessários e até mesmo gravosos para o paciente, mas hábeis para justificar a sua exculpação.⁴⁷

Esse medo de envolver-se em litígios judiciais ou administrativos levou os médicos a criarem implicitamente uma nova forma de atendimento ao paciente, chamada de “medicina defensiva”, em que o médico solicita exames a mais do que o necessário, prescrevem diversos tratamentos – em algumas ocasiões sem

⁴⁶ VALE, Homaile Mascarin do; MIYAZAKI, Maria Cristina de Oliveira Santos. Medicina defensiva: uma prática em defesa de quem?. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 4, p. 747-755, dez. 2019.

⁴⁷ TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem Eutanásia. *In*: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2023. p. 157.

necessidade – por cautela excessiva e possuem receio de tomar decisões que possam ser sensíveis, mesmo que convenientes naquele momento, como ordens de não ressuscitação. Fazem isso não por incompetência ou maldade, mas sim por puro medo de litígios judiciais.

A medicina defensiva originou-se na década de 1970 e caracteriza-se pelo emprego de procedimentos diagnóstico-terapêuticos com o propósito explícito de evitar litígios por má prática da medicina. Significa dizer que, em um primeiro momento, levando em conta o arcabouço documental (exames laboratoriais, diagnósticos e/ou exames de imagem), médicos não assumem o tratamento do paciente para reduzir o risco de litígio por suposta má prática profissional.⁴⁸

Referente ao estudo no qual é extraído esse excerto, os autores, através de pesquisa de campo transversal, exploratória e descritiva, chegaram a um espantoso resultado em que 75%, dos 104 médicos brasileiros pesquisados, praticava a medicina defensiva com medo de serem processados ou denunciados.⁴⁹ Em um estudo publicado no *Journal Of The American College Of Cardiology*, chegou-se à conclusão de que nos Estados Unidos este número pode chegar a 93%.⁵⁰

Quando o médico direciona sua atenção ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Penal em vez dos compêndios médicos, existe a possibilidade de prejudicar o paciente. Isso ocorre porque o tratamento oferecido pode não ser o mais eficaz e apropriado para o caso, mas sim o mais politicamente correto e menos controverso. Esse cenário torna-se particularmente evidente em casos de doenças terminais, nos quais a ortotanásia é negada em prol de manter o paciente vivo a qualquer custo, resultando na negação da dignidade que lhe é devida.

Vale ressaltar que a responsabilidade por esses fenômenos nem sempre recai sobre o profissional de saúde, que frequentemente se torna mais uma vítima da insegurança jurídica. Os autores concluem sobre a medicina defensiva:

À luz da ética, conclui-se que as consequências da medicina defensiva e seu conhecimento por parte dos pacientes tendem a dificultar ainda mais a relação médico-paciente, devido à redução na confiança do paciente em relação ao profissional. A dilatação do prazo para diagnosticar o problema e buscar a cura, além de punir o paciente que depende do Sistema Único de

⁴⁸ VALE, Homaile Mascarin do; MIYAZAKI, Maria Cristina de Oliveira Santos. Medicina defensiva: uma prática em defesa de quem?. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 4, p. 747-755, dez. 2019.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ DOVE, James T.; BRUSH, John E.; CHAZAL, Richard A.; OETGEN, William J.. Medical Professional Liability and Health Care System Reform. **Journal Of The American College Of Cardiology**, [S.L.], v. 55, n. 25, p. 2801-2803, jun. 2010.

Saúde, aumenta substancialmente o custo do serviço de saúde, tanto em âmbito público quanto privado.

A falta de incentivo à mediação e conciliação na seara hospitalar também favorece a medicina defensiva, dado que o médico se sentiria mais protegido se cada instituição contasse com segmento interno para cuidar das relações com pacientes. Do grupo pesquisado, a maioria **recorre à medicina defensiva para se resguardar contra processos por má conduta profissional.**⁵¹

Como visto, a insegurança jurídica e a prática da chamada medicina defensiva têm um potencial prejudicial evidente. Quando os profissionais médicos optam por seguir essa abordagem, geralmente é por ausência de regulação adequada e de segurança jurídica.

3.1 DISTINÇÕES CONCEITUAIS

3.1.1 Eutanásia

A origem da palavra Eutanásia apresenta diversas versões. De acordo com Siqueira-Batista e Schramm:

O termo eutanásia é oriundo do grego, tendo por significado boa morte ou morte digna. Foi usado pela primeira vez pelo historiador latino Suetônio, no século II d.C., ao descrever a morte "suave" do imperador Augusto.⁵²

Já para o Dr. José Roberto Goldim o surgimento da palavra advém do século XVII, pela obra de Francis Bacon:

O termo foi proposto por Francis Bacon, em 1623, em sua obra "*Historia vitae et mortis*", como sendo o "tratamento adequado as doenças incuráveis". De maneira geral, entende-se por eutanásia quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento. Neste último caso, a eutanásia seria justificada como uma forma de evitar um sofrimento acarretado por um longo período de doença. Tem sido utilizado, de forma equivocada, o termo Ortotanásia para indicar este tipo de eutanásia. Esta palavra deve ser utilizada no seu real sentido de utilizar os meios adequados para tratar uma pessoa que está morrendo.⁵³

⁵¹ VALE, Homaile Mascarin do; MIYAZAKI, Maria Cristina de Oliveira Santos. Medicina defensiva: uma prática em defesa de quem?. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 4, p. 747-755, dez. 2019.

⁵² SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciência & Saúde Coletiva**, [S.L.], v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004.

⁵³ GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. 2004. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 15 ago. 2023.

Há uma definição sucinta, porém útil: “produzir ou acelerar intencionalmente a morte de um paciente em benefício dele mesmo”⁵⁴. Então, basicamente, a eutanásia, no contexto deste trabalho, ocorreria quando um médico, por algum meio, causa a morte do paciente por motivos humanitários. Esse meio, geralmente, seria uma aplicação em superdosagem de sedativos, que causariam uma sensação de conforto no paciente e o matariam. Nucci denomina esse método de homicídio piedoso⁵⁵ e relembra o fato de ser um crime, sendo uma conduta vedada pelo ordenamento vigente e que se enquadraria no tipo penal de homicídio, com possível redução de pena tendo em vista o “relevante valor moral ou social da conduta”, conforme parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal⁵⁶.

3.1.2 Ortotanásia

Para que se entenda o que é ortotanásia, faz-se necessária uma breve introdução, nas palavras do Dr. José Henrique Rodrigues Torres, desembargador do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo:

A imagem de Caronte transportando os mortos em seu barco, do mundo dos vivos para o Hades, o mundo dos mortos, é cena que não pode ser esquecida quando se enfrenta, no âmbito da ética médica ou no campo jurídico-penal, esse desafiante e instigante tema: a terminalidade da vida. A luta contra a morte, obstinada e sem limites, em quaisquer circunstâncias, não pode mais ser considerada como dever absoluto dos médicos, que, antes, devem compreender a dimensão da existência e da dignidade humana diante dos limites da medicina e da ciência.

[...]

A cultura da medicalização da vida, justificada pela concepção falaciosa de que a morte é o resultado do fracasso do conhecimento e da técnica médica, tem gerado e legitimado, indevidamente, os abusos da onipotência de muitos profissionais de saúde que acreditam agir sob a égide de um falso dever de prolongar a vida a qualquer custo e de vencer a morte.⁵⁷

⁵⁴ HOLLAND, Stephen. **Bioética**: enfoque filosófico. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2008. p. 108.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 638.

⁵⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

⁵⁷ TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem Eutanásia. *In*: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2023. p. 157.

As palavras transcritas trazem à tona o fato de que evitar a morte nem sempre significa agir com virtude. A morte muitas vezes não significa fracasso, mas sim o fim de um período de tormento e sofrimento para um paciente, que poderá finalmente descansar.

A ortotanásia pode ser conceituada como “morte correta”, deriva dos termos gregos *orthós* (certo) e *thánatos* (morte). Na prática, significa a suspensão de atos e métodos artificiais que prolonguem a vida de um paciente sem perspectivas de cura com o objetivo de evitar sofrimento desnecessário e ofertar uma morte digna.⁵⁸

Pacheco cristaliza o fato de que “na ortotanásia não há o abreviamento da vida como ocorre na eutanásia, e sim o não prolongamento de uma vida artificial”⁵⁹.

Desta forma, a principal distinção entre eutanásia e ortotanásia é que na primeira há uma ação por parte do médico, sendo um fato típico. Entretanto, na ortotanásia, já que o médico não poderia salvar o paciente de todo modo, ele deixa de prolongar seu sofrimento, não fazendo uso da distanásia – que será conceituada adiante – sendo então isento de responsabilização penal.

3.1.3 Distanásia

A obstinação terapêutica é um conceito quase sempre atrelado à distanásia, sendo quase sinônimos, em que o primeiro leva ao segundo. Assim, devem ser analisados em conjunto.

A obstinação terapêutica ocorre quando há prolongamentos desnecessários, que não trarão benefícios para o paciente em fase terminal. Nessas situações, por falta de familiaridade com todos os aspectos envolvendo a morte, o profissional de saúde pode experimentar a sensação de impotência e frustração perante uma “cura” limitada de seu paciente. Além disso, ele muitas vezes acredita que a morte precisa ser vencida e isso, conseqüentemente, leva à prática da distanásia. A distanásia consiste num tratamento inútil que apenas prolonga a dor, tornando qualquer investimento na cura uma agressão à dignidade da pessoa humana com o propósito de, a qualquer custo, adiar a morte.⁶⁰

⁵⁸ ALMEIDA, Naara Perdigão Cota de; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro; VIEIRA, Rosiana Feitosa; MENDONÇA, Anna Valeska Procopio de Moura. Ortotanásia na formação médica: tabus e desvelamentos. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 29, n. 4, p. 782-790, dez. 2021.

⁵⁹ PACHECO, Igor Passos Lima. **Ortotanásia no Brasil**: direito a morte natural. São Paulo: Amazon, 2018. *E-book*.

⁶⁰ SILVA, Lucimeire Aparecida da; PACHECO, Eduarda Isabel Hubbe; DADALTO, Luciana. Obstinação terapêutica: quando a intervenção médica fere a dignidade humana. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 29, n. 4, p. 798-805, dez. 2021.

Como demonstrado, a distanásia é o total inverso do que propõe a ortotanásia, que simplesmente prega deixar a vida e a morte seguirem seu caminho natural em casos de pacientes terminais e irrecuperáveis. De outro modo, a distanásia, através da obstinação terapêutica, visa a manter aquele paciente vivo a qualquer custo, não importando seu sofrimento nem de seus entes queridos. O jusfilósofo Ronald Dworkin demonstra firme posição crítica a este instrumento:

[...] os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas – às vezes por semana, em outros casos por anos – pessoas que já estão à beira da morte ou terrivelmente incapacitadas, entubadas, desfiguradas. [...] Já deixaram de ser pacientes para tornar-se verdadeiros campos de batalha. Situações desse tipo nos atemorizam a todos. Também temos muito medo de viver como um vegetal inconsciente, mas escrupulosamente bem cuidado. Cada vez mais, nos damos conta de tomar uma decisão com antecedência: queremos ou não ser tratados desse modo? Hoje, todos os estados americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada: ou os testamentos de vida.⁶¹

No atual contexto da Humanidade, que desde o fim da II Guerra Mundial vem valorizando cada vez mais a liberdade e a dignidade da pessoa humana, a distanásia e a obstinação terapêutica são incabíveis, e se assemelham a tortura. Um familiar ou um médico não devem manter uma pessoa sob intenso sofrimento, em decorrência de receios ou vontades pessoais suas.

3.1.4 Cuidados Paliativos

De acordo com o Instituto Nacional de Câncer (INCA), a definição para cuidados paliativos é: “cuidados de saúde ativos e integrais prestados à pessoa com doença grave, progressiva e que ameaça a continuidade de sua vida”⁶². Em busca de uma resposta mais completa:

Reconhecido como uma forma inovadora de assistência à saúde, o Cuidado Paliativo vem ganhando espaço no Brasil, especialmente na última década. Diferencia-se fundamentalmente da medicina curativa por focar no cuidado integral, através da prevenção e do controle de sintomas, para todos os pacientes que enfrentem doenças graves, ameaçadoras da vida - conceito

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 252.

⁶² BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. **Cuidados Paliativos**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/cancer/tratamento/cuidados-paliativos>. Acesso em: 16 ago. 2023.

que também se aplica a familiares, cuidadores e equipe de saúde e seu entorno, que adocece e sofre junto.⁶³

A ampla gama de ações que envolvem os cuidados paliativos vai desde a promoção do conforto até a orientação adequada para o paciente e a família.⁶⁴ Tais ações se concretizam por meio de uma analgesia adequada, deixando o paciente sem dor; permitir visitas maiores e as vezes fora do horário para que sejam fortalecidos os vínculos familiares e da rede de apoio e deixar o paciente, em casos excepcionais, tomar medidas ortodoxas para um hospital, como por exemplo beber cerveja enquanto internado.⁶⁵ Parece absurdo um paciente tomar uma cerveja em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI), mas se a bebida não for prejudicar o quadro geral do paciente, não deveriam existir grandes empecilhos. Fazer o que gosta pode auxiliar na motivação para recuperação e no conforto psíquico da pessoa.

Vale ressaltar que o primeiro passo, tanto dos cuidados paliativos, quanto da Ortotanásia, é a comunicação médico-paciente/família, que deve ser honesta, porém ponderada.

Verdade é como um remédio: há dose, via e hora para ser administrada. Uma dose baixa não é eficaz, mas uma dose alta demais ou administrada de forma errada pode também fazer mal. Nos cuidados de pacientes graves, saber como administrar estas doses de verdade é saber comunicar más notícias. Para saber qual a dose que seu paciente precisa é necessário entendê-lo como uma pessoa, que tem medos, gostos e histórias. O diálogo é o caminho para esse entendimento. Comunicação não é simplesmente um dom natural, pode ser estruturada e melhorada. Cada vez mais se observa sua importância em assistência à saúde, em especial nos cuidados paliativos.⁶⁶

Destarte, por mais que os Cuidados Paliativos possam ser exercidos em todos os níveis e áreas da medicina, inclusive na atenção primária, na área de geriatria e com equipes de saúde da família tentando implementar medidas de cuidados paliativos em visita domiciliar, o foco é em áreas mais complexas, como oncologia e medicina intensiva. Para o presente trabalho, a área que mais interessa é a atuação

⁶³ GOMES, Ana Luisa Zaniboni; OTHERO, Marília Bense. Cuidados paliativos. **Estudos Avançados**, [S.L.], v. 30, n. 88, p. 155-166, dez. 2016.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ BITTENCOURT, Brenda. Paciente que tomou cerveja em UTI de Blumenau brinca: “gosto de tomar um dia sim e no outro também”. **Jornal NSC**, Blumenau, 1 abr. 2021. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/paciente-que-tomou-cerveja-em-uti-de-blumenau-brinca-gosto-de-tomar-um-dia-sim-e-no-outro>. Acesso em: 17 ago. 2023.

⁶⁶ SOUZA, Raquel Pusch de; FORTE, Daniel. Especificidades da Comunicações em Situações Críticas. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012. p. 16.

nas UTI's, por ser onde geralmente estão os pacientes mais graves, e conseqüentemente uma maior probabilidade de realização de Ortotanásia. Souza e Forte trazem a importância de fornecer um ambiente confortável para o paciente:

Uma UTI nos remete a pensar em muitos fatores que podem causar desconforto ao paciente, entre eles: o estereótipo do ambiente ligado à morte, a quase nudez do paciente, espaço privado invadido com frequência, separação da família, presenciar óbitos de outros pacientes [...] entre outras coisas que podem gerar inquietação, intolerância, baixa resistência e frustração. Por esse motivo é importante que a equipe atue a minimizar os aspectos causadores de desconforto psíquico e físico.⁶⁷

E por fim, a Ortotanásia entra neste contexto, pois a doutrina dos cuidados paliativos prega que se o caso é manifestamente irrecuperável, deve-se deixar a morte seguir seu curso natural⁶⁸, sem causar sofrimento através da obstinação terapêutica.

Quando a morte é esperada em “horas ou dias”, a Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB) orienta que, sob a ótica dos Cuidados Paliativos, “se deve facilitar a presença dos familiares de maneira permanente, privilegiar o conforto do paciente e retirar terapias fúteis (drogas vaso-ativas, métodos dialíticos, etc)”⁶⁹. A última medida (retirar terapias fúteis) citada nada mais é que o núcleo duro do conceito de Ortotanásia. Sendo assim, como a obstinação terapêutica e a distanásia são conceitos que se fusionam para prolongar o sofrimento, a Ortotanásia e os cuidados paliativos andam lado a lado para amenizar a dor e trazer conforto.

3.2 ORTOTANÁSIA NA ROTINA MÉDICA

Inicialmente, cabe destacar que, como mostrado anteriormente, quase a totalidade das mortes em hospitais – e conseqüentemente dos casos de ortotanásia – se dão no ambiente das UTI's. É necessário que se entenda, mesmo que sucintamente, como funciona esse ambiente. De acordo com Souza:

⁶⁷ SOUZA, Raquel Pusch de; FORTE, Daniel. Especificidades da Comunicações em Situações Críticas. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012. p. 11-12.

⁶⁸ GOMES, Ana Luisa Zaniboni; OTHERO, Marília Bense. Cuidados paliativos. **Estudos Avançados**, [S.L.], v. 30, n. 88, p. 155-166, dez. 2016.

⁶⁹ MORITZ, Rachel Duarte; ROSSINI, Juan Pablo; DEICAS, Alberto. Cuidados Paliativos na UTI: definições e aspectos ético-legais. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012. p. 31.

A UTI atende a demanda de pacientes que necessitam de cuidados de alta complexidade, prestados por profissionais qualificados e capacitados para desenvolverem a prática em um ambiente altamente tecnológico. Trata-se de um local que possui algumas características próprias, como: a ênfase no conhecimento técnico-científico e na tecnologia, a fim de manter o ser humano vivo; **a presença constante da morte**; a ansiedade, tanto dos sujeitos hospitalizados quanto dos familiares e trabalhadores da saúde.⁷⁰

Assim, por mais que os Cuidados Paliativos tentem aliviar essa questão, infere-se que a UTI é um lugar que pode parecer muito hostil e desconfortável para o paciente. Para tornar as últimas horas ou dias de alguém mais amenas, um passo importante é a comunicação entre todas as partes envolvidas para que o paciente e familiares se sintam mais seguros e acolhidos, indo além do mero alívio da dor física por meio da analgesia. A própria Ortotanásia deve ter seu início na comunicação, proporcionando uma visão realista do prognóstico e apresentando as opções. Ensinam Souza e Forte:

Quando pensamos em conforto nos referimos ao conforto biopsicossocial e espiritual do indivíduo. O paciente precisa ser respeitado e atendido em suas necessidades e direitos como o controle da dor, privacidade; no entanto, os pacientes não podem se sentir sozinhos ou abandonados. O paciente tem direito a informação, a comunicação, isto é ser ouvido, ter um ambiente adequado para o sono e ser respeitado em suas crenças.⁷¹

Não obstante, em muitos casos, apesar dos esforços da equipe de saúde para aliviar o sofrimento, esse é tão grande que pode persistir de maneira tão intensa que continua a afligir de maneira significativa o paciente, impedindo-o de ter uma sobrevida agradável. Assim, como “todo ser humano tem o direito de morrer sem sofrimento”⁷², quando se tratar de casos irrecuperáveis, deve-se iniciar o processo de Ortotanásia.

É importante ressaltar que na filosofia paliativista deve-se evitar a distanásia ou obstinação terapêutica, considerada como a manutenção de terapia fútil ou inútil, que somente prolongará o morrer e aumentará o sofrimento do doente e de seus familiares. Em contra partida, o estímulo a ortotanásia, ou Limite de Esforço Terapêutico (LET), definidas como condutas médicas restritivas, em que se limita o uso de certos recursos, por serem

⁷⁰ SOUZA, Raquel Pusch de. Identificação e Abordagem Inicial do Sofrimento. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012. p. 1-1. Grifei.

⁷¹ *Idem*; FORTE, Daniel. Especificidades da Comunicações em Situações Críticas. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012. p. 11-12.

⁷² MORITZ, Rachel Duarte; ROSSINI, Juan Pablo; DEICAS, Alberto. Cuidados Paliativos na UTI: definições e aspectos ético-legais. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012. p. 31.

medicamentos inadequados ou inúteis, é estimulado. [...] Deve-se levar em consideração que a suspensão de tratamentos fúteis não promove a morte, e sim, evita que o morrer seja alongado a custo de enorme sofrimento. Hipócrates, ao afirmar que um dos papéis da medicina é “recusar-se a tratar daqueles que foram vencidos pela doença, entendendo que, diante de tais casos, a medicina torna-se impotente” fez a primeira descrição de LET.⁷³

Vale ressaltar que por ser um tema muito complexo, é necessário que seja abordado não somente pelo médico, principal responsável pelas condutas que serão adotadas em relação ao paciente em estado de terminalidade da vida, como também por uma equipe multidisciplinar, com psicólogo, assistente social, fisioterapeuta etc., para que as decisões sejam mais acertadas e completas. Conforme Leão e Lopes:

[...] com vistas à abordagem integral dos sujeitos em tratamentos paliativos, é vital que o trabalho seja multiprofissional e interdisciplinar, pois uma categoria profissional sozinha não dá conta de todos os aspectos que envolvem a complexidade da vida dos sujeitos.⁷⁴

E como se avalia e se define se o caso é de terminalidade? De acordo com a Dra. Maria Goretti Sales Maciel, médica e uma das pioneiras no Cuidado Paliativo no Brasil, a terminalidade se avalia em critérios concretos:

O cuidado paliativo se baseia em critérios concretos para definir o status de terminalidade. Leva-se em conta a história natural da doença ou grupo de doenças, a condição de fragilidade do doente (idade, situação nutricional, frequência dos agravos recentes), sua capacidade funcional, a evidência de doença extensa e a presença ou ausência dos chamados fatores de mau prognóstico.⁷⁵

Porém, tais critérios, por vezes podem ser alicerçados em tecnicidades demasiadamente complexas para leigos, como níveis de determinado elemento ou substância no organismo (exemplo: nível de creatinina ou bilirrubinas). Entretanto, existem tabelas mais simples que são usadas para este fim e podem ser

⁷³ MORITZ, Rachel Duarte; ROSSINI, Juan Pablo; DEICAS, Alberto. Cuidados Paliativos na UTI: definições e aspectos ético-legais. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012. p. 30.

⁷⁴ LEÃO, Isabelle Silva; LOPES, Francisco Willams Ribeiro. Atuação multiprofissional em cuidados paliativos: limites e possibilidades. **Revista Saúde & Ciência Online**, Campinas, v. 3, n. 9, p. 64-82, set. 2020.

⁷⁵ MACIEL, Maria Goretti Sales. Assistência à terminalidade da vida: a orientação do cuidado paliativo. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011. p. 52. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

compreendidas por leigos ou pessoas com mínimo conhecimento de saúde. Algumas das mais conhecidas, como a Escala de Karnofsky e PPS, são inseridas abaixo.

Figura 1 – Escala de desempenho de Karnofsky (EDK)

Principais escalas utilizadas em avaliações prognósticas	
Escala de Desempenho de Karnofsky (EDK)	
Valor	Nível de Capacidade Funcional
100	Normal, sem queixas, sem evidência de doença
90	Capaz de realizar atividade normal, sinais ou sintomas menores de doença
80	Atividade normal com esforço, alguns sinais ou sintomas de doença
70	Cuidados pessoais, incapaz de realizar atividade normal ou fazer trabalho ativo
60	Requer ajuda ocasional, mas é capaz de atender maioria das necessidades
50	Requer ajuda considerável e cuidado médico frequente
40	Incapaz, requer cuidado e ajuda especiais
30	Gravemente incapacitado, hospitalização é indicada embora morte não seja iminente
20	Hospitalização é necessária, muito doente, tratamento de suporte ativo necessário
10	Moribundo, processos rapidamente progressivos
0	Morto

Fonte: Forte (2012, p. 49).

Figura 2 – Escala de Performance Paliativa (PPS)

Escala de Performance Paliativa (PPS)					
%	Deambulação	Atividade e evidência de doença	Autocuidado	Ingestão	Nível de consciência
100	Completa	Normal, sem evidência de doença	Completo	Normal	Completo
90	Completa	Normal, alguma evidência de doença	Completo	Normal	Completo
80	Completa	Com esforço, alguma evidência de doença	Completo	Normal	Completo
70	Reduzida	Incapaz para o trabalho, alguma evidência de doença	Completo	Normal ou reduzida	Completo
60	Reduzida	Incapaz de realizar hobbies, doença significativa	Assistência ocasional	Normal ou reduzida	Completo ou com períodos de confusão
50	Sentado ou deitado	Incapacitado para qualquer trabalho, doença extensa	Assistência considerável	Normal ou reduzida	Completo ou com períodos de confusão
40	Acamado	Idem	Assistência quase completa	Normal ou reduzida	Completo ou com períodos de confusão
30	Acamado	Idem	Dependência completa	Reduzida	Completo ou com períodos de confusão
20	Acamado	Idem	Idem	Ingestão limitada a colheradas	Completo ou com períodos de confusão
10	Acamado	Idem	Idem	Cuidados com a boca	Confuso ou em coma
0	Morte	-	-	-	-

Fonte: Forte (2012, p. 50).

Assim, usando todos os critérios disponíveis, após se constatar que o prognóstico é de terminalidade da vida em breve, é proveitoso que a equipe médica “verifique e promova a documentação de Diretivas Antecipadas e verifique o desejo dos envolvidos quanto à participação nas decisões, bem como intensifique atitudes de solidariedade”⁷⁶.

Paralelamente, se a terminalidade da vida é irreversível, conforme às normativas legais vigentes e doutrina médica dominante, deve-se retirar os

⁷⁶ MORITZ, Rachel Duarte; ROSSINI, Juan Pablo; DEICAS, Alberto. Cuidados Paliativos na UTI: definições e aspectos ético-legais. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012. p. 30-31.

tratamentos fúteis, como antibióticos de alta potência. Deve-se focar no bem-estar do paciente, minimizando sua dor através de uma adequada analgesia (tramadol, metadona, morfina etc.)⁷⁷.

Destarte, um ponto que pode ser polêmico é a hidratação e nutrição do paciente terminal. Por mais contrassenso que possa parecer, para privilegiar o bem-estar do paciente, a hidratação deve ser reduzida: “A desidratação leve proporciona menor risco de respiração ruidosa, menor volume de diurese, trocas e predisposição a úlceras por pressão, menos secreção gástrica e menor risco de vômitos”⁷⁸. Com relação à nutrição, a orientação pode gerar ainda mais espanto:

A introdução de alimentação artificial no final da vida não agrega nenhum benefício ao doente e uma sonda nasoenteral (SNE) locada nesta fase é causa direta de dor, agitação, mal-estar gástrico, vômitos e diarreia. A sonda introduzida nesta fase é a maior responsável pelas contenções ao final da vida. Um ser humano viver seus últimos momentos amarrado a uma cama ou com as mãos enfaixadas caracteriza maus tratos e fere a noção de dignidade humana.⁷⁹

Realmente, pode ser uma ideia um tanto perturbadora imaginar que um ente querido está morrendo de sede ou fome, porém devido ao seu estado de falência funcional do organismo, ou até mesmo pela potente sedação, entre outros fatores, aquele paciente não experimenta fome e sede da maneira fisiológica a qual estamos acostumados. Excesso de nutrição e hidratação, em muitos casos, só trarão mais sofrimento.

Embora o jejum prolongado (mais de uma semana) possa parecer prejudicial ao paciente, nesta situação o cérebro é capaz de utilizar corpos cetônicos produzidos a partir da quebra de gorduras, em condições de privação de glicose, como fonte de energia. A cetonemia proporciona alívio da dor, provavelmente por meio da liberação de substâncias endógenas *opioides-like*, além de suprimir a sensação de fome. Por essa razão fisiológica, na maioria dos casos, se mantém o jejum do paciente em seus últimos dias.⁸⁰

⁷⁷ MACIEL, Maria Goretti Sales. Assistência à terminalidade da vida: a orientação do cuidado paliativo. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011. p. 58-59. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 63.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ SOCIEDADE DE CARDIOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Quando nutrir não é mais necessário**. São Paulo, 2 mar. 2021. Disponível em: <https://socesp.org.br/noticias/area-medica/quando-nutrir-nao-e-mais-necessario/>. Acesso em: 18 ago. 2023.

Vale lembrar que essa é posição adotada pelas entidades responsáveis por regular e normatizar a conduta médica, como o Conselho Federal de Medicina (CFM) e subsidiariamente outras entidades, como a Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB), bem como está em consonância com a posição dos especialistas na área. Em se tratando de temas sensíveis, como a vida de pessoas próximas, é normal que haja uma preocupação e até uma fiscalização excessiva, porém não é proveitoso ir contra a conduta regulada pela classe. O CFM não disciplina questões da OAB, e o contrário deve ser verdadeiro. O advogado não deve ensinar a conduta médica ao médico, bem como o médico não deve ensinar Direito ao advogado. O conhecimento interdisciplinar é sempre válido e deve ser incentivado, inclusive o presente trabalho tem uma matriz extremamente interdisciplinar. No entanto, deve-se aceitar a conduta que foi estudada durante anos pelos especialistas da área e que se determinou ser a mais adequada.

Em resumo, a ortotanásia na rotina médica se alicerça em encerrar tratamentos fúteis/inúteis e focar no conforto do paciente, atrelado aos Cuidados Paliativos. Por vezes, decisões que não são consideradas palatáveis podem ser tomadas pela equipe multidisciplinar, entretanto são necessárias para que o objetivo de uma morte sem sofrimento seja alcançado. Diante disso, como evidenciado, é fundamental uma boa comunicação entre todas as partes envolvidas.

3.3 NORMATIVA MÉDICA

De início, vale ressaltar que é compete ao CFM disciplinar as condutas médicas com base nas prerrogativas que a Lei 3.268/1957 lhe garante:

Art. 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.⁸¹

Assim, o primeiro passo para a normatização da Ortotanásia partiu do Conselho Federal de Medicina através da Resolução CFM 1.805/06, que dispõe sobre a

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm. Acesso em: 19 ago. 2023.

legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suporte terapêutico.⁸² Ela adveio após um longo debate entre diversas áreas do conhecimento, como filosofia, direito e medicina, inclusive tendo sua última sessão para discussões presidida pelo Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que ocupou a seguir a Corregedoria Nacional de Justiça.⁸³

Art. 1º - É legal e ética a suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando determinada a morte encefálica em não-doador de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, nos termos do disposto na Resolução CFM nº 1.480, de 21 de agosto de 1997, na forma da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.⁸⁴

Entretanto, devido às circunstâncias do momento, a dita resolução foi editada de maneira bem sucinta e restrita. Mesmo assim, foi atacada judicialmente pelo Ministério Público Federal (MPF), que buscou cassar a resolução e determinar que o CFM era incompetente para “legislar” em temas tão sensíveis. No decorrer da instrução, a posição do *parquet* se modificou e o próprio MPF se mostrou favorável à resolução.

No processo nº 2007.34.00.014809-3, que tramitou perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal, o Juiz Roberto Luis Luchi Demo julgou improcedente o pedido e manifestou de maneira clara a validade do instrumento nas seguintes palavras: “Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração”⁸⁵.

Seguindo na mesma linha, em 2009 o CFM editou novo Código de Ética Médica, oportunidade em que ficou expressa sua posição em favor da Ortotanásia, desde que levada em consideração a vontade do paciente, e ampliou sua

⁸² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1.826/06**. Dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2007/1826_2007.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁸³ D’AVILA, Roberto Luiz; RIBEIRO, Diaulas Costa. A terminalidade da vida: uma análise contextualizada da Resolução CFM no 1.805/06. *In*: Conselho Federal de Medicina. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: 2011. p. 203-204. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2023.

⁸⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, *op. cit.*

⁸⁵ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Sentença. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>. Acesso em: 25 ago. 2023.

possibilidade para além de pacientes com morte encefálica, englobando também pacientes “incuráveis e terminais”. O código forneceu mais um alicerce legal para os profissionais da saúde, no parágrafo único do art. 41, *verbis*:

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.⁸⁶

Em 2018, após realizar uma Conferência Nacional, o CFM novamente atualizou o seu Código de Ética, e seguindo a tendência, já no seu Capítulo I, tratou sobre a Ortotanásia:

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.⁸⁷

Como ficou claro no excerto transcrito acima, o CFM muito valoriza a vontade e a autonomia do paciente. Contudo, no art. XXII, ele também protege a autonomia do médico quando ele reconhece que a situação é extrema. Nesses casos, o médico tem a permissão de evitar a realização de procedimentos desnecessários, sem depender de uma manifestação explícita, diferentemente do que era requerido no Código de 2009. A base da Ortotanásia é justamente evitar intervenções supérfluas, e assim, o médico pode agir nesse sentido mesmo que o paciente não tenha manifestado expressamente sua vontade. Importante destacar que essa disposição é válida para casos manifestamente incuráveis e terminais.

Um exemplo de aplicação prática dessa regra é a Ordem de Não Ressuscitação (ONR). Hipoteticamente, imagine-se um paciente de 95 anos com câncer metastático

⁸⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Código de Ética Médica. Brasília, 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2023.

⁸⁷ *Idem*. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019.** Código de Ética Médica. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

disseminado, em falência generalizada de órgãos e com intenso sofrimento. Para esse paciente, mesmo que a família – seu representante legal – esteja presa no conceito de santidade da vida humana proposto por Dworkin, apresentada no Capítulo 2.1, ou a qualquer outro conceito pessoal em que não se aceite cuidados paliativos, mesmo nesse contexto o médico pode dar prosseguimento a Ortotanásia, em claro respeito à dignidade humana, e não ressuscitar esse paciente caso ele sofra uma parada cardiorrespiratória.

O paciente hipotético é manifestamente terminal e de acordo com toda ciência médica construída pela humanidade não há chance de recuperação, que benefício esse paciente teria em ser reanimado? Ganharia somente alguns dias de puro sofrimento. Então age corretamente e dentro da legalidade o médico que deixa a morte do paciente seguir seu curso natural, mesmo contrariando a posição egoística da família.

Concluindo, além das normativas trazidas, vale ressaltar que as entidades competentes, como a AMIB e o CFM, promovem diversas publicações que alicerçam, sofisticam, regulam e aprofundam os conceitos aqui discorridos. Como destaque, pode-se citar os livros “Conflitos Bioéticos do Viver e do Morrer” e “Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva”, muito citados no presente trabalho.

4 SOLUÇÕES POSSÍVEIS

4.1 NORMATIVA JURÍDICA

4.1.1 Normativa Constitucional

O encerramento de tratamentos fúteis de nenhuma forma vai contra os Direitos Fundamentais constitucionalmente garantidos e que têm como característica a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.⁸⁸ O principal alicerce constitucional da Ortotanásia é o Princípio da Dignidade Humana, fundamento da República Brasileira.

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.⁸⁹

Assim, o eminente constitucionalista, Alexandre de Moraes, conceitua a dignidade de maneira que todos os outros direitos fundamentais – inclusive a vida – podem ser relativizados, com exceção à dignidade da pessoa humana.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁹⁰

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153.

⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

⁹⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128.

A dignidade da pessoa humana é conceituada pelo Min. Luis Roberto Barroso como sendo a origem dos direitos humanos, particularmente dos direitos à liberdade e à igualdade:

A dignidade, em uma linha de desenvolvimento semântico que remonta à Antiguidade, era um conceito associado à ideia de classe e hierarquia: o status de certas posições sociais e políticas. A dignidade, então, estava vinculada à honra e conferia a alguns indivíduos privilégios e tratamentos especiais. Nesse sentido, a dignidade pressupunha uma sociedade estratificada e denotava nobreza, aristocracia e a condição superior de algumas pessoas sobre outras. Ao longo dos séculos, contudo, com o impulso da religião, da filosofia e da Política, uma ideia diferente de dignidade foi sendo desenvolvida - a dignidade humana-, destinada a assegurar o mesmo valor intrínseco para todos os seres humanos e o lugar especial ocupado pela humanidade no universo.⁹¹

O ministro reafirma a relevância do dito princípio, inferindo que a dignidade humana pode ser a fonte para a própria evolução dos direitos, explicitando que sua importância não vem só do passado, mas também do futuro que pode ser garantido se a dignidade for sempre levada em conta.

Essas ideias estão agora consolidadas nas democracias constitucionais e algumas aspirações mais altas têm sido cultivadas. Em algum lugar do futuro, com a dose adequada de idealismo e de determinação política, a dignidade humana se tornará a fonte do tratamento especial e elevado destinado a todos os indivíduos: cada um desfrutando o nível máximo atingível de direitos, respeito e realização pessoal. Todas as pessoas serão nobres.⁹²

Em se tratando do tema a que interessa este trabalho, segundo a posição do médico, advogado e ex-juiz de direito, Dr. Armando Otávio Vilar de Araújo, a morte é o desfecho de um processo que deve ser calcado na autonomia e dignidade:

Uma morte digna deve ser vista e compreendida como o desfecho de um **processo sustentado em princípios éticos de dignidade e autonomia**. O morrer e o momento da morte transformam-se em fato angustiante e delicado. Sabemos que a morte deve ser vista de forma natural, e que o homem precisa adequar-se a um contínuo processo de sua aceitação, para que possa encará-la de maneira consciente e serena quando de sua ocorrência.⁹³

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 95-137, out. 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2592408/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 21 ago. 2023. p. 147.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ ARAÚJO, Armando Otávio Vilar de. Múltiplos enfoques sobre a morte e o morrer. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: Com, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023. p. 141. Grifei.

Subsidiariamente, deve-se levar em conta o Direito à Liberdade, considerado fundamental e constante no Art. 5 da Constituição Cidadã:

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.⁹⁴

De acordo com Martins, quando da análise da obra do grande jurista Miguel Reale:

O ser humano é um ser livre, ou seja, tem a possibilidade de escolher este ou aquele caminho numa determinada situação. A liberdade do ser humano – como bem realçado por Reale na vastidão de sua obra – é fundamental para o seu desenvolvimento. Nota-se, pois, a íntima relação entre valor e liberdade, já que, em razão de ser livre, o indivíduo pode escolher aquilo que lhe mais aprouver.⁹⁵

O Direito à Liberdade se manifesta quando o paciente decide quais tratamentos quer ou não receber, e tem sua manifestação máxima no contexto de saúde no Testamento Vital (ou Diretivas Antecipadas de Vontade), que será tratado adiante.

Como visto, a prática da Ortotanásia está constitucionalmente alicerçada no Princípio da Dignidade Humana, e subsidiariamente no Direito à Liberdade, ambos expressados em posição de destaque na Lei Maior. Não se pode colocar a Liberdade e a Dignidade em pés de igualdade no presente caso, pois muitas vezes o paciente não está em condição de manifestar sua vontade, restando assim sua liberdade prejudicada, quando, em *ultima ratio*, deve prevalecer a dignidade, quando o médico deve agir de maneira que minimize o sofrimento. Ademais, a dignidade, como ressaltado pelos autores citados, é a “mãe” de todos os outros direitos. Até a vida pode ser relativizada, mas a dignidade, não.

⁹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023. Grifei.

⁹⁵ MARTINS, Alexandre Marques da Silva. Os valores em Miguel Reale. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 180, n. 45, p. 263-277, dez. 2008.

4.1.2 Interpretação da Normativa Penal

4.1.2.1 Sob a ótica do Princípio da Intervenção Mínima

No capítulo 2.2 (Proteção Penal da Vida), conceituou-se o Direito Penal de maneira formal.⁹⁶ Para este capítulo mais interessa o aspecto material, o qual Rogério Sanches Cunha define que o Direito Penal deve se referir a “comportamentos altamente reprováveis ou danosos ao organismo social”⁹⁷.

Sanches continua evidenciando que o Direito Penal se difere dos demais ramos do Direito pela consequência jurídica que ele acarreta, com as consequências penais sendo mais impactantes que às dos outros ramos. Com exceção do caso muito específico do devedor contumaz de pensão alimentícia, é vedada prisão que não decorra do direito penal ou militar, em consonância ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante 25, o qual veda a prisão cível em outros casos.⁹⁸

Nessa linha, infere-se que o norte da persecução penal deve ser o **Princípio da Intervenção Mínima**, que disciplina o Direito Penal como *ultima ratio*, como a última medida a ser tomada dentro da sociedade. Essa é também a posição da Jurisprudência: “de acordo com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal não deve interferir em demasia na vida em sociedade”⁹⁹. Ainda, conforme o Egrégio Tribunal da Cidadania:

O Direito Penal é conformado pelo princípio da intervenção mínima e seus consectários, a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Passando pelo legislador e chegando ao aplicador, o Direito Penal, por ser o ramo do direito de mais gravosa sanção pelo descumprimento de suas normas, deve ser *ultima ratio*. Somente em caso de ineficiência de outros ramos do direito em tutelar os bens jurídicos é que o legislador deve lançar mão do aparato penal. Não é qualquer lesão a um determinado bem jurídico que deve ser objeto de criminalização, mas apenas as lesões relevantes, gravosas, de impacto para a sociedade.¹⁰⁰

⁹⁶ “Conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais (crime ou contravenção), define os seus agentes e fixa as sanções a serem-lhes aplicadas”. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 33.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula774/false>. Acesso em: 24 ago. 2023.

⁹⁹ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 215.522/RS. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 10 nov. 2015.

¹⁰⁰ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso em Habeas Corpus n. 147.169/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 14 jun. 2022.

Conclui Callegari, defendendo que o Estado deve evitar uma intromissão dentro da liberdade do cidadão:

Tudo parece indicar que a tendência que se considera desejável para o Direito Penal do presente e do futuro é a sua progressiva restrição. Isso enlaçaria com a tradição liberal que arranca de Beccaria e que postula a humanização do Direito Penal: parte-se da idéia que a intervenção penal supõe uma intromissão do Estado na esfera da liberdade do cidadão, que somente resulta tolerável quando é estritamente necessária — inevitável — para a proteção desse mesmo cidadão.¹⁰¹

Assim, entende-se que a persecução penal deve se limitar a questões extraordinárias que não possam ser resolvidas em outras esferas. No caso da Ortotanásia, a melhor opção seria o Direito Penal legitimar as posições técnicas formuladas pelos órgãos competentes, como as resoluções do CFM sobre o tema, e deixar a persecução penal para os casos em que a sociedade não possui uma solução própria e adequada para os conflitos, já que, de acordo com Bitencourt, “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada”¹⁰².

A Ortotanásia já é fato consumado e comum no meio médico e está de acordo com o ordenamento constitucional, falta somente uma lei formal que explicitamente isente o médico de responsabilização para garantir maior segurança jurídica. Já ficou clara a competência do CFM sobre o tema, seja formal, seja material. Cunha lembra que a importação de noções médicas para o Direito Penal é válida para fechar lacunas jurídicas.¹⁰³

Por fim, vale citar subsidiariamente o Princípio da Adequação Social, o qual Cunha afirma ser muito similar com o Princípio da Intervenção Mínima, entretanto, para o primeiro, não importa o bem jurídico tutelado. Pode o agente praticar fato manifestamente moldado ao tipo penal e ele ser considerado materialmente atípico, como o exemplo das lutas esportivas, em que um lutador pode ferir gravemente o outro, em teoria, ferindo bens jurídicos relevantes e não ser considerado criminoso,

¹⁰¹ CALLEGARI, André Luiz. **O princípio da intervenção mínima no direito penal**. 1998. Publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/3510/>. Acesso em: 21 ago. 2023.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 58.

¹⁰³ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Vida Contra Vida: conflitos existenciais e limites do direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

tendo em vista o esporte ser socialmente aceito. Destarte, a conduta, para se adequar ao princípio, deve estar de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.¹⁰⁴ Assim, como a conduta da Ortotanásia já é aceita por todas as entidades médicas e da saúde, bem como se trata de algo comum na rotina de um hospital, pugna-se por sua adequação subsidiária ao Princípio da Adequação Social, mais um alicerce garantindo a atipicidade do tema.

Também é válido o ensinamento de Capez, quando o jurista afirma que o objetivo do Estado na solução do litígio penal é a “pacificação social”¹⁰⁵. Então, tendo em vista que a remoção de cuidados fúteis de um paciente terminal não causa danos ao organismo social, bem como é um assunto suficientemente normatizado por uma área técnica, o Estado de nenhuma forma deve voltar a persecução penal contra a Ortotanásia.

4.1.2.2 Sob a ótica da Teoria Geral do Crime

Para que uma conduta seja caracterizada como crime e, conseqüentemente, sujeita a punição, é necessário que ela contenha três elementos essenciais: tipicidade, ilicitude (ou antijuridicidade) e culpabilidade. Com a presença desses três requisitos, o crime pode se manifestar de forma ativa, comissiva, exigindo uma ação, ou de forma passiva, omissiva, demandando uma omissão relevante. É a análise da conduta omissiva que se destaca neste contexto, especialmente no âmbito da Ortotanásia.

Aqueles que sustentam que a Ortotanásia constitui um crime acusam o médico de se abster indevidamente de exercer seu poder-dever de “salvar” o paciente, alegando que o médico está permitindo deliberadamente que se concretize a morte do paciente. Argumentam que a situação se encaixaria no conceito do art. 13, § 2º, do CP: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”¹⁰⁶.

Ora posto, transcreve-se aqui o conceito do jurista Rogério Sanches Cunha acerca do crime omissivo:

¹⁰⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 107-108.

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.

¹⁰⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

O crime omissivo é a não realização (não fazer) de determinada conduta valiosa (comportamento ideal) a que o agente estava juridicamente obrigado e que lhe era possível concretizar. Viola um tipo mandamental. Exemplo: deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (Art. 269 do CP).¹⁰⁷

Ressaltando que a omissão só é punível quando relevante, o autor continua:

A relevância da omissão, todavia não se resume ao dever de agir, pressupondo-se também que ao agente seja possível atuar para evitar o resultado. Com efeito, não se presume a responsabilidade penal simplesmente em razão da omissão por parte de quem estava obrigado ao contrário.¹⁰⁸

Tendo em vista que a omissão relevante somente se caracteriza quando o agente ativo podia evitar o resultado, de nenhuma forma a Ortotanásia pode ser considerada homicídio por omissão, já que o paciente é irrecuperável e terminal, isto é, irá falecer de qualquer forma no curto prazo. O médico somente atuará para minimizar seu sofrimento e permitir o curso natural da morte. Por outro lado, também de nenhuma maneira se poderia caracterizar a omissão de socorro, tendo em vista que o paciente está sendo atendido, com seus cuidados paliativos, só não está recebendo tratamento fútil e doloroso.

Assim, se o médico não tem essa possibilidade [de curar o paciente], a sua conduta de suspender ou limitar determinados procedimentos destinados apenas para prolongar a vida não pode ser enquadrada no tipo do homicídio. Se não há esperada reversibilidade nem possível transitoriedade com relação à doença, não há como falar na possibilidade de se evitar o resultado morte. Portanto, obviamente, não haverá tipicidade possível. Não é possível, juridicamente, admitir a caracterização do crime comissivo por omissão nessa hipótese.¹⁰⁹

Ademais, considerando o conceito de nexa causal constante no *caput* do art. 13 do CP: “o resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”¹¹⁰, é mais crível denunciar por tortura o médico que pratica

¹⁰⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 329.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 331.

¹⁰⁹ TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem Eutanásia. *In*: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2023. p. 172.

¹¹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

distanásia e obstinação terapêutica, reanimando e utilizando de diversas drogas potentes em pacientes terminais, do que por homicídio o médico que não reanima o paciente hipotético. O médico que se envolve na prática da distanásia está estabelecendo uma relação denexo causal com o considerável sofrimento infligido ao paciente. Ao aderir à chamada "medicina defensiva", ele está contribuindo diretamente para o surgimento desse sofrimento, em troca de uma extensão temporária, mesmo que seja apenas por algumas horas ou dias, da vida do paciente.

Já o médico que pratica Ortotanásia não dá causa a morte, pois ela iria ocorrer de qualquer jeito, ou seja, é a doença incurável do paciente que dá causa para a morte. Simplesmente ocorre uma ponderação entre o valor vida, que se pode relativizar, e o valor dignidade humana, que não se pode relativizar jamais. A ponderação é necessária, já que, de acordo com Faccini Neto:

[...] quando se olha ou valora a vida humana a partir de uma perspectiva estritamente jurídica, entretantes, devemos ter presente o quadro das valorações constitucionais que, de uma forma ou de outra condicionam o 'jogo' da interpretação penalmente relevante.¹¹¹

Desse modo, pela ausência de resultado, relevância e nexocausal já fica claro que a Ortotanásia não é um fato típico. Porém, mesmo que hipoteticamente, a Ortotanásia fosse considerada fato típico, ela poderia, admitindo-se com alguma dificuldade, quando há manifestação expressa do paciente (através de Testamento Vital, por exemplo), entrar no bojo das excludentes de ilicitude. Nucci, assim como muitos doutrinadores do Direito Penal, possui ressalvas com relação à Ortotanásia, porém acredita que ela pode ser interpretada na ótica do "consentimento do ofendido"¹¹², excludente doutrinária não expressa no Código Penal.

A dificuldade em adequar a Ortotanásia ao consentimento do ofendido surge devido a doutrina majoritária entender que um dos requisitos seria o bem jurídico tutelado ser disponível, assim não poderia se renunciar à vida, já que ela é indisponível. Porém, Starling traz o entendimento de que

¹¹¹ FACCINI NETO, Orlando. **Questões Morais e Direito Penal**: estudos reunidos. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 221-222.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 638.

[...] a questão da disponibilidade ou indisponibilidade de um bem jurídico, inclusive da vida, é fruto da vontade do legislador, em resposta às evoluções históricas e aos anseios da sociedade de sua época¹¹³.

Portanto, seria fácil ao legislador adaptar o consentimento do ofendido à Ortotanásia, tendo em vista o contexto contemporâneo de valorização da dignidade e liberdade.

De toda forma, mesmo sem uma inovação legislativa, pode ser cabível a excludente ora mencionada, pois quando o paciente renuncia aos tratamentos fúteis em caso de terminalidade da vida, ele não está abrindo mão efetivamente de sua vida, ele está renunciando ao sofrimento; se o paciente já está com um prognóstico de morte iminente, no caso concreto, ficaria difícil argumentar que ele dispôs da sua vida. Destarte, mesmo alguém acreditando que ele está dispondo da vida, o mesmo está agindo em prol da dignidade humana, então pode ser válido o consentimento do ofendido quando ocorre para proteger um bem ainda mais relevante que o bem renunciado.

Por fim, sob uma ótica teórica e material, poderia se aventar na seara da culpabilidade a prevalência da inexigibilidade da conduta diversa, pois existem diversas normativas do CFM que disciplinam a Ortotanásia, e disciplinarmente obrigam o médico a encerrar tratamentos inúteis em certos casos, como de morte encefálica. Porém, na aplicação concreta do Direito, seria difícil enquadrar juridicamente a Ortotanásia nas hipóteses formais previstas, como a Coação Moral e a Obediência Hierárquica.

Assim, entende-se por suficiente explicitar que a Ortotanásia não deveria em nenhuma ótica ser considerada ilícita, tampouco fato típico. Também vale ressaltar que, se o Poder Legislativo já tivesse promulgado uma lei disciplinando o tema, toda essa discussão não seria necessária.

4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO

4.2.1 Jurisprudência

¹¹³ STARLING, Sheyla Cristina da Silva. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 2014. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-9K9UZM/1/disserta__o.pdf. Acesso em: 21 ago. 2023. p. 70.

Inicialmente, cabe lembrar que princípios são axiomas fundamentais ou generalíssimos, que conferem fisionomia, unidade e validade a todo um sistema jurídico¹¹⁴; no entanto, não possuem a mesma densidade normativa de uma lei no caso concreto. Tal entendimento vale inclusive para o Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Adequação Social, citados no capítulo anterior. Conforme a Jurisprudência (excertos a fim de exemplificação, sem relação direta ao tema Ortotanásia): “O princípio da adequação social não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores”¹¹⁵.

Segundo entendimento deste Egrégio TRF4R, os princípios destipificantes, tais como da insignificância, da adequação social, da ofensividade, da irrelevância penal do fato, bem como da intervenção mínima, não podem conduzir à desconsideração da norma penal incriminadora, sobretudo quando o caso não está acobertado por circunstâncias excepcionais que justifiquem a incidência de tais princípios.¹¹⁶

Então, já que os princípios, como quase tudo no Direito, não são absolutos e carecem de interpretação, deve-se analisar o que a Jurisprudência interpreta especificamente em relação ao tema da Ortotanásia, e subsidiariamente ao Testamento Vital, tema que será abordado adiante, mas é fundamental neste contexto. Ressalta-se que a maioria dos processos se extinguiu sem resolução do mérito, pois o Judiciário entende que uma pessoa querer garantir a possibilidade de Ortotanásia em um momento futuro é uma demanda abstrata. Assim entende o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

DECLARATÓRIA - Ação que objetiva a declaração do direito de opção pela ortotanásia e pela cremação após a morte - Extinção do processo - Ausência de interesse de agir - Inconformismo do autor - Desacolhimento - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Pedido hipotético - Ausência de pretensão resistida - **Pedido formulado pelo apelante que dispensa intervenção judicial, pois pode ser obtido por meio de "testamento vital"** - Sentença mantida - Recurso desprovido.¹¹⁷

¹¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 110

¹¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Sétima Turma. Apelação Criminal n. 5008979-13.2021.4.04.7005. Relator: Desembargador Ângelo Roberto Ilha Da Silva. Porto Alegre, 12 jul. 2023.

¹¹⁶ *Idem*. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Oitava Turma. Apelação Criminal n. 5000753-07.2021.4.04.7106. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 12 jul. 2023.

¹¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1001378-30.2015.8.26.0363. Relator: Desembargador Mônaco da Silva. São Paulo, 31 jan. 2018. Grifei.

Como visto, por mais que não se tenha julgado o mérito no acórdão, o douto Tribunal deixa clara a validade, mesmo que condicionada ao Testamento Vital. Na mesma linha, segue a relatora na Apelação n. 1000938-13.2016.8.26.0100, advinda do mesmo egrégio Tribunal, em que não se julga o mérito, mas atesta a validade da Ortotanásia através do Testamento Vital, com fulcro em enunciado de Jornada de Direito: “Por fim, pontua-se que o Enunciado n. 528 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF, admite a validade do testamento vital”¹¹⁸.

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. **Manifestação que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial.** Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade. Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, **caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos.** Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido.¹¹⁹

Com relação ao estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça segue posição ainda mais firme na manifestação de validade da Ortotanásia. Conforme acórdão de apelação em que o Ministério Público buscava compelir um idoso a se submeter a uma cirurgia, o ilustre Tribunal entendeu que não era admissível obrigar um indivíduo em pleno gozo de suas faculdades mentais a passar por um tratamento contra sua vontade, mesmo que a falta desse tratamento pudesse resultar em uma redução de sua expectativa de vida.

¹¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1000938-13.2016.8.26.0100. Relatora: Desembargadora Mary Grün. São Paulo, 10 abr. 2019. **Enunciado n. 528 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:** “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”. In: BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 528. Brasília, mai. 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

¹¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1000938-13.2016.8.26.0100. Relatora: Desembargadora Mary Grün. São Paulo, 10 abr. 2019. Grifei.

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, **na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais**, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. **Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital**, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.¹²⁰

Em outra decisão acertada, o mesmo Tribunal negou recurso da mantenedora do hospital Ernesto Dornelles, que desejava fazer hemodiálise em paciente irrecuperável, em desacordo com a vontade da família, perante a impossibilidade de a pessoa doente manifestar sua vontade. O Tribunal validou a manifestação de vontade através da família e em 2011 permitiu firmemente a prática da Ortotanásia:

O presente processo, *ultima ratio*, reflete a disputa entre a ortotanásia e a distanásia, corresponde a primeira o assegurar às pessoas um morte natural, sem interferência da ciência, evitando sofrimentos inúteis, assim como dando respaldo à dignidade do ser humano.¹²¹

Segue a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se

¹²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70054988266. Relator: Desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 nov. 2013. Grifei.

¹²¹ *Idem*. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70042509562. Relator: Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 1 jun. 2011.

contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.¹²²

Em conclusão, tornou-se evidente que o Poder Judiciário atribui considerável importância aos princípios estabelecidos na Constituição. Nesse sentido, ao priorizar a liberdade e a dignidade humana, o Judiciário se posiciona de maneira favorável em relação à Ortotanásia e ao Testamento Vital.

4.2.2 Doutrina

Neste capítulo, dar-se-á preferência ao entendimento de autores brasileiros, até para evitar repetição maçante, já que modelos estrangeiros serão tratados adiante, junto com o Testamento Vital.

De início, transcreve-se o entendimento do Dr. José Henrique Rodrigues Torres, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor de Direito Penal, que defende a legalidade da ortotanásia.

Assim, hoje, é possível afirmar, inclusive com base em decisão judicial definitiva, que a Resolução CFM 1.805/06, atualmente em plena vigência, diz respeito à prática da ortotanásia, nada tem a ver com a eutanásia, constitui um alerta contra a distanásia, é constitucional, não acarreta violação a nenhum dispositivo legal, não representa apologia ao homicídio nem incentiva a prática de qualquer conduta criminosa ou ilícita e está absolutamente de acordo com a nossa sistemática jurídico-penal.¹²³

A decisão judicial definitiva citada se trata de uma Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo MPF contra o CFM pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006, que deu início à normatização técnica da Ortotanásia. O processo tramitou perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal, tombado sob o número 2007.34.00.014809-3. No caso, o Juiz Roberto Luis Luchi Demo julgou improcedente o mérito, com decisão favorável ao CFM. Destaca-se o seguinte excerto da decisão:

¹²² *Ibidem*.

¹²³ TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem Eutanásia. In: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2023. p. 160.

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto.¹²⁴

Continua o Dr. Torres:

Além disso, é preciso lembrar de que, após a edição da resolução e mesmo durante o trâmite da mencionada ação civil pública, o CFM, em 2009, no uso de suas atribuições legais, editou o novo Código de Ética Médica (CEM), proibindo a prática da “distanásia” e legitimando, expressamente, a “ortotanásia”.¹²⁵

Outra eminente personalidade jurídica que já se manifestou favoravelmente à resolução do CFM, e conseqüentemente à Ortotanásia, foi o Min. Luis Roberto Barroso.

[...] o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. A resolução é uma interpretação adequada da Constituição.¹²⁶

Destarte, também manifestamente favorável a legalidade da Ortotanásia é o professor e desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Miguel Kfourri Neto. Sobre o paciente que busca o procedimento, o autor afirma:

O paciente que assim decidiu, arcando com a possibilidade de sua própria morte, entendeu que, assim, alcançou uma morte digna, na medida em que

¹²⁴ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Sentença. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Relator: Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>. Acesso em: 25 ago. 2023.

¹²⁵ TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem Eutanásia. In: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2023. p. 160.

¹²⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. Constitucionalista diz que lei ampara ortotanásia no país. Entrevista com Luís Roberto Barroso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 4 dez. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm>. Acesso em: 21 ago. 2023.

esta se enquadra em seu conceito de vida digna. No caso, a vida digna é aceitar a própria morte como um fato inexorável da própria vida.¹²⁷

Entretanto, o ilustre jurista faz uma ressalva, destacando que é recomendável que o paciente tenha uma manifestação escrita da vontade para não “incorrer na impossibilidade de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo”¹²⁸, o que poderia gerar dúvidas quanto à legitimidade do procedimento e insegurança jurídica.

Em outra linha, quando tratando sobre as Ordens de Não Ressuscitação, procedimento corriqueiro no contexto da Ortotanásia, o jusfilósofo Ronald Dworkin expressa que elas são muito adotadas nos EUA desde a década de 90, já sendo parte da rotina médica.

Os médicos são frequentemente forçados a decidir se vão ou não prosseguir com o suporte vital para alguém que está inconsciente e moribundo – alguém com grave insuficiência cardíaca, por exemplo. Quase todos os hospitais desenvolveram uma política – às vezes formal, outras informal – sobre quando ressuscitar alguém cuja probabilidade de sobreviver mais que alguns dias é muito pequena e que, na melhor das hipóteses, irá passar esses dias ou horas em estado de semiconsciência. Alguns pacientes pedem para não serem ressuscitados se entrarem nesse estado.¹²⁹

4.3 PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA

Cunha assevera que “o Direito serve o homem e a sua vida em comunidade e vai buscar o fundamento para suas opções (autorizações, imposições, proibições...) nos valores éticos-sociais mais profundos da comunidade em questão”¹³⁰. Assim, entendendo a sociedade brasileira como a comunidade em questão, pode-se inferir que a Ortotanásia é um procedimento aceito e validado, já que está em pleno acordo com o Princípio da Liberdade e da Dignidade Humana, esse sendo a pedra basilar do Estado Democrático de Direito. Também é validado por meio das normas vigentes, da Doutrina médica e jurídica, e da Jurisprudência, na qual se interpretam as leis e os valores.

¹²⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 320.

¹²⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 167.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 263.

¹³⁰ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Vida Contra Vida: conflitos existenciais e limites do direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 63.

Então o médico pode continuar praticando a Ortotanásia, de maneira integrada com os Cuidados Paliativos, pois se enquadram às normativas do CFM, logo, não sofrerá nenhuma sanção. Porém, vale ressaltar que a manifestação de vontade do paciente possui grande valor, e quanto mais expressa for, maior valor terá, sendo o ápice o testamento vital reconhecido em cartório na presença de testemunhas. É proveitoso que os médicos disseminem esse instrumento e orientem a população, tendo em vista que é um tema ainda pouco debatido em certos setores.

Por fim, vale ressaltar que seria demasiadamente proveitoso se o Poder Legislativo se manifestasse e editasse lei formal regulando a matéria, para que se expurgue a insegurança jurídica do pensamento dos médicos que praticam a “medicina defensiva”. Em se tratando de Direito Penal, já existe um projeto de lei que propõe alteração no CP, o PL 6.715/2009, que inseriria o Art. 136-A no Código com a seguinte redação:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§1. A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§2. A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.¹³¹

Infelizmente, o projeto encontra-se parado, perambulando pelas comissões do Congresso por falta de vontade política. Seria útil se os grupos de interesse que possivelmente seriam beneficiados se movimentassem e efetuassem uma pressão no Poder Legislativo para que seja sedimentado o entendimento da doutrina e da Jurisprudência acerca de tema tão sensível.

¹³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6715/2009**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Brasília, DF, 23 dez. 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>. Acesso em: 25 ago. 2023.

5 TESTAMENTO VITAL

5.1 CONCEITO

O Testamento Vital, ou Diretivas Antecipadas de Vontade (neste texto, Diretivas ou DAV), é basicamente uma manifestação formal e facultativa em que uma pessoa natural, em plenas capacidades físicas e psíquicas, expressa sua vontade.¹³² O termo Diretivas tem sido mais adotado pela Doutrina médica, pois a palavra “testamento” remete muito a questões *post mortem* e patrimoniais, então para se tornar algo mais agradável para a população em geral se tem usado a denominação Diretivas. Dentro da normativa médica, o instrumento é conceituado pela Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina através da Resolução CFM 1.995/2012, a qual tem o corpo do texto transcrito integralmente a seguir.

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.¹³³

¹³² CRIPPA, Anelise; FEIJÓ, Ana Maria dos Santos. **O registro das Diretivas Antecipadas de Vontade:** opinião dos tabeleiros da cidade de Porto Alegre – RS. *O Mundo da Saúde: Bioética no Mundo da Saúde*, São Paulo, p. 257-266, jun. 2016. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/periodicos/mundo_saude_artigos/diretivas_antecipadas_vontade.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹³³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.995/2012:** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 17 jul. 2023. Grifei.

Em suma, o instrumento permite ao paciente registrar, por exemplo, a vontade de, em caso de agravamento do quadro de saúde, não ser mantido vivo com a ajuda de aparelhos, nem submetido a procedimentos invasivos ou dolorosos.¹³⁴ Nas diretivas, a pessoa pode dispor sobre se quer passar por reanimação em caso de parada cardiorrespiratória, se quer receber medicamentos por via de sonda ou bomba de infusão, se quer se submeter à ventilação mecânica através de respiradores artificiais etc. É necessário ressaltar que tais diretivas devem estar de acordo com a Ética Médica e serem praticadas somente em casos irrecuperáveis.

Os valores que permitem a existência do Testamento Vital são principalmente a autonomia do paciente, a liberdade e o Princípio da Dignidade Humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

As Diretivas são um bom alicerce jurídico para que o médico possa praticar a Ortotanásia com segurança, sem medo de uma possível repercussão penal, pois fornece um incontestado consentimento do ofendido e um atestado de sua vontade.

Analisando as normativas do CFM supramencionadas, bem como o estudo feito em Porto Alegre com relação a opinião de tabeliães sobre o tema¹³⁵, infere-se que as DAV podem ser confeccionadas de duas maneiras.

A primeira, com maior segurança jurídica, pois está dentro das formalidades do Código Civil, especialmente o art. 104¹³⁶, é realizada em Cartório de Notas através de escritura pública, sendo que o testador deve estar plenamente consciente e capaz, além de possuir capacidade civil plena. Nesse caso, referente às formalidades, não é necessário levar testemunhas, mas alguns tabeliães afirmam que elas trazem mais credibilidade ao documento. Ademais, esse tipo de testamento vital é mais amplo,

¹³⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida.** Brasília, 30 ago. 2012. Elaborado pela Assessoria de Imprensa do CFM. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida/#:~:text=Sim%2C%20desde%20que%20o%20paciente,no%20cart%C3%B3rio%2C%20caso%20seja%20registrado>. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹³⁵ CRIPPA, Anelise; FEIJÓ, Ana Maria dos Santos. **O registro das Diretivas Antecipadas de Vontade:** opinião dos tabeliães da cidade de Porto Alegre – RS. *O Mundo da Saúde: Bioética no Mundo da Saúde*, São Paulo, p. 257-266, jun. 2016. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/periodicos/mundo_saude_artigos/diretivas_antecipadas_vontade.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹³⁶ “Art. 104 A validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

podendo constar inclusive aspectos extra-hospitalares, por exemplo, se a pessoa quer ser cremada ou não.

A segunda maneira seria dentro do ambiente hospitalar, em que o médico responsável descreve no prontuário ou ficha médica a vontade expressada pelo paciente. Em suas recomendações, o CFM entende que não é necessária testemunha, tampouco assinatura no prontuário, uma vez que o médico possui fé pública no exercício da sua função. Exige somente que o paciente esteja inequivocamente lúcido e seja legalmente capaz, e que a vontade não vá contra o que é previsto no Código de Ética da classe. No entanto, é recomendável que o paciente indique algum familiar ou outro responsável legal que possa embasar suas Diretivas e representá-lo em sua falta, garantindo maior credibilidade e evitando que eventuais pessoas descontentes com a decisão do paciente gerem um litígio cível e criminal contra o médico que seguiu a vontade do mesmo.

Ressalta-se que, em ambos os casos, os familiares não podem contestar a vontade do testador, a menos que se comprove que ele era incapaz ao tempo que firmou sua vontade. Usualmente, somente o próprio paciente pode alterar sua vontade. Também é vedado o uso do instrumento por menores de idade, por óbvios motivos legais e éticos.

5.2 COMPARAÇÃO COM OUTROS PAÍSES

O Testamento Vital, ainda incomum no Brasil, já é um instrumento consolidado em diversos países. A sua primeira base legal conhecida vem dos Estados Unidos, país de *common law*, onde a autonomia do indivíduo é muito respeitada, ao ponto de ser um direito considerado sagrado.¹³⁷ Assim, há mais de 30 anos, foi promulgado o *Patient Self Determination Act of 1990*¹³⁸, que garantia expressamente ao paciente o direito de obter informações sobre sua condição, dispor sobre tratamentos que

¹³⁷ “Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos**: Emenda XIV, Seção 1. Filadélfia. Traduzido pela Universidade Estadual de Londrina. Disponível em:

<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

¹³⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Patient Self Determination Act Of 1990**: H.R. 5067. Washington, Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/5067>. Acesso em: 3 ago. 2023.

aceitaria receber e indicar um procurador de saúde para lhe representar e manifestar sua vontade caso esteja impossibilitado.

Tal legislação vem na esteira de um debate que vinha se intensificando nos Estados Unidos, sobre Testamento Vital, principalmente após o caso *Nancy Cruzan* que, em 1983, sofreu um acidente que a deixou em um estado vegetativo. O Tribunal negou que a família desligasse os aparelhos que a mantinham “viva”, mas deixou claro que, caso houvesse um testamento vital, teria de permitir, deixando clara a importância do instrumento. Nas palavras de Dworkin:

O Supremo Tribunal do Missouri sustentou que o direito desse estado não permitia o desligamento dos aparelhos de suporte vital enquanto não houvesse uma prova “clara e consistente” de que a paciente havia, de fato, manifestado tal desejo. O tribunal afirmou que, se Nancy Cruzan tivesse assinado um testamento de vida formal, aí estaria a prova necessária.¹³⁹

Na mesma linha, os primeiros países europeus a possuírem leis nesse sentido foram a Espanha, com a *Ley 41/2002 de 14 de Noviembre*¹⁴⁰, e a Bélgica, com a *The Law of 22 August 2002 on the Rights of Patients*¹⁴¹. Ambas caminhavam no mesmo ideal, de maior autonomia ao paciente e buscando formas de poder se evitar a obstinação terapêutica. Cabe ressaltar que não se usava ainda os termos Testamento Vital ou Diretivas, chamando-se à época de Consentimento Informado. Segue transcrição de um trecho da lei sancionada pelo rei Juan Carlos I:

Artículo 2. Principios básicos.

1. La dignidad de la persona humana, **el respeto a la autonomía de su voluntad** y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
- 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.**

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 264.

¹⁴⁰ ESPANHA. **Ley 41/2002 de 14 de Noviembre**: Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Jefatura del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso em: 3 ago. 2023.

¹⁴¹ BÉLGICA. **The Law Of 22 August 2002 On The Rights Of Patients**. Disponibilizado pela Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <https://extranet.who.int/mindbank/item/2359>. Acesso em: 8 ago. 2023.

4. Todo paciente o usuario **tiene derecho a negarse al tratamiento**, excepto en los casos determinados en la Ley. **Su negativa al tratamiento constará por escrito.**¹⁴²

Como se pôde observar no excerto acima, o respeito à dignidade humana e à autonomia do paciente são princípios máximos que devem ser sempre levados em conta, inclusive dando o direito de o paciente decidir a qual tratamento quer se submeter e até mesmo se quer se submeter a algum procedimento. A lei também assevera que uma negativa de tratamento deve se dar por escrito, garantindo maior segurança jurídica e confiabilidade. Ademais, assim surgiu um embrião para o que posteriormente seria o Testamento Vital ao modo europeu.

Destarte, após alguns anos, já em 2012, surge em Portugal o conceito de Testamento Vital como o conhecemos hoje. O conceito português para o instrumento é similar ao brasileiro:

[...] a Diretiva Antecipada de Vontade (DAV) ou o Testamento Vital é o documento onde uma pessoa manifesta a sua vontade consciente sobre os cuidados de saúde que deseja receber, ou não, se estiver numa situação clínica sem autonomia para expressar a sua decisão.¹⁴³

Sendo que qualquer cidadão, seja ele natural, seja estrangeiro, pode se valer desse conceito e registrar suas Diretivas, desde que seja plenamente capaz nos critérios lusos: ser maior de idade e não estar “interdito ou inabilitado”.

Mesmo o conceito sendo similar, e o próprio ordenamento jurídico português sendo símile ao brasileiro, há uma grande diferença no caso em tela. Do outro lado do Oceano Atlântico, a República Portuguesa aceita plenamente o uso do instrumento e garante sua eficácia através de lei formal; inclusive mantendo *sites* governamentais que incentivam o registro, e ensinam como o fazer. Vale ressaltar que o registro do documento é gratuito e desburocratizado, já que é feito pelo próprio governo, por meio de um órgão especializado, chamado Registro Nacional do Testamento Vital

¹⁴² ESPANHA. **Ley 41/2002 de 14 de Noviembre**: Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Jefatura del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso em: 3 ago. 2023.

¹⁴³ PORTUGAL. **Registar o Testamento Vital**. Portal de Serviços Públicos. Disponível em: <https://eportugal.gov.pt/servicos/registar-o-testamento-vital#:~:text=A%20Diretiva%20Antecipada%20de%20Vontade,para%20expressar%20a%20sua%20decis%C3%A3o..> Acesso em: 29 jul. 2023.

(RENTEV).¹⁴⁴ Se a pessoa cumpre os requisitos supramencionados, basta preencher um formulário de poucas páginas e entregar em um dos balcões do órgão, ou enviar pelo correio.¹⁴⁵

O registro fica salvo no prontuário digital do cidadão, dentro do Sistema Nacional de Saúde (SNS), e tem validade de 5 anos, podendo ser renovado quantas vezes for necessário. Ele pode ser acessado e revogado pela própria pessoa a qualquer tempo. Em caso de necessidade, também pode ser acessado pelo seu médico e/ou curador de saúde, que pode ser nomeado pelo próprio documento.

Outrossim, existem diversas normativas legais consolidadas que tratam sobre o tema em Portugal, demonstrando amadurecimento frente a essa questão, como a Portaria 96/2014, que trata da regulamentação do RENTEV, órgão supramencionado; e a Portaria 104/2014, que estabelece o modelo de Testamento Vital a ser preferencialmente adotado. Porém, o alicerce legislativo para as Diretivas é a Lei 25/2012¹⁴⁶, chamada de *Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital)*. Nela está descrito o conceito atual das Diretivas, já explicitado acima, bem como a criação do RENTEV, e a forma, os requisitos, prazos e abrangência do instrumento. Também está presente um rol de medidas exemplificando temas a que se pode dispor:

Artigo 2.

2 - **Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade** as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte.¹⁴⁷

¹⁴⁴ PORTUGAL. Ministério da Saúde. Governo de Portugal. **Formulário das Diretivas Antecipadas de Vontade**. Disponível em: https://servicos.min-saude.pt/utente/Repo/feeds/files/Rentev_form_v0.5.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁴⁵ *Idem*. Ministério da Saúde. **Balcões RENTEV**. Disponível em: <https://www.spms.min-saude.pt/balcoes-rentev/>. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁴⁶ *Idem*. **Lei nº 25, de 2012**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Lisboa, 16 jul. 2012. Atualizada pela Lei 49/2018. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1765&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

Vale ressaltar que a lei deixa clara a eficácia do documento e o respeito às decisões estabelecidas, inclusive na nomeação do procurador de saúde; porém, prevê a objeção de consciência por parte do médico. A objeção é um conceito que versa ser o médico desobrigado de agir “quando contrarie os ditames de sua consciência”¹⁴⁸. Entretanto, a objeção não pode ser empecilho para a manifestação da vontade – o estabelecimento onde haja a objeção deve cooperar com outras unidades para que as Diretivas possam ser efetivadas e a vontade do paciente seja respeitada.

Artigo 9

1 - É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante o direito à objeção de consciência quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.

2 - O profissional de saúde que recorrer ao direito de objeção de consciência deve indicar a que disposição ou disposições das diretivas antecipadas de vontade se refere.

3 - Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados.

[...]

Artigo 13

1 - As decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante, nos termos da presente lei.¹⁴⁹

Por fim, para que sejam citados os vizinhos sul-americanos, exemplifica-se com o caso do Uruguai que, em 2009, promulgou a *Ley* n° 18.473; e da Argentina, que no mesmo ano, com a *Ley* n° 26.529, iniciou as tratativas para regular de maneira adequada a manifestação de vontade e, em 2012, promulgou a *Ley* n° 26.742¹⁵⁰,

¹⁴⁸ Objeção de Consciência, de acordo com CFM: “VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n° 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Código de Ética Médica. Brasília, 2010. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2023.

¹⁴⁹ PORTUGAL. **Lei n° 25, de 2012**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Lisboa, 16 jul. 2012. Atualizada pela Lei 49/2018. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1765&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁵⁰ ARGENTINA. **Lei n° 26.742 de 2012**. Modificase la Ley n° 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. Buenos Aires. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26742-197859/texto>. Acesso em: 4 ago. 2023.

muito similar à lei uruguaia, que solidificou o tema em questão, inclusive cunhando o termo “Diretivas Antecipadas” na legislação argentina, trazendo expressamente o caráter de legalidade para o ato médico que se baseia nas Diretivas.

Artículo 11: Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar **prácticas eutanásicas**, las que se tendrán como inexistentes.

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó. (...)

Artículo 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.¹⁵¹

Um ponto curioso da lei advinda de Buenos Aires é que há uma vedação expressa à Eutanásia, deixando claro uma barreira que distingue a Ortotanásia e a Eutanásia. Sendo assim, é possível recusar ou encerrar tratamentos, mas não há aval legal para práticas ativas que visem a encerrar uma vida.

Já na lei sancionada em Montevideo¹⁵², o ponto curioso advém de uma obrigação para casos que visem a encerrar um tratamento vital, em que existe uma previsão legal de comunicação para comissões de bioética, e um prazo de 48 horas para que as ditas comissões avaliem a pertinência daquele encerramento. Tal dispositivo não se encontra alinhado com o espírito que uma lei deste tema deveria ter, pois mina em algum grau a autonomia da pessoa, que é o que se busca com as Diretivas. Porém, é provável que tenha sido incluído com vistas a amenizar possível oposição de setores mais conservadores, e não tenha grande relevância prática.

Artículo 8: En todos los casos de suspensión de tratamiento que trata esta ley, el médico tratante deberá comunicarlo a la Comisión de Bioética de la institución, cuando éstas existan, creadas en cumplimiento de la Ley Nº 18.335, de 15 de agosto de 2008, en la redacción dada por el artículo 339 de la Ley Nº 18.362, de 6 de octubre de 2008, debiendo en ese caso resolver en un plazo de 48 horas de recibida esta comunicación. En caso de no

¹⁵¹ ARGENTINA. **Ley nº 26.742 de 2012.** Modificase la Ley nº 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. Buenos Aires. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26742-197859/texto>. Acesso em: 4 ago. 2023. Grifei.

¹⁵² URUGUAI. **Ley 18.473.** Regulacion de voluntad anticipada en tratamientos y procedimientos medicos que prolonguen la vida en casos terminales. Montevideo. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18473-2009>. Acesso em: 6 ago. 2023.

pronunciamento en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento.
Asimismo, las instituciones de salud deberán comunicar todos los casos de suspensión de tratamiento a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública, a los efectos que corresponda.¹⁵³

5.3 PROPOSTA LEGAL

No Brasil, ao contrário de outros países ora mencionados, ainda não existe uma uniformização de como o documento deve ser estruturado e um maior detalhamento dos requisitos formais, além de não estar previsto em lei *stricto sensu*, somente em normativas do CFM, enunciados de Jornadas de Direito e entendimentos notariais, que tem sua competência reconhecida, porém suas resoluções podem não ter a densidade normativa adequada frente a determinadas situações, gerando insegurança jurídica.

Crippa e Feijó, após a pesquisa com os tabeliães de Porto Alegre, chegaram a principal conclusão de que é urgentemente necessária uma regulamentação do Testamento Vital a fim de que se padronize e se evite os conflitos que podem advir de tema tão sensível. As autoras também ressaltaram a possibilidade de os familiares omitirem a existência do documento, caso estejam contra as decisões adotadas pelo paciente, e ele estiver impossibilitado de se manifestar.

Verifica-se que é primordial que haja uma uniformização da forma e exigências para registro de uma Diretiva Antecipada de Vontade. Percebe-se que a sociedade urge por uma regulamentação legislativa quanto ao tema, dirimindo os conflitos existentes no cotidiano sobre o modo de registro, local, consequências, prazos, dentre outros critérios ainda presentes quanto à temática analisada.

Assim, poderá se exigir o conhecimento de todos os agentes que exercem função de ente público, para resguardar os direitos e auxiliar da melhor forma a população.

Apesar do respaldo que a fé pública confere a um documento registrado no cartório, se este documento não for do conhecimento de pessoas que possam fazer dele algo exequível, ele poderá nunca ocorrer na prática. A pessoa tem que ter certeza de que quem irá levar ao conhecimento de todos a sua vontade fará com que ela seja cumprida. Caso todos sejam contra, mesmo que exista um documento assinado em cartório, ele poderá não ser posto em prática. Por outro lado, temos a manifestação direta ao médico que terá baseado na ética médica, a obrigação de cumprir a vontade do paciente. No entanto, nem sempre a pessoa estará apta para manifestar sua vontade ao

¹⁵³ URUGUAI. **Ley 18.473**. Regulacion de voluntad anticipada en tratamientos y procedimientos medicos que prolonguen la vida en casos terminales. Montevideo. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18473-2009>. Acesso em: 6 ago. 2023.

médico, pois o fato que deseja manifestar sua vontade pode ocorrer antes que venha a declará-la ao profissional.¹⁵⁴

5.3.1 Resolvendo a omissão

Com relação ao problema da possível omissão, a melhor solução seria, após regulamentação, adotar sistema análogo ao de Portugal, aproveitando as similaridades que existem entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema Nacional de Saúde (SNS) português¹⁵⁵. Para que se evite gastos públicos, não seria necessário criar um órgão específico, como no caso do RENTEV. Pode-se aproveitar a plataforma governamental existente no âmbito dos serviços do GOV.BR e do Prontuário Eletrônico do Cidadão (PEC)¹⁵⁶.

No portal GOV.BR, já são disponibilizados diversos dados de saúde, como vacinas que a pessoa já recebeu. No PEC, constam dados mais relacionados à Atenção Primária da Saúde, vinculada à Medicina de Família e Comunidade, sendo possível acompanhar o histórico de eventos de saúde e atendimentos do paciente. Diante da tendência mundial de avanço da *cloud computing* (computação em nuvem), em que os dados tendem a ser todos digitais, as plataformas on-line de saúde supramencionadas só devem crescer e se expandir.

Seria proveitosa tal expansão, fornecendo uma boa janela para implantação de alguma ferramenta, aos moldes de um prontuário unificado e digital, que fornecesse maiores dados ao próprio paciente, possibilitando que ele visualize suas internações, tratamentos e medicações receitadas etc. Tal ferramenta facilitaria a tomada de decisão, tanto por parte do paciente, que teria mais acesso à informação, quanto do médico, que deve ter pleno acesso ao prontuário digital completo.

Anexada à essa ferramenta, facilmente se incluiria a possibilidade de o cidadão fazer sua manifestação de vontade através de Diretivas Antecipadas de Vontade.

¹⁵⁴ CRIPPA, Anelise; FEIJÓ, Ana Maria dos Santos. **O registro das Diretivas Antecipadas de Vontade**: opinião dos tabeliães da cidade de Porto Alegre – RS. *O Mundo da Saúde: Bioética no Mundo da Saúde*, São Paulo, p. 257-266, jun. 2016. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/periodicos/mundo_saude_artigos/diretivas_antecipadas_vontade.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹⁵⁵ FONTENELE ARAUJO, G. B.; OLIVEIRA DE MIRANDA, L.; SÁ GUIMARÃES NOLÊTO, I. R. de; LOPES DE AGUIAR, W. J.; DE MELO MOREIRA, A.; JOAQUIM DE FREITAS, D. R. Comparação entre o sistema de saúde brasileiro e o sistema de saúde português: análise geral. *Revista de Políticas Públicas, [S. l.]*, v. 16, n. 2, 2018. Disponível em: <https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/1173>. Acesso em: 14 ago. 2023.

¹⁵⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Presidência da República. **O que é Prontuário Eletrônico do Cidadão?**. 2017. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/noticia/2300>. Acesso em: 13 ago. 2023.

Utilizando um sistema digital, desburocratizar-se-ia o instituto, que até hoje é pouco utilizado¹⁵⁷, pois depende de registro escrito em Tabelionato, algo que nem sempre é simples. Além da popularização, adotar um sistema digital também resolveria o problema da possível omissão, em que os familiares podem omitir a existência das Diretivas caso não concordem com o desejo do paciente.

Acessando o prontuário digital, o médico responsável pelo caso poderia conferir a existência ou não do instrumento, e se positivo, acessar os seus termos, podendo agir de acordo com a vontade expressada pelo paciente e tendo um considerável alicerce de segurança jurídica em sua atuação, inclusive para a prática de Ortotanásia, que é útil e conveniente para ambas as partes.

Ressalta-se que a existência dessa ferramenta dependeria de vontade política do gestor público, bem como de regulamentação, inclusive de como seria o cadastro do instrumento. Seria possível continuar usando o respaldo dos Tabelionatos, desde que existisse uma normativa padronizando o instrumento, em que o cartório vincularia no sistema digital todas as Diretivas confeccionadas. Ou poderia se utilizar da ampla rede de Atenção Primária da Saúde, que se dá principalmente pelos atores do sistema ESF (Estratégia de Saúde da Família)¹⁵⁸.

O ESF é o sucessor do reconhecido mundialmente Programa de Saúde da Família, anunciado em 1994, e que implementou uma ampla rede de Unidades Básicas de Saúde pelo país, que em teoria deveriam atender toda população do Brasil. A rede básica da saúde brasileira decorrente da ESF é um dos pontos de orgulho do SUS, e responde bem quando posta em teste, como por exemplo na campanha de vacinação contra o vírus causador da pandemia Sars-Cov2 (COVID-19). Devido a toda sua capilaridade e eficiência, as Unidades da ESF poderiam registrar as Diretivas para o cidadão que assim desejasse, já as colocando diretamente no eventual sistema digital e unificado. As equipes multidisciplinares já existentes nas ESF atuariam na orientação e conscientização das pessoas.

¹⁵⁷ “Somente 780 pessoas registraram suas Diretivas Antecipadas de Vontade no ano de 2021, o maior da série histórica. Um número muito baixo dentro de um universo de mais de 200 milhões de brasileiros”. MARIZ, Renata. 'Só quero ser sedado e ir embora', diz portador de ELA, sobre testamento vital para evitar terapias paliativas e abreviar sofrimento. **O GLOBO**, São Paulo, 6 fev. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/so-quero-ser-sedado-ir-embora-diz-portador-de-ela-sobre-testamento-vital-para-evitar-terapias-paliativas-abreviar-sofrimento-25381946>. Acesso em: 14 ago. 2023.

¹⁵⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Estratégia Saúde da Família**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saps/estrategia-saude-da-familia>. Acesso em: 14 ago. 2023.

Por fim, como terceira opção, o próprio cidadão poderia registrar suas Diretivas via portal eletrônico GOV.BR, logicamente cumprindo alguns requisitos, e passando por uma validação posterior. A validação poderia ocorrer nas unidades da ESF, onde boa parte delas têm psicólogas em sua equipe, sendo possível atestar que a pessoa está em estado mental compatível com a decisão. Deste modo, com um prontuário digital e unificado, ninguém poderia se opor ou se omitir com relação aos desejos do paciente, pois o médico, quando abrisse o prontuário, já teria acesso às Diretivas.

5.3.2 Vácuo legislativo

Como visto, os atores políticos possuem diversas alternativas para uma implementação eficaz das Diretivas, todas elas não acarretariam gastos exorbitantes para o poder público, pelo contrário, utilizar-se-iam de sistemas e estruturas já existentes no país, que só precisariam passar por algumas atualizações. O que falta é tão somente a disposição por parte dos gestores e um texto normativo disciplinando a matéria.

Conforme mostrado no subtítulo anterior, diversos países já possuem legislação consolidada sobre o tema. Por outro lado, no Brasil, não se possui nenhuma lei *stricto sensu* versando sobre o assunto. O que se tem são normativas do Conselho Federal de Medicina, entendimentos dos Tabelaes (responsáveis por registrar o documento) e enunciados de Jornadas de Direito:

ENUNCIADO N. 37 - I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça

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.¹⁵⁹

ENUNCIADO N. 528 - V Jornada de Direito Civil

É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre

¹⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. I Jornada de Direito da Saúde. **Enunciado n. 37**. São Paulo, 15 mai. 2014. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/enunciados_cnj_0.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.¹⁶⁰

Destarte, já buscou-se suprir o vácuo legislativo através do Poder Judiciário, tendo em vista que “a sentença judicial é uma manifestação intelectual lógica e formal emitida pelo Estado (...) mediante aplicação do ordenamento legal ao caso concreto”¹⁶¹. Entretanto, por ser o Testamento Vital algo que visa a manifestar a vontade da pessoa frente a uma situação hipotética, que pode vir a ocorrer no futuro, o Judiciário entende por faltar interesse de agir e não profere uma sentença definitiva.

No entanto, os votos e as decisões, por mais que não supram o legislador, manifestam sempre posições favoráveis para a legalidade do Testamento Vital, deixando expressa a validade por si só do documento, como no julgamento da Apelação Cível n. 1000938-13.2016.8.26.0100 pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo: “Em suma, a elaboração válida e eficaz de testamento vital ou diretivas antecipadas de vontade independe de chancela judicial”¹⁶². Segue a ementa:

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. **Manifestação que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial.** Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade. Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, **caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos.** Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido.¹⁶³

Por mais que o alicerce jurídico-legal já existente garanta precariamente alguns direitos, somente a lei formal pode trazer a densidade normativa adequada para um tema tão sensível. A própria decisão judicial ora mencionada usa a expressão “cautela

¹⁶⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 528**. Brasília, mai. 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

¹⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 535.

¹⁶² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1000938-13.2016.8.26.0100. Relatora: Desembargadora Mary Grün. São Paulo, 10 abr. 2019.

¹⁶³ *Ibidem*. Grifei.

adicional” (grifada no texto) para deixar subentendido que o instrumento pode carecer de densidade normativa em caso de situações sensíveis e contraditórias. Diante da atual situação, é notória a necessidade de maior atenção do Poder Legislativo e da sociedade em geral frente ao tema, para que se possa corrigir uma omissão legislativa, tendo em vista que diversos países, inclusive vizinhos latino-americanos, já possuem legislação sobre o assunto.

Não obstante, até existem projetos neste sentido tramitando no Congresso Nacional, como o PLS 7/2018 e PLS 149/2018¹⁶⁴, porém todos parados, vez que se trata de tema considerado polêmico por parte da classe política.

Seria o momento ideal para que a grande e influente bancada médica¹⁶⁵ do Congresso Nacional apresentasse um projeto regulamentando as Diretivas e contribuísse com um grande apoio para que se possa corrigir este vácuo legislativo que causa um atraso histórico frente às demais democracias ocidentais, que já tem como consolidado o Testamento Vital na sua legislação. Esse atraso impede muitos pacientes de exercerem sua autonomia e manifestação de vontade, sobretudo por meio da Ortotanásia, que está umbilicalmente atrelada às Diretivas, tendo em vista que os profissionais de saúde se encontram em estado de insegurança jurídica, tal como demonstrado ao longo do trabalho.

Por fim, ressalta-se que o objetivo deste trabalho não é desencorajar as pessoas a realizarem o seu Testamento Vital, muito pelo contrário. Pretende-se incentivar o debate em busca de uma normatização. As Diretivas são válidas à luz do atual ordenamento legal e jurisprudencial, porém não possuem uma padronização. Assim, recomenda-se que sejam complementadas por medidas adicionais de redundância, como declarações de testemunhas e profissionais de saúde (psicólogos, médicos etc.) que estão envolvidos no cuidado do paciente. Isso é essencial para garantir que a manifestação de vontade não seja suscetível a interpretações equivocadas ou omissões.

¹⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. **Pacientes terminais poderão recusar procedimentos de suporte de vida**. Elaborado por Agência Senado. Brasília, 26 jul. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/26/pacientes-terminais-poderao-recusar-procedimentos-de-suporte-de-vida>. Acesso em: 14 ago. 2023.

¹⁶⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **O médico parlamentar**: a importância do envolvimento da classe médica no parlamento brasileiro. Brasília, 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentacao_hiran_gonaves.pdf. Acesso em: 16 ago. 2023.

6 CONCLUSÃO

A Ortotanásia, encerramento de tratamentos fúteis quando em estado de terminalidade, e o Testamento Vital, instrumento de manifestação válida de vontade, são dois instrumentos de grande valia para preservação da dignidade humana no processo do morrer. O Brasil, comparado a boa parte das democracias ocidentais (inclusive vizinhos fronteiriços), está atrasado em relação à regulação normativa formal desses dois temas, o que acarreta insegurança jurídica dentro dos hospitais, prejudicando profissionais da saúde e pacientes. Os profissionais de saúde, com grande temor de uma repercussão legal, acabam adotando práticas como a Medicina Defensiva, Obstinação Terapêutica e conseqüentemente a Distanásia. Os pacientes acabam por vezes sofrendo sem necessidade e correndo o risco de não terem sua vontade e seus desejos respeitados.

No presente trabalho, discorreu-se sobre o conceito de morte e quando um indivíduo é considerado morto; chegou-se à conclusão que o conceito de morte evoluiu e, para critérios legais, a morte encefálica comprovada é que se considera vigente. O indivíduo é considerado morto quando de maneira irreversível perdeu sua atividade tronco-encefálica. Também se chegou à conclusão de que a Vida é um direito, e não uma obrigação, por mais que ainda existam determinados grupos ideológicos que não coadunam com essa posição.

Posteriormente, estudou-se a proteção jurídico-penal do bem tutelado Vida. A proteção se iniciou na Antiguidade, com o Código de Hamurabi, primeiro código de leis formais que se tem conhecimento. O conceito foi evoluindo e sofrendo a influência de diversos movimentos, sendo um dos mais relevantes o iluminismo. No Brasil, o primeiro Código Penal data de 1830, com forte influência desse movimento. O atual código foi promulgado no ano de 1940, e a proteção penal da vida não teve grandes mudanças ou abrandamentos dentro dos códigos, inclusive o crime de homicídio continua com o *caput* exatamente igual desde o Império. Entretanto, em se tratando de doutrina e ordenamento constitucional, a evolução foi gritante.

Não obstante, para uma grande parcela dos autores, entende-se a vida como algo mais transcendente do que simplesmente ter um coração batendo. O conceito fisiológico foi se modificando para focar em uma vida em sentido amplo, plena e com direitos a serem respeitados. O alicerce dessa vida seria a Dignidade Humana, fundamento da República e para muitos o valor máximo de um Estado Democrático

de Direito. Pode-se dispor e fazer uma ponderação de valores em relação à vida, como ficou claro quando a Suprema Corte pátria autorizou expressamente o aborto em casos de fetos com anencefalia; ou quando existe uma lei castrense que permite a pena de morte. Entretanto, da dignidade não se pode dispor. Até o mais periculoso dos criminosos, que tenha cometido o mais odioso dos crimes, deve ter sua dignidade preservada em plenitude.

É nessa linha, confirmada com veemência pela Jurisprudência, que se pode afirmar com a máxima tranquilidade, que se praticada dentro das normativas do CFM e entidades auxiliares, com os devidos cuidados, a Ortotanásia não pode gerar represálias jurídicas e disciplinares em desfavor do médico ou do próprio paciente ou familiar que manifestou sua vontade. Além do Código de Ética Médico e das resoluções do CFM, pesquisou-se a fim de solidificar essa concepção com fulcro também no Direito Penal.

Assim, analisou-se a Ortotanásia sob o prisma da Teoria Geral do Crime e dos princípios da Intervenção Mínima e da Adequação Social, que obviamente por sua natureza principiológica possuem suas limitações, porém dão o norte de que, se um tema já é tratado satisfatoriamente pela sociedade, não prejudicando a pacificação social, ele não deve ser alcançado pelo braço punitivo do Estado. Já em critérios materiais, mostrou-se que de nenhuma forma a Ortotanásia deveria ser considerada fato típico, pois tem grandes distinções frente à Eutanásia, essa sim podendo ser interpretada como homicídio piedoso ou suicídio assistido. Na Eutanásia, exige-se uma ação, uma conduta ativa com vistas a abreviar uma vida. Na Ortotanásia, o paciente já irá falecer devido a sua doença terminal e irreversível, o médico não pode salvá-lo; o que faz é confortar sua dor e deixar o processo de morrer seguir seu curso natural. O médico não está dispendo de uma vida, pois ele não pode evitar a morte em doenças incuráveis e terminais.

No último capítulo, este trabalho tratou do Testamento Vital, atualmente também conhecido como Diretivas Antecipadas de Vontade, instrumento ainda não popular no Brasil, mas que idealmente deve coexistir em simbiose com a Ortotanásia. Ele é regulado em normativas do CFM, validado por Enunciados de Jornadas de Direito e também disciplinado pelo entendimento notarial, em que os Tabeliães ditam o procedimento que acreditam serem corretos. A jurisprudência já se manifestou favoravelmente ao instrumento em diversas oportunidades, ressaltando sua correlação com a Ortotanásia. Ele permite a um paciente manifestar sua vontade,

desde que dentro dos ditames legais. O testador pode ditar sobre diversos temas, como se deseja que se interrompa tratamentos fúteis em caso de doença terminal e até mesmo se a pessoa deseja ser doadora de órgãos, ser cremada etc.

Por fim, vale ressaltar que toda insegurança jurídica e incertezas que assombram este tema podem ser dirimidas com a promulgação de uma lei formal, avalizando as posições já atualmente adotadas. Não geraria custos ao erário (muito pelo contrário, traria economicidade), além do fato que se trata de um assunto que encontra aceitação mesmo em setores mais conservadores, como a Igreja Católica. Se houver vontade política, facilmente um dos projetos que já tramita, ou um projeto novo, seria aprovado e traria densidade normativa adequada ao tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Naara Perdigão Cota de; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro; VIEIRA, Rosiana Feitosa; MENDONÇA, Anna Valeska Procopio de Moura. Ortotanásia na formação médica: tabus e desvelamentos. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 29, n. 4, p. 782-790, dez. 2021.

ARAÚJO, Armando Otávio Vilar de. Múltiplos enfoques sobre a morte e o morrer. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: Com, 2011. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ARGENTINA. **Ley nº 26.742 de 2012**. Modifícase la Ley nº 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. Buenos Aires. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26742-197859/texto>. Acesso em: 4 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 95-137, out. 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2592408/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 21 ago. 2023.

BÉLGICA. **The Law Of 22 August 2002 On The Rights Of Patients**. Disponibilizado pela Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <https://extranet.who.int/mindbank/item/2359>. Acesso em: 8 ago. 2023.

BIBLIOTECA CATÓLICA. **A morte de São João Paulo II: um caminho direto para o céu**. 2023. Disponível em: <https://bibliotecacatolica.com.br/blog/formacao/morte-de-sao-joao-paulo-ii/>. Acesso em: 21 ago. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITTENCOURT, Brenda. Paciente que tomou cerveja em UTI de Blumenau brinca: “gosto de tomar um dia sim e no outro também”. **Jornal NSC**, Blumenau, 1 abr. 2021. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/paciente-que-tomou-cerveja-em-uti-de-blumenau-brinca-gosto-de-tomar-um-dia-sim-e-no-outro>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6715/2009**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Brasília, DF, 23 dez. 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>. Acesso em: 25 ago. 2023.

_____. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 528**. Brasília, mai. 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. I Jornada de Direito da Saúde. **Enunciado n. 37**. São Paulo, 15 mai. 2014. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/enunciados_cnj_0.pdf. Acesso em: 5 ago. 2023.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 23 ago. 2023.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

_____. **Lei de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 23 ago. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm. Acesso em: 19 ago. 2023.

_____. Ministério da Saúde. **Escala de Coma de Glasgow**: é através dessa escala que é possível mensurar o nível de consciência dos pacientes. Disponível em: [https://linhasdecuidado.saude.gov.br/portal/acidente-vascular-cerebral-\(AVC\)-no-adulto/glasgow](https://linhasdecuidado.saude.gov.br/portal/acidente-vascular-cerebral-(AVC)-no-adulto/glasgow). Acesso em: 18 ago. 2023.

_____. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. **Cuidados Paliativos**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/cancer/tratamento/cuidados-paliativos>. Acesso em: 16 ago. 2023.

_____. Ministério da Saúde. **O que significa ter saúde?**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-que-ro-me-exercitar/noticias/2021/o-que-significa-ter-saude>. Acesso em: 1 jul. 2023.

_____. Ministério da Saúde. Presidência da República. **O que é Prontuário Eletrônico do Cidadão?**. 2017. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/noticia/2300>. Acesso em: 13 ago. 2023.

_____. Ministério da Saúde. **Estratégia Saúde da Família**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saps/estrategia-saude-da-familia>. Acesso em: 14 ago. 2023.

_____. Ministério da Saúde. **Morte Encefálica**. Elaborada pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. Biblioteca Virtual em Saúde. 2008. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/morte-encefalica/#:~:text=O%20que%20significa%20%E2%80%9Cmorte%20encef%C3%A1lica,bloqueado%20e%20o%20c%C3%A9rebro%20morre>. Acesso em: 6 jun. 2023.

_____. Senado Federal. **Pacientes terminais poderão recusar procedimentos de suporte de vida**. Elaborado por Agência Senado. Brasília, 26 jul. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/26/pacientes-terminais-poderao-recusar-procedimentos-de-suporte-de-vida>. Acesso em: 14 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus 215.522/RS. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 10 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso em Habeas Corpus n. 147.169/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 14 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 10 jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula774/false>. Acesso em: 24 ago. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

CALLEGARI, André Luiz. **O princípio da intervenção mínima no direito penal**. 1998. Publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/3510/>. Acesso em: 21 ago. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CNBB. **Dom Damasceno esclarece posição sobre Resolução do CFM**. 2012. Disponível em: <https://www.cnbb.org.br/dom-damasceno-esclarece-posicao-sobre-resolucao-do-cfm/>. Acesso em: 21 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **O médico parlamentar: a importância do envolvimento da classe médica no parlamento brasileiro**. Brasília, 2016. Disponível

em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentacao_hiran_gonalves.pdf. Acesso em: 16 ago. 2023.

_____. **Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida.** Brasília, 30 ago. 2012. Elaborado pela Assessoria de Imprensa do CFM. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida/#:~:text=Sim%2C%20desde%20que%20o%20paciente,no%20cart%C3%B3rio%2C%20caso%20seja%20registrado>. Acesso em: 17 jul. 2023.

_____. **Resolução CFM 1.826/06.** Dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2007/1826_2007.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

_____. **Resolução CFM n. 1.995/2012:** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, 31 ago. 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 17 jul. 2023.

_____. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019.** Código de Ética Médica. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

_____. **Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Código de Ética Médica. Brasília, 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2023.

CRIPPA, Anelise; FEIJÓ, Ana Maria dos Santos. **O registro das Diretivas Antecipadas de Vontade:** opinião dos tabeliães da cidade de Porto Alegre – RS. O Mundo da Saúde: Bioética no Mundo da Saúde, São Paulo, p. 257-266, jun. 2016. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/periodicos/mundo_saude_artigos/diretivas_antecipadas_vontade.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Vida Contra Vida:** conflitos existenciais e limites do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** parte geral. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

D'AVILA, Roberto Luiz; RIBEIRO, Diaulas Costa. A terminalidade da vida: uma análise contextualizada da Resolução CFM no 1.805/06. *In:* Conselho Federal de Medicina. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer.** Brasília: 2011. p. 203-204.

Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2023.

DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Sentença. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Relator: Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>. Acesso em: 25 ago. 2023.

DOVE, James T.; BRUSH, John E.; CHAZAL, Richard A.; OETGEN, William J.. Medical Professional Liability and Health Care System Reform. **Journal Of The American College Of Cardiology**, [S.L.], v. 55, n. 25, p. 2801-2803, jun. 2010.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ESPAÑA. **Ley 41/2002 de 14 de Noviembre**: Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Jefatura del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso em: 3 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos**: Emenda XIV, Seção 1. Filadélfia. Traduzido pela Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPES_SOALJNETO.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. **Patient Self Determination Act Of 1990**: H.R. 5067. Washington, Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/5067>. Acesso em: 3 ago. 2023.

FACCINI NETO, Orlando. **Questões Morais e Direito Penal**: estudos reunidos. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Constitucionalista diz que lei ampara ortotanásia no país. Entrevista com Luís Roberto Barroso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 4 dez. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm>. Acesso em: 21 ago. 2023.

FONTENELE ARAUJO, G. B.; OLIVEIRA DE MIRANDA, L.; SÁ GUIMARÃES NOLÊTO, I. R. de; LOPES DE AGUIAR, W. J.; DE MELO MOREIRA, A.; JOAQUIM DE FREITAS, D. R. Comparação entre o sistema de saúde brasileiro e o sistema de saúde português: análise geral. *Revista de Políticas Públicas*, [S. l.], v. 16, n. 2, 2018. Disponível em: <https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/view/1173>. Acesso em: 14 ago. 2023.

FORTE, Daniel Neves. Predições Probabilísticas em Cuidados Paliativos. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. 2004. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: 15 ago. 2023.

GOMES, Ana Luisa Zaniboni; OTHERO, Marília Bense. Cuidados paliativos. **Estudos Avançados**, [S.L.], v. 30, n. 88, p. 155-166, dez. 2016.

HAMURABI. **Código de Hamurabi**. 1.772 a.C.. Compilado pela UFMS. Disponível em: <https://boletimjuridico.ufms.br/files/2021/09/Codigo-de-Hamurabi.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

HOLLAND, Stephen. **Bioética: enfoque filosófico**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2008.

IBGE. **Nota Técnica n. 01/2022**: Tábuas completas de mortalidade em ano de pandemia de COVID-19. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101981.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2023.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEÃO, Isabelle Silva; LOPES, Francisco Willams Ribeiro. Atuação multiprofissional em cuidados paliativos: limites e possibilidades. **Revista Saúde & Ciência Online**, Campinas, v. 3, n. 9, p. 64-82, set. 2020.

MACIEL, Maria Goretti Sales. Assistência à terminalidade da vida: a orientação do cuidado paliativo. In: MORITZ, Rachel Duarte. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011. p. 52. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

MARIZ, Renata. 'Só quero ser sedado e ir embora', diz portador de ELA, sobre testamento vital para evitar terapias paliativas e abreviar sofrimento. **O GLOBO**, São Paulo, 6 fev. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/so-quero-ser-sedado-ir-embora-diz-portador-de-ela-sobre-testamento-vital-para-evitar-terapias-paliativas-abreviar-sofrimento-25381946>. Acesso em: 14 ago. 2023.

MARTINS, Alexandre Marques da Silva. Os valores em Miguel Reale. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 180, n. 45, p. 263-277, dez. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Código Criminal de 1830 foi marco importante na organização do Brasil**: quinta matéria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre o bicentenário da independência aborda aplicação das leis. 2022. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/codigo-criminal-de-1830-foi-marco-importante-na-organizacao-do-brasil.htm#>. Acesso em: 16 ago. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. Em colaboração com diversos médicos da Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB). São Paulo: Atheneu, 2012.

MORITZ, Rachel Duarte; ROSSINI, Juan Pablo; DEICAS, Alberto. Cuidados Paliativos na UTI: definições e aspectos ético-legais. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACHECO, Igor Passos Lima. **Ortotanásia no Brasil**: direito a morte natural. São Paulo: Amazon, 2018. *E-book*.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 48/95**. Código Penal Português. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em: 15 ago. 2023.

_____. **Lei nº 25, de 2012**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Lisboa, 16 jul. 2012. Atualizada pela Lei 49/2018. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1765&tabela=leis&so_miole=. Acesso em: 30 jul. 2023.

_____. Ministério da Saúde. **Balcões RENTEV**. Disponível em: <https://www.spms.min-saude.pt/balcoes-rentev/>. Acesso em: 30 jul. 2023.

_____. Ministério da Saúde. Governo de Portugal. **Formulário das Diretivas Antecipadas de Vontade**. Disponível em: https://servicos.min-saude.pt/utente/Repo/feeds/files/Rentev_form_v0.5.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

_____. **Registrar o Testamento Vital**. Portal de Serviços Públicos. Disponível em: <https://eportugal.gov.pt/servicos/registar-o-testamento-vital#:~:text=A%20Diretiva%20Antecipada%20de%20Vontade,para%20expressar%20a%20sua%20decis%C3%A3o..> Acesso em: 29 jul. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70054988266. Relator: Desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70042509562. Relator: Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 1 jun. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Oitava Turma. Apelação Criminal n. 5000753-07.2021.4.04.7106. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 12 jul. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Sétima Turma. Apelação Criminal n. 5008979-13.2021.4.04.7005. Relator: Desembargador Ângelo Roberto Ilha Da Silva. Porto Alegre, 12 jul. 2023.

SANTIAGO, Emerson. **Código de Hamurabi – História**. Portal Infoescola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>. Acesso em: 11 jun. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1001378-30.2015.8.26.0363. Relator: Desembargador Mônaco da Silva. São Paulo, 31 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1000938-13.2016.8.26.0100. Relatora: Desembargadora Mary Grün. São Paulo, 10 abr. 2019.

SILVA, Lucimeire Aparecida da; PACHECO, Eduarda Isabel Hubbe; DADALTO, Luciana. Obstinação terapêutica: quando a intervenção médica fere a dignidade humana. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 29, n. 4, p. 798-805, dez. 2021.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciência & Saúde Coletiva**, [S.L.], v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004.

SOCIEDADE DE CARDIOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Quando nutrir não é mais necessário**. São Paulo, 2 mar. 2021. Disponível em: <https://socesp.org.br/noticias/area-medica/quando-nutrir-nao-e-mais-necessario/>. Acesso em: 18 ago. 2023.

SOUZA, Raquel Pusch de. Identificação e Abordagem Inicial do Sofrimento. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012.

_____; FORTE, Daniel. Especificidades da Comunicações em Situações Críticas. *In*: MORITZ, Rachel Duarte. **Cuidados Paliativos nas Unidades de Terapia Intensiva**. São Paulo: Atheneu, 2012.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 2014. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-9K9UZM/1/disserta__o.pdf. Acesso em: 21 ago. 2023.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem Eutanásia. *In*: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, 2011. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/conflitos.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2023.

VALE, Homaile Mascarin do; MIYAZAKI, Maria Cristina de Oliveira Santos. Medicina defensiva: uma prática em defesa de quem?. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 4, p. 747-755, dez. 2019.

VATICANO. Papa João Paulo II. **Declaração sobre a Eutanásia**. 1980. Disponível em:
https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: 21 ago. 2023.