

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Emanuel Matheus Sporch Ferreira

Diretivas antecipadas:
em busca de efetividade na experiência brasileira

Juiz de Fora

2022

Emanuel Matheus Sporch Ferreira

Diretivas antecipadas:

em busca de efetividade na experiência brasileira

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2022

Emanuel Matheus Sporch Ferreira

Diretivas antecipadas:

em busca de efetividade na experiência brasileira

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Aprovada em (dia) de (mês) de (ano)

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles - Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Aline Araújo Passos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Kalline Carvalho Gonçalves Eler
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho ao meu avô, José Sporch
(*in memoriam*), que, com coragem, enfrentou a
vida e a morte.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me sustém.

Aos meus familiares pelo seu apoio incondicional.

À minha prezada Orientadora Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini Salles, cujo empenho foi essencial para a conclusão deste trabalho.

À Prof.^a Dr.^a Aline Araújo Passos e à Prof.^a Dr.^a Kalline Carvalho Gonçalves Eler por me honrarem ao aceitar o convite para compor a banca examinadora.

RESUMO

Os avanços da biotecnologia permitiram à ciência médica parcelar a morte em dois momentos distintos, a perda da consciência e o término das funções vitais. Corriqueiramente, os pacientes terminais já não morrem em casa, perto do conforto da família e amigos, mas cercados por tecnologias de suporte vital cada dia mais sofisticadas no ambiente frio do hospital. Em reação a esse fenômeno, construiu-se, primeiramente, na experiência jurídica estadunidense, a ideia de diretivas antecipadas, documento em que se expressa a recusa ou aceitação de tratamentos médicos, cujas diretrizes vinculam os profissionais da saúde quando o paciente perde a consciência ou a capacidade mental para consentir ou recusar intervenções médicas. O presente trabalho, baseado no método dedutivo e numa pesquisa bibliográfica, aborda a admissibilidade das diretivas antecipadas no ordenamento brasileiro e o direito a realizá-las como direito fundamental. Busca, como principal objetivo, compreender o seu escopo, limites e desafios a serem enfrentados a fim de que possa alcançar maior efetividade.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas. Autonomia privada. Direitos Fundamentais. Efetividade.

ABSTRACT

Advances on biotechnology allowed medical Science to split the dying process in two distinct moments, the loss of consciousness and the ultimate failure of vital functions. Frequently, patients do not die at home, around care and comfort of their families and friends, but around sophisticated life-sustaining technologies. In response to this phenomenon, was built, firstly in USA Law praxis the idea of advance directives, a document in which one express a refusal or acceptance about medical treatments, applied when one has lost its consciousness or mental capacity to consent or refuse medical interventions. This monography article is based on a deductive method and in bibliographical descriptive research and investigated the admissibility validity of such advance directives in Brazilian Law and the right to formulate them as Civil right. Was described measures to increase effectiveness of advance directives and was investigated the constitutional obligation imposed to the Estate to promote them. As a main goal, proceed to comprehend its scope, limits and challenges to be faced in the seek of a greater effectiveness.

Keywords: Advance Directives. Autonomy. Civil rights. Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CFM- Conselho Federal de Medicina

CP- Código Penal

EUA- Estados Unidos da América

INC- Inciso

SUS- Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| | INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 | BREVE REMISSÃO HISTÓRICA SOBRE A ORIGEM DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS..... | 9 |
| 2 | CONFUSÃO CONCEITUAL: UM GÊNERO DE DUAS ESPÉCIES?..... | 12 |
| 3 | DOMÍNIO DA VIDA: UMA REFLEXÃO SOBRE O VALOR INTRÍNSECO DA VIDA HUMANA..... | 14 |
| 3.1 | CONTEXTUALIZAÇÃO INICIAL..... | 14 |
| 3.2 | UM VALOR INTRÍNSECO..... | 15 |
| 3.3 | INFERÊNCIAS IMPORTANTES..... | 20 |
| 4 | AUTONOMIA | 24 |
| 5 | LIMITES AO ESCOPO E VALIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS..... | 29 |
| 5.1 | ESCOPO..... | 29 |
| 5.2 | FORMA..... | 33 |
| 5.3 | CAPACIDADE | 34 |
| 6 | EM BUSCA DE EFETIVIDADE | 37 |
| | CONCLUSÃO | 40 |
| | REFERÊNCIAS | 43 |

INTRODUÇÃO

O avanço da ciência médica possibilitou a cura de muitas doenças e o aumento da expectativa de vida. No entanto, muitas das mais avançadas técnicas assim como procedimentos invasivos podem não trazer benefícios quando aplicados em situações de fim de vida nas quais o corpo do paciente, às vezes já sem consciência, vira uma espécie de “campo de batalha” em que a medicina combate a morte futilmente.

Nesse contexto, o uso das diretivas antecipadas - documento em que se expressa recusa ou aceitação de tratamentos médicos, cujas diretrizes vinculam os profissionais da saúde quando o paciente perde a consciência ou a capacidade mental para consentir ou recusar tratamentos- pode reduzir a prática de intervenções médicas agressivas em situações de fim de vida assim como pode permitir a formulação de um plano de cuidado antecipado para pacientes com flutuações na capacidade mental.

Considerando isso, o presente trabalho aborda a validade das diretivas antecipadas no ordenamento jurídico brasileiro e o direito a realizá-las como direito fundamental. Parte, inicialmente, de uma breve remissão histórica sobre a sua origem para, em seguida, assentar confusões terminológicas que a figura levanta, compreender o seu escopo e seus limites e, enfim, analisar possíveis medidas no intuito de favorecer sua aplicação e efetividade, haja vista que se trata de medida ainda pouco conhecida e utilizada na experiência brasileira.

Para uma melhor compreensão do instituto, são delineados seus requisitos à luz do ordenamento jurídico pátrio, bem como apontados os principais obstáculos para a sua assimilação e sedimentação.

A abordagem proposta tem como fio condutor a ideia de valor sagrado e inviolável da vida humana e sua relação com o sobreprincípio da dignidade humana e o princípio da autonomia privada, como será demonstrado nos tópicos seguintes.

1 BREVE REMISSÃO HISTÓRICA SOBRE A ORIGEM DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

A Historiografia tem sugerido que as civilizações primitivas se organizavam em torno de mitos fundantes.¹ Eles forneciam explicações sobre origem do cosmos, dos fenômenos

¹ Utiliza-se o termo mito fundante como categoria a englobar os mitos de origem e as cosmogonias. Ver ELIADE, Mircea. Mito e realidade. Tradução: Pola Civelli. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 20.

naturais, do ciclo de vida e morte, assim como davam fundamento aos valores e práticas sociais de coordenação e subordinação.

Os mitos, portanto, eram sagrados e inquestionáveis² e estruturavam tais civilizações que formavam Estados fundamentados na vontade regente de divindades superiores, cujos desígnios eram incertos e obscuros às pessoas comuns. Cabia aos oráculos, sacerdotes e magos revelá-los. Sua autoridade se estendia desde decisões da vida comunitária à ministração de curas mágicas.³ Entendia-se que a melhora do doente estava condicionada à vontade divina⁴ e a morte não era combatida como um inimigo⁵, ela representava apenas a passagem para outra existência.

Fato é que o conhecimento médico pouco podia fazer diante de quadros graves. A morte então era aguardada no leito e se estruturava em um ritual (lamento e nostalgia, reconciliações, preces pela salvação da alma) que apresentava carácter de cerimônia pública e organizada. Morria-se em casa cercado pelos parentes e amigos, inclusive das crianças.⁶

Esta cerimônia sofreria significativa disrupção. A Revolução Científica e Industrial alterou o modo de vida, o que implicou a mudança das condições da morte. Passou-se não mais a morrer em casa cercado pela família e amigos, mas sim no hospital, cercado por tecnologias de suporte vital cada vez mais sofisticadas.

Alienou-se o processo da morte, transferido seu controle ao corpo médico que passou a parcelá-la em “etapas dentre as quais, definitivamente, não se sabe qual a verdadeira morte, aquela em que se perdeu a consciência ou aquela em que se perdeu a respiração”⁷.

Pode-se conjecturar que esta postura de interdição diante da morte gerou repulsa a muitos e fortaleceu os movimentos pela eutanásia nos Estados Unidos e no Reino Unido⁸.

Disponível em: <https://filosoficabiblioteca.files.wordpress.com/2020/04/eliade-mircea-mito-e-realidade-1.pdf>. Acesso em 20/01/22.

² *Ibidem*, p. 18-19.

³ *Ibidem*, p. 22-23.

⁴ As Moiras ou fiandeiras descritas nos mitos gregos determinavam o destino de homens e deuses. Cloto, que significa fiar, criava o fio da vida. Láquesis, que significa sortear passava o fio na roda da fortuna de modo a aleatoriamente distribuir benefícios e malefícios. E por fim, Átropos, que cortava o fio encerrando a vida. Devo este exemplo a PONA, Éverton Willian. Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 27.

⁵ Platão critica a obstinação terapêutica contra doenças incuráveis e chega a dizer que esculápio não criou a medicina para tal fim. Ver PLATÃO. A República. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000. p. 166-167.

⁶ ARIËS, Philippe. História da morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias. Tradução: Priscila Viana de Siqueira. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p 31-39.

⁷ *Ibidem*, p. 86.

⁸ A partir do final do século XIX a eutanásia, ativa e passiva, passa a ser discutida nos EUA. Ver BENZINHÖFER, Udo. HACK-MOLITOR, Gisela. Luis Kutner and the development of the advance directive (living will). Wetzlar, 2009. p. 13. Disponível em: <https://d-nb.info/1095663763/34>. Acesso em: 21/01/22.

Propostas legislativas pela autorização da eutanásia chegaram a ser discutidas pelo legislativo dos estados de Nova Iorque e Nebraska e pelo parlamento britânico durante os anos trinta e quarenta⁹.

O fracasso dessas propostas legislativas teve muita relação com o valor sagrado intrínseco à vida humana, amplamente reconhecido na *Common Law*. Posteriormente, o uso do termo eutanásia pelos nazistas nos seus programas de eugenia e genocídio¹⁰ praticamente aniquilaram as chances de que tais propostas fossem aprovadas em qualquer nação ocidental.

Apesar da vedação à eutanásia, a *Common Law* passou a exigir o consentimento dos pacientes para intervenções médicas caso fossem capazes e estivessem conscientes. Exigência que se aplicava até mesmo a tratamentos de salvamento da vida.

Luis Kutner, advogado e militante dos direitos civis de Chicago, com base em caso paradigmático em que uma mulher rejeitou uma transfusão de sangue por ser testemunha de Jeová, desenvolveu o conceito de *living will*¹¹, testamento vital em tradução livre, uma espécie de documento em que seriam descritos os procedimentos médicos rejeitados pelo “testador” caso viesse a ficar inconsciente ou incapaz. Assim, argumentou sobre a admissibilidade da eutanásia passiva, ou ortotanásia, no Direito estadunidense.¹²

Durante os anos que se seguiram ao trabalho de kutner, nenhuma legislação abordou sua proposta. No entanto, em 1975, Karen Quinlan sofreu danos cerebrais causados por intoxicação medicamentosa, o que a levou a um estado vegetativo persistente. Ela estava sendo mantida em um ventilador mecânico contra a vontade de seus pais que ajuizaram um processo. Após derrota em primeira instância, a Suprema Corte do estado de Nova Jersey deu provimento à apelação e concedeu aos pais de Quinlan o direito de remover o ventilador com base na autonomia dos indivíduos face ao Estado para recusar tratamentos médicos fúteis¹³.

⁹ BENZENHÖFER, Udo. HACK-MOLITOR, Gisela. *Op. cit.* p. 14-15 Voluntary Euthanasia (Legalization) Bill Hl. Hansard, 2022. Disponível em: [https://hansard.parliament.uk/lords/1936-11-04/debates/317f1417-a188-46cc-a984-a06850abda09/VoluntaryEuthanasia\(Legalisation\)BillHl](https://hansard.parliament.uk/lords/1936-11-04/debates/317f1417-a188-46cc-a984-a06850abda09/VoluntaryEuthanasia(Legalisation)BillHl). Acesso em: 22/01/22.

¹⁰ BENZENHÖFER, Udo. HACK-MOLITOR, Gisela. *Op. cit.* p. 15. LÜPKER-SCHWARZ, Marc. 1933: Nazistas aprovam Lei contra doenças hereditárias. Deutsche Welle, 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1933-nazistas-promulgam-lei-para-prevenir-doen%C3%A7as-heredit%C3%A1rias/a-16938199>. Acesso em: 21/01/22.

¹¹ A primeira vez que o termo aparece em registros escritos de Luis Kutner é em 1967, em correspondências com a Sociedade Americana para eutanásia. *Ibidem*, p. 18. Cabe ressaltar que Kutner não criou a ideia de ortotanásia, que já vinha sendo desenvolvida pelo médico William Guild nos anos trinta. *Ibidem*, p. 13. A primeira publicação de Kutner sobre o tema ocorreu em 1969. Ver KUTNER, Luis. Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal. *Indiana Law Journal*, vol. 44, n. 4, p. 539-554. 1969. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj>. Acesso em: 05/12/21.

¹² Cabe consignar que o termo testamento vital carece de rigor, ele remete ao homônimo instituto do direito sucessório sem conter uma característica essencial deste: a produção de efeitos *causa mortis*, por ser ato de efeito *inter vivos*. Por este motivo, se usará o termo original em inglês, *living will*, neste trabalho.

¹³ ESTADOS UNIDOS da AMÉRICA. Suprema Corte do estado de Nova Jersey. Sentença. Recorridos: estado de Nova Jersey, condado de Morris, Hospital de Santa Claire. Relator: Hughes. 31 de março de 1976. Disponível

Apesar de este caso não se referir diretamente a diretivas antecipadas, uma vez que Quinlan não expressou anteriormente a vontade de não ser mantida viva em um ventilador, a exposição midiática levou a discussões sobre obstinação terapêutica e fim de vida.

No mesmo ano desta decisão, o estado da Califórnia aprovou o *Natural Death Act*, primeira legislação a regulamentar e conferir validade jurídica aos *living wills*¹⁴, seguido pelo Arkansas no ano seguinte. Em 1983, o estado da Pensilvânia foi o primeiro a aprovar uma lei criando a figura do procurador para cuidados de saúde.

Apesar dessas legislações estaduais, os Estados Unidos não promulgaram lei nacional até 1990, quando a Suprema Corte decidiu que a família de Nancy Cruzan, que sofrera acidente automobilístico, poderia requerer a interrupção do suporte vital se demonstrasse evidências claras e convincentes de ser essa a sua vontade¹⁵.

A repercussão deste caso ensejou a promulgação do *Patient Self-determination Act*. Esta lei encampou tanto o *living will* quanto a figura do procurador para cuidados de saúde (surrogate decision maker),¹⁶ sendo a primeira legislação a utilizar o termo *advance directives* (diretivas antecipadas).

2 CONFUSÃO CONCEITUAL: UM GÊNERO DE DUAS ESPÉCIES?

Diretivas antecipadas são instruções a respeito da aceitação ou recusa de tratamentos médicos a serem implementadas quando o paciente estiver inconsciente ou sem capacidade mental para manifestar sua vontade de forma livre.

Luciana Dadalto e William Pona afirmam que muitos estudiosos tomam o *living will* por sinônimo das diretivas antecipadas¹⁷, o que é incorreto. De fato, ele se constitui por uma ou mais diretivas antecipadas cujas instruções implicam o fim da vida, seja pela interrupção ou não iniciação de tratamentos de suporte ou salvamento da vida. No entanto as diretivas antecipadas não se referem apenas a decisões sobre o fim da vida; daí o erro, pois estas são gênero e aquele é espécie.

Outro equívoco comum é considerar que o mandato do procurador de saúde é uma espécie de diretiva antecipada. Este instrumento dá ao mandatário poderes para decidir sobre

em: https://web.archive.org/web/20170517035155/http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/In_Re_Quinlan.pdf. Acesso em: 21/01/22.

¹⁴ BROWN, Barbara A. The history of advance directives: A literature review. *Journal of Gerontological Nursing*, vol. 29, n. 9, p.4-14, setembro, 2003.

¹⁵ *Ibidem*, p. 4-5.

¹⁶ ESTADOS UNIDOS da AMÉRICA. H.R.5067 - Patient Self Determination Act, de 5 de novembro de 1990. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/5067/text>. Acesso em: 22/01/2022.

¹⁷ DADALTO, Luciana. Testamento vital. 5. ed. São Paulo: Editora Foco, 2020. p. 44.

recusa ou aceitação de tratamentos médicos quando o mandante estiver inconsciente ou incapaz. Portanto, a tomada de decisão é substituta, heterônoma. Ainda que se admita que a vasta maioria dos mandatários receba instruções dos mandantes e proceda em conformidade, o que provavelmente é verdade, tal fato é apenas acidental e não constitui requisito de validade do mandato.

Há ainda outro equívoco. Afirma-se que as diretivas são gênero que comporta duas espécies: *living will* e mandato do procurador para cuidados de saúde¹⁸. Como se demonstrou acima, este não é espécie de diretiva. Ademais, existem outras espécies além do *living will* como o plano de parto¹⁹ ou as diretivas antecipadas Para cuidados de saúde mental.

As diretivas antecipadas para cuidado de saúde mental são uma elaboração da prática médico-legal nos Estados Unidos que reconhece que as diretivas não se restringem a situações de fim de vida e, portanto, aptas a instrumentalizar a vontade dos pacientes em relação a tratamentos de cuidado de saúde mental, quando sua capacidade mental ou decisional estiver diminuída. Elas seguem o modelo tradicional estabelecido pela PSDA e frequentemente vêm acompanhadas pela nomeação de um procurador para cuidados de saúde²⁰.

Não se encontram publicações desta espécie de diretivas na literatura médica nacional, pelo menos não nas plataformas BVS, PubMed e Scielo. Os estudos sobre o tema parecem se concentrar na literatura estadunidense²¹.

Segundo Vollmann, os pontos mais frequentemente mencionados na literatura em relação às diretivas para cuidado de saúde mental são a recusa de antipsicóticos e psicotrópicos específicos, recusa de terapia eletroconvulsiva e aprovação de tratamentos somente em circunstâncias específicas.²²

Um estudo sobre o conteúdo destas diretivas demonstrou que 72% dos participantes rejeitaram a terapia eletroconvulsiva, 81% listaram os antidepressivos preferidos²³. Metade dos participantes escolheu uma pessoa para cuidar de suas finanças, enquanto 42%

¹⁸ DADALTO afirma que esta afirmação é comum, pois esta foi a construção feita pela lei estadunidense (*Patient Self-Determination Act*). Op. cit. p. 44. Até estudiosos relevantes incorrem nesse erro. Ver PONA. Op. cit. p. 37.

¹⁹ É possível, por exemplo, expressar a preferência pelo parto normal. Ver SAWICKI, Nadia. Birth Plans as Advance Directives. Disponível em: <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2017/05/01/birth-plans-as-advance-directives/#:~:text=Like%20advance%20directives%2C%20birth%20plans,the%20patient's%20values%20and%20preferences>. Acesso em: 08/02/22.

²⁰ DADALTO. Op. cit. (a), p. 46.

²¹ *Ibidem*. p. 46.

²² VOLLMANN, Jochen. Advance Directives in Psychiatry. In: LACK, Peter. BILLER-ANDORNO, Nikola. BRAUER, Susanne (Org.). Advance Directives. 1a ed. Springer, 2014. p. 37-51.

²³ Srebnik, Debra S; et al. The content and clinical utility of psychiatric advance directives. *Psychiatric Services*. Maio de 2005, v. 56, n.5, p. 592–598 *apud* VOLLMANN, Jochen. Advance Directives in Psychiatry. In: LACK, Peter. BILLER-ANDORNO, Nikola. BRAUER, Susanne (Org.). Op. Cit., p. 37-51.

manifestaram suas preferências alimentares²⁴. Mostrou-se ainda que 95% das diretivas seriam viáveis segundo padrões de conduta médica.

Um outro estudo mostrou que o tratamento de saúde mental pode ser bem sucedido e menos coercitivo ao se educar os pacientes sobre elas e que a maioria deles estão dispostos a elaborá-las²⁵.

Nota-se que as críticas e polêmicas são menos intensas em relação às diretivas para cuidado de saúde mental do que às diretivas qualificadas como *living will*. A razão disso é que o valor sagrado e intrínseco da vida humana, reconhecido tanto na Civil quanto na Common Law, parece indicar um dever de manutenção da vida. Examinar-se-á um argumento de Dworkin a respeito disso no próximo tópico.

3 DOMÍNIO DA VIDA: UMA REFLEXÃO SOBRE O VALOR INTRÍNSECO DA VIDA HUMANA

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO INICIAL

Os acirrados debates acerca de decisões sobre o momento do início e o fim da vida são analisados por Dworkin em sua célebre obra “Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”.²⁶

Ele analisa, inicialmente, o debate sobre o aborto e constata a intransigência, ao menos aparente, com que os lados opostos se tratam. De um lado, os pró-vida argumentam que o feto é, desde o momento da concepção, uma pessoa não nascida com interesses e, portanto, direitos próprios. Do outro lado, os pró-escolha sustentam que o feto não passa de um aglomerado de células, governado não por um cérebro, mas pelas informações de um código genético, portanto não teria interesses por carecer de uma existência mental.

Ele afirma que a intransigência aparente resulta de uma confusão intelectual: o fato de o debate público ter ignorado uma “distinção absolutamente crucial”.²⁷ Quando se afirma que o aborto é um assassinato, pois o feto é uma pessoa desde a concepção, ou que o aborto é uma agressão à santidade da vida humana está a se descrever ideias diferentes.

²⁴ Srebnik, Debra S; et al. Op. cit. p. 592-98 *apud* DADALTO. Op. Cit., p. 46.

²⁵ SWANSON, Jeffrey, et al. Psychiatric advance directives and reduction of coercive crisis interventions. *Journal of Mental Health*, junho de 2018, vol. 17, n. 3, p. 255-267 *apud* DADALTO. Op. cit., p. 47.

²⁶ DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁷ *Ibidem*. p. 12.

Argumentar que os fetos são pessoas permite a reivindicação de que eles têm o interesse de permanecerem vivos, de modo que têm também o direito a defender este interesse, ou seja, têm o direito à vida a ser resguardado pelo Estado. Dworkin chama esta objeção de derivativa, pois pressupõe que o feto tem personalidade jurídica²⁸.

Já a afirmação de que o aborto é uma agressão à santidade da vida, uma violação de seu valor intrínseco, não leva em consideração se o feto tem sensações, vida mental, interesses ou direitos próprios. Segundo esta afirmação o valor da vida humana existe em qualquer de seus estágios e terminá-la intencionalmente o violaria, portanto, o aborto seria errado *per se*. Esta objeção é chamada de independente, pois se liga diretamente a um valor jurídico e independe de considerações sobre a personalidade do feto²⁹.

Em seguida, Dworkin passa a citar pesquisas de opinião cujos resultados parecem apontar contradições. Uma delas apontou que 60% por cento dos entrevistados consideravam que a vida do feto em gestação deveria ser protegida, mas apenas 7% acreditavam que o aborto deveria ser proibido em qualquer circunstância e somente 14% afirmaram que deveria ser legal apenas para salvar a vida da mãe³⁰. Esses dados evidenciam que a discussão sobre o aborto gira em torno não tanto da objeção derivativa e mais daquela independente³¹.

Portanto, a discussão gira mais em torno do estudo e reflexão do real significado do valor sagrado e intrínseco da vida humana sobre o qual se discorrerá nos parágrafos seguintes. Antes, porém, cabe ressaltar que este trabalho não tem a pretensão de abordar o debate sobre o aborto ou sobre a eutanásia, de lhes fazer apologia ou detratá-los. No entanto, as considerações feitas acima contextualizam e clarificam a descrição do argumento de Dworkin que aqui se faz, o que será útil para reflexão sobre o estado atual do nosso ordenamento jurídico sobre questões da terminalidade da vida.

3.2 UM VALOR INTRÍNSECO

Há céticos que objetam a existência de valores intrínsecos, coisas que valem por si mesmas, por sua própria essência. Hume asseverava que objetos só teriam valor se servissem

²⁸ *Ibidem*. p. 13.

²⁹ *Ibidem*. p. 13.

³⁰ *Ibidem*. p. 17.

³¹ Tal situação é clara no ordenamento jurídico brasileiro para o qual o feto não tem personalidade jurídica, uma vez que ela começa com o nascimento com vida, mas recebe proteção objetiva do Estado por meio da criminalização do aborto. Ver BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08/02/2022. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Arts. 124-127. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08/02/2022.

aos interesses de alguma coisa ou de alguém³². Isso significa que ele admitia apenas duas categorias de valores: os instrumentais e os subjetivos.

Dinheiro e remédios, por exemplo, têm valor instrumental. Um serve apenas como meio de troca universal e o valor do outro é aferido por sua capacidade de curar. Coisas com valor subjetivo são valiosas apenas para as pessoas que as apreciam. Dificilmente, as pessoas que gostem de jogar damas no parque sentiriam uma repulsa moral dos que não compartilham de seu gosto, como se eles estivessem a profanar e desrespeitar algo que vale *per se*³³.

Apesar de serem fartos os exemplos de coisas que tenham apenas valor subjetivo ou instrumental. Na verdade, o valor intrínseco é lugar comum e tem relevância para o sistema de valores e para as opiniões mais difundidas³⁴. O objetivo aqui não é o de provar absoluta e verdadeiramente que certas coisas são sagradas ou invioláveis, mas apenas demonstrar que a ideia de que certas coisas o são existe e é comum, influencia as decisões políticas e econômicas assim como os debates sobre a vida ou morte, ou melhor, sobre quando terminar a vida.³⁵

O conhecimento é uma das coisas intrinsecamente valiosas. Gasta-se bilhões em telescópios para se observar galáxias distantes e estudar as origens do universo, investe-se grandes somas de dinheiro em expedições e pesquisas arqueológicas e paleontológicas. Tudo isso, sem a garantia e sem se esperar que as descobertas assim obtidas tenham alguma utilidade no futuro³⁶.

Adota-se uma atitude semelhante em relação ao mundo natural. Muitas espécies têm um valor em si mesmas para a humanidade³⁷. Caso patente é o do mico-leão-dourado. Defende-se o dispêndio de milhões de reais do orçamento público para preservar sua espécie, cujo fim nos traz horror como uma profanação nefasta, não por que ele nos privaria de um prazer ou uma experiência especial. Na verdade, muitos dos que defendem a preservação das espécies jamais visitarão o seu habitat³⁸.

³² DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 96

³³ *Ibidem*. p. 99.

³⁴ *Ibidem*. p. 97.

³⁵ “Não pretendo aqui recomendar ou defender nenhuma dessas convicções correntes sobre a arte e a natureza [consideradas sagradas e invioláveis por opiniões correntes], seja em sua forma religiosa ou secular. Como insistem alguns céticos, talvez não passem de superstições sem consistência alguma. Quero apenas chamar a atenção para a sua complexidade e sua estrutura característica, pois espero mostrar que é possível compreender as convicções da maioria das pessoas sobre o aborto e a eutanásia como se baseadas em crenças muito semelhantes, ainda que diferentes em alguns sentidos importantes”. *Ibidem*. p. 112.

³⁶ *Ibidem*. p. 102.

³⁷ Contudo não se faz a mesma consideração tomando os espécimes desses animais.

³⁸ *Ibidem*. p. 104.

De igual modo se considera a arte e a cultura. A destruição da capela sistina e de pinturas rupestres em qualquer canto do mundo pareceria abominável, mesmo que reproduções quase perfeitas pudessem ser feitas. Todos lamentam a extinção de culturas nativas durante a colonização do Brasil e defendam a preservação das remanescentes³⁹.

As considerações feitas acima demonstram a familiaridade com objetos e coisas com valores intrínsecos e refuta a objeção dos céticos, contudo, aqui se pretende refletir sobre uma aplicação específica dessa ideia: a de que a vida humana o possui mesmo nas fases iniciais ou terminais. Tal traz um questionamento: não deveria existir mais vida humana quanto for possível? Certamente a maioria das pessoas não pensa assim e muitos já consideram não ter filhos por conta da crise climática como forma de amenizar o problema.

Em resposta, Dworkin propõe uma distinção entre coisas com valor intrínseco de caráter incremental - quanto mais se tem, melhor - e outras sem esse caráter, as quais ele chamou de sagradas ou invioláveis⁴⁰.

O conhecimento tem esse caráter incremental, valoriza-se o conhecimento que já se tem pelo seu valor próprio e, ao mesmo tempo, busca-se sempre obter mais independentemente da vastidão crescente de recursos empenhados. Tal não se dá quando se coloca em perspectiva as considerações sobre o valor da cultura e da História natural. Ninguém argumentaria que é algo essencialmente mau ou trágico a natureza não ter produzido mais espécies de símios do que de fato produziu ainda que para quase todos as que existem devem ser preservadas. “O que achamos importante não é que exista algum número particular de espécies, mas que uma espécie já existente não seja extinta por nós”⁴¹. Igualmente, considera-se importante a preservação das culturas tradicionais e línguas ameaçadas, mas ninguém diria que deveriam existir mais do que as que existem ou já existiram⁴².

“O traço distintivo entre o sagrado e o incrementalmente valioso é o fato de o sagrado ser intrinsecamente valioso porque - e, portanto, apenas quando, existe”. Sua inviolabilidade advém do que representa e sua destruição é algo mau por essência, “desonra o que deve ser honrado”. A existência de mais pessoas não é o que importa, entretanto, quando a vida humana se inicia importa o seu desenvolvimento⁴³.

Cabe agora perguntar: o que torna uma coisa sagrada no sentido que se afirmou? Pode se distinguir dois processos. O primeiro se dá por associação. Era considerado um sacrilégio

³⁹ *Ibidem*. p. 100.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 97.

⁴¹ *Ibidem*. p. 105.

⁴² *Ibidem*. p. 102-103.

⁴³ *Ibidem*. p. 102-103.

ferir os gatos no antigo Egito por serem associados a uma deusa. Também parece ser o caso da reverência aos símbolos nacionais em certas culturas⁴⁴.

O segundo processo se dá pela forma como algo vem a existir, sua história, sua gênese. Este é o caso da arte. Sua inviolabilidade não se dá por associação, o valor da pintura nada tem a ver com as associações que sua imagem faz ou pode fazer. Protegem-se telas ou pinturas rupestres que não se tem em muita conta no que se refere a um prazer contemplativo. Busca-se a proteção de culturas tradicionais distantes com as quais não se tem nenhuma relação especial. Não é pelo seu valor instrumental que se protegem tais coisas, mas por seu valor sagrado que surge por meio da história do seu surgimento, por corporificar processos de criação humana⁴⁵.

Situação análoga se dá no processo de surgimento do valor sagrado e inviolável das coisas no mundo natural. Assim como a arte, ele não surge por associação. Consideramos as espécies e seus habitats como “criações” da natureza. Sua inviolabilidade surge da sua gênese criativa; seja porque se acredita em uma divindade criadora, então a destruição das espécies seria um sacrilégio contra este Ser supremo; ou porque se considera que a evolução não é um processo de mutação acidental, mas sim uma adaptação dentro dos limites das leis naturais que faz nascer objetos ordenados e individualizáveis que emergem e se destacam do caos, da entropia do universo⁴⁶.

Portanto, aqui, pensa-se criação sem necessariamente implicar uma vontade criadora. Essa ideia expandida da criatividade segundo os exemplos apresentados sugere que:

a essência do sagrado encontra-se no valor que atribuímos a um processo, empreendimento ou projeto, e não a seus resultados considerados independentemente do modo como foram obtidos. Horrorizamos-nos com a ideia da destruição deliberada de uma obra de arte não apenas porque perdemos a arte, mas porque o fato de destruí-la parece aviltar um processo de criação que consideramos muito importante. Da mesma maneira, reverenciamos e protegemos as culturas, que também são, mais abstratamente, formas de arte, uma vez que são produtos coletivos dos tipos de empreendimentos que consideramos importantes. [...]
Nossa preocupação com a conservação das espécies animais também se baseia no respeito pelo modo como vieram a existir, e não pelos animais considerados independentemente dessa história.⁴⁷

A partir das considerações feitas acima, pode-se concluir que o valor inviolável de algo decorre de seu processo de gênese criativa; seja um investimento criativo humano como

⁴⁴ *Ibidem.* p. 103.

⁴⁵ *Ibidem.* p. 104.

⁴⁶ “[P]essoas que se preocupam em proteger as espécies ameaçadas frequentemente enfatizam a relação entre a arte e a natureza ao descreverem a evolução das espécies como u processo de criação.” *Ibidem.* p. 105.

⁴⁷ DWORKIN dá o exemplo de que as plantas geneticamente modificadas que são instrumentalmente úteis por possibilitarem a produção de mais alimento não são consideradas tão valiosas quanto as naturais. *Ibidem.* p. 109.

no caso da arte; seja um investimento criativo natural como no caso das espécies silvestres e seus habitats.

A espécie e cada vida humana parecem, segundo o que se especulou acima, encerrar em si tanto um investimento criativo humano quanto natural. Ela é, para os religiosos, o clímax da criação divina e de certa forma um reflexo seu, e, para os que não são, o mais complexo e grandioso produto da evolução. De fato, não há no universo conhecido nenhum sistema tão complexo quanto o cérebro humano, potencialmente capaz para a racionalidade e autonomia.⁴⁸

Ademais, cada indivíduo, até mesmo um embrião recém-implantado, carrega em seu código genético partes de seus pais sem ser um deles, cada ser humano é, ao mesmo tempo, diferente dos que o criaram e continuação deles. A reprodução (consentida) significa a união de investimentos criativos naturais e humanos e corrobora a afirmação de que cada vida humana individualmente considerada - e não apenas a espécie - é preciosa e intrinsecamente inviolável.⁴⁹

Acrescente-se que o investimento criativo humano não se restringe à formação do código genético de cada nova vida. Conforme segue seu desenvolvimento, cada indivíduo faz escolhas, influencia e é influenciado por sua cultura num processo de construção de sua personalidade, habilidades, ambição e valores.⁵⁰

O reconhecimento dessas duas modalidades de investimentos criativos - humano e natural - implica reconhecer que o próprio conceito do valor da inviolabilidade da vida humana é interpretativo porque pode se atribuir pesos diferentes a esses dois investimentos.

Aqueles que consideram que o investimento criativo natural sempre sobrepujará o humano tendem a admitir o aborto somente para se salvar a vida da mãe. Outros, ao considerarem os impactos financeiros, emocionais e de oportunidade⁵¹ que o nascimento de uma criança pode implicar, tendem a admitir o aborto para não arruiná-la, dando maior peso ao investimento criativo em relação à vida da mãe, conferindo-lhe, assim, uma chance de melhor se desenvolver. Há ainda uma terceira posição: os que dão um peso igual ao investimento criativo humano e ao natural tendem a admitir o aborto em caso de estupro, porque a formação do código genético de uma nova vida humana tem uma dimensão criativa dúplice - tanto natural quanto humana - que é quebrada quando a reprodução não é consensual.

⁴⁸ *Ibidem.* p. 114.

⁴⁹ *Ibidem.* p. 115.

⁵⁰ *Ibidem.* p. 115.

⁵¹ Oportunidades acadêmicas e profissionais, por exemplo.

3.3 INFERÊNCIAS IMPORTANTES

Afirma-se, mais uma vez, que o propósito deste trabalho não é sustentar qualquer posição específica sobre o aborto, seja detratá-lo ou defendê-lo. A argumentação acima levantada tem o objetivo de possibilitar a seguinte inferência: se o ordenamento jurídico brasileiro admite o aborto em caso de estupro,⁵² ele assim procede pois reconhece a importância do investimento criativo humano, além do natural, para o conceito da inviolabilidade da vida.

Ora, se é possível terminar a vida de terceiro por considerações relativas ao investimento criativo humano, não seria possível decidir, mesmo que em perspectiva, que a própria vida seja ou não artificialmente prolongada nas situações em que seu fim é iminente ou por se estar em um estado vegetativo do qual são praticamente nulas as chances de se recuperar a consciência? Não seria possível optar pela ortotanásia por meio de uma diretiva antecipada?

Ao se considerar tudo o que foi argumentado, entende-se que sim. Contudo, ainda é possível uma objeção: as pessoas em estado de inconsciência não têm nenhum interesse a ser protegido porque não têm nenhuma sensação a respeito da realidade, pouco importando se vivem ou morrem.

Para superá-la, é preciso fazer a distinção entre tipos de interesses⁵³. Poder viajar, visitar o parque do Ibitipoca, a foz do Iguaçu, contemplar o céu noturno no Atacama ou degustar um excelente *chardonnay* francês são interesses relativos a experiências, portanto são chamados de experienciais.

Nem todos os interesses são assim, nem todos levam em consideração um cômputo de prazer. Os trezentos espartanos que foram enfrentar as forças de Xerxes nas Termópilas tinham um interesse, uma razão estrutural. Alguém até poderia objetar que eles buscaram, na verdade, a experiência de uma morte gloriosa. No entanto essa objeção é inconsistente por dois motivos. Em primeiro lugar, porque, caso eles tivessem se aliado a Xerxes poderiam ser integrados às suas forças de elite de forma a poderem lutar diversas batalhas e assim obter fama e fortuna até que, eventualmente, alcançassem a gloriosa morte em combate. Em segundo lugar, pois, desejar uma morte gloriosa não é desejar uma morte qualquer. Quem deseja a experiência da morte pode, pura e simplesmente, cometer suicídio. O que interessa

⁵² Ver art. 128, II do código penal. BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Arts. 124-127. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08/02/22.

⁵³ Dworkin. Op. Cit. p. 283-293.

não é a experiência da morte em si mas morrer lutando por algo importante. A glória está em se tornar um herói, o que é um interesse de ordem narrativa, estrutural. Não se argumente que eles estavam considerando ser reverenciados no submundo, uma vez que, segundo a crença corrente à época, as almas se esqueciam da vida passada ao transpor o rio Lete. Nem se sustente que lutavam para escapar da dolorosa experiência da servidão, pois se lançaram a uma morte certa e dolorosa que para eles foi a cessação de todas as liberdades. Para eles importava apenas a independência e a grandeza de Esparta, importava influir nessa narrativa.⁵⁴

Sócrates jamais deixou de buscar o conhecimento de si mesmo assim como sempre instava seus concidadãos a fazê-lo, o que considerava uma missão a ele atribuída pelo oráculo de Delos, ainda que fosse perseguido por eles sendo eventualmente morto. Pode-se relacionar seu pensamento filosófico acerca da felicidade com a ideia de interesses estruturantes, uma vez que se opunha ao hedonismo. Ele entendia que a verdadeira felicidade estava em se buscar a virtude e a justiça.⁵⁵ A ideia de eudaimonia de Aristóteles também não parece pôr em grande conta a busca do prazer tão somente, mas o aperfeiçoamento do exercício da racionalidade.⁵⁶ Essas ideias demonstram esses interesses que chamados aqui de estruturais.

De fato, as pessoas em geral procuram fazer algo importante de suas vidas a despeito de considerações hedonistas. Alguns buscam coisas grandiosas como a ciência e a engenharia de ponta, “poesia ou filosofia do mais alto nível”, a libertação de uma nação ou etnia. Outros têm objetivos mais modestos como cooperar com o sucesso de uma empresa ou da sua família.⁵⁷

Os interesses estruturais muitas vezes guiam a escolha por certas experiências considerada uma gama de opções igualmente satisfatórias. Mas nem sempre se leva em conta o prazer que as opções trarão. É a reflexão que Dworkin suscita:

Imagine alguém – você mesmo, se preferir – que se encontra diante de uma decisão crucial para sua própria vida. Se você [...] se vê diante da possibilidade de iniciar uma carreira fascinante com a qual sempre sonhou, mas só poderá exercê-la ao preço de sacrificar todo o tempo que de outro modo passaria com seus filhos, qual

⁵⁴ Os espartanos não combateram sozinhos, mas contavam com o apoio de aproximadamente dois mil aliados de outras cidades gregas. As Termópilas eram uma formação de relevo no qual paredões rochosos criavam corredores naturais nos quais Leônidas, rei de Esparta, montou uma obstrução que retardou o avanço de Xerxes, imperador Persa que desejava subjugar a Grécia e, posteriormente, toda a Europa. Ver HERÓDOTO. Histórias. Tradução: J. Brito Broca. 3a ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2019.

⁵⁵ Ver PLATÃO. Op. cit.

⁵⁶ BARCELLOS. Flávio Jardim. A eudaimonia na ética a Nicômaco de Aristóteles. Orientadora: Profª. Dra. Inara Zanuzzi. 2017. 39 páginas. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação)- Departamento de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2017. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/172937>. Acesso em: 08/02/22.

⁵⁷ DWORKIN. Op. cit. p. 282.

seria a sua escolha? Ou, se você acabou de formar-se em direito e recebe uma proposta de trabalho de uma empresa de renome, irá recusá-la por uma oferta menos desafiadora, mas que provavelmente- o que não implica certeza alguma – irá levá-lo a seguir uma carreira política mais tarde? Ou, se você é judeu, deveria abandonar a sua vida confortável em Los Angeles e emigrar para Israel, para identificar-se plenamente com o destino dessa nação?

As pessoas não tomam decisões tão importantes assim simplesmente tentando prever a quantidade de prazer que cada escolha lhes teria a oferecer. Às vezes dizemos que descobrimos nossas próprias identidades por meio de decisões desse tipo [...].⁵⁸

Diante de situações como essas frequentemente não se tem uma escolha, mas um processo de julgamento. Essa distinção entre interesses estruturais e experienciais constitui a verdade, o fundamento da vida moral. Comumente, as pessoas levam em consideração que as suas realizações, seus relacionamentos e experiências sejam coerentes com a estrutura de uma vida cuja existência considerem significativa, que represente “um compromisso inequívoco e autodefinidor com uma concepção de caráter ou de realização que a vida como um todo, vista como uma narrativa integral e criativa, ilustre e expresse”.⁵⁹

Essa ideia de coerência, de integridade, demonstra porque a possibilidade de ser mantido vivo como um vegetal, como um campo de batalha onde os médicos confrontam a morte, causa repulsa a muitos, que pensam ser cruel ou indigno serem mantidos nessas condições, porque consideram que a vida sem racionalidade não vale a pena, é um mau em si mesmo, “odeiam como a uma perversão” a ideia “de que a vida puramente biológica - algo como mero sobreviver - tenha um valor independente”.⁶⁰

É a ideia de integridade que traz a compreensão da ênfase que muitos colocam no morrer com dignidade, “mostra como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido”.⁶¹ O modo como se morre é importante, é a última parte da vida e todas elas, mesmo a última, importam. Este evento é singular, na última cena da vida “tudo se intensifica sob a luz de refletores especiais”.⁶²

Neste ponto, pode-se derrubar aquela objeção de que pessoas em um estado de inconsciência não teriam nenhum interesse em providências relativas ao seu tratamento médico levando-se em consideração suas manifestações prévias, suas diretivas antecipadas. Ela se assenta na pressuposição de que só existem interesses experienciais⁶³ e que o valor da

⁵⁸ *Ibidem.* p. 289

⁵⁹ *Ibidem.* p. 290-291

⁶⁰ *Ibidem.* p. 300

⁶¹ *Ibidem.* p. 280

⁶² *Ibidem.* p. 295

⁶³ Este trabalho não tem o objetivo de lançar uma tese filosófica a respeito da ‘existência objetiva’ dos interesses estruturais. Os ataques dos cétricos não se sustentam porque toda tese que faça qualquer afirmação sobre uma realidade objetiva estará, em última análise, sustentada na epistemologia que não prescinde de considerações

vida só existe aqui e agora, sem considerações de caráter estrutural. Pressupõe um hedonismo quase absoluto, um utilitarismo totalitário.

Vencida aquela objeção, podemos chegar a uma primeira inferência importante: as diretivas antecipadas, inclusive com previsão de ortotanásia, são admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Até porque não há nenhuma norma que as proíba.⁶⁴ Pelo contrário, o próprio CFM as reconhece segundo a Resolução 1995/2012⁶⁵. Além disso, a Resolução 2056/2013 do CFM determina que o paciente deva dar o seu consentimento para tratamentos médicos.⁶⁶ Ora, se assim é quando o paciente está consciente e tem capacidade mental, simetricamente, deve ser também quando há diretivas antecipadas. Não se argumente que o médico que cumprir uma diretiva antecipada estará cometendo o crime de homicídio (art. 121 c/c art. 13, § 2º, CP)⁶⁷ se deixar ocorrer a ortotanásia por ocupar uma posição de garantidor, uma vez que a manifestação de vontade do paciente, seja atual ou em uma diretiva, o retira dessa posição. Ademais, a Resolução 1805/2006 do CFM estabelece que é permitida a suspensão de tratamentos que apenas prolonguem a vida do doente em cuidados de fim de vida se essa for a sua vontade.⁶⁸

metafísicas. A demais, as pessoas se comportam como se os interesses estruturais existissem, o que é o bastante se se levar em consideração que o Direito é feito por elas e para elas.

⁶⁴ Ver art. 5º, inc. II. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/02/22.

⁶⁵ 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. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1995/2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 15/02/22.

⁶⁶ *Idem.* Resolução 2056/2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2056>. Acesso em: 15/02/22.

⁶⁷ Igualmente não é possível argumentar que há auxílio a suicídio (art. 122, CP) isso porque o suicídio implica que alguém cause ativamente a própria morte, não é um mero deixar-se morrer por conta de uma doença. Também não há omissão de socorro (art. 135, CP) uma vez que não há socorro para um quadro terminal e, além disso, quando o médico deixa ocorrer a ortotanásia, ele age em exercício regular do direito (art. 23, inc. III, CP) o que exclui a ilicitude. BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Arts. 124-127. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08/02/2022.

⁶⁸ Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.805/2006. Diário Oficial da União, Brasília, 28 nov. 2006. Seção 1, p. 169. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 15/02/22.

Ainda é possível fazer outra inferência. Se se considerar que o valor inviolável imanente à vida humana é considerado um sobreprincípio insculpido na Constituição, conhecido como o axioma da dignidade humana, fundamento da República brasileira⁶⁹, que a doutrina já reconheceu diversos aspectos da dignidade, entre eles a vida e a liberdade⁷⁰, e que estes aspectos correspondem às ideias de investimento criativo natural e de investimento criativo humano expostas acima, pode-se concluir que o direito a formular diretivas antecipadas é um direito à autodeterminação do paciente e é fundamental - ligado ao aspecto liberdade do axioma da dignidade humana, -sendo que a busca por sua efetividade é uma questão de direitos fundamentais e humanos.⁷¹ Tal direito a autodeterminação pode carecer de meios para ser efetivo, mormente em situações de inconsciência ou diminuição da capacidade mental. Por isso, interessa dissertar sobre a autonomia, não num sentido filosófico de busca de concretização de interesses estruturais e experienciais, como princípio jurídico, como poder de criar normas jurídicas, *in casu*, de criar diretivas antecipadas vinculantes.

4 AUTONOMIA

Autonomia significa, em geral, o autogoverno, dirigir-se por vontade própria⁷². Sua origem vem do grego, *auto* (αὐτο) significa para e por si mesmo enquanto *nomos* (νόμος) significa norma⁷³. Percebe-se, portanto, que desde o início a ideia está ligada à subjetividade individual ainda que a compreensão da amplitude deste autogoverno tenha variado conforme condições sociais, econômicas e políticas no decorrer da História.

A autonomia não é, por óbvio, ideia restrita a estudos e especulações jurídicas, é tema recorrente em outras searas como a antropologia, a psicologia. Aqui não se pretende fazer

⁶⁹ Ver art. 1º, inc. III. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/02/22.

⁷⁰ Ver MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura Civil Constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷¹ A Convenção de Oviedo reconheceu a relevância das diretivas antecipadas de vontade segundo uma perspectiva de direitos humanos. Artigo 9.º A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta. EUROPA. Conselho da Europa. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. 4 de abril de 1997.

⁷² Verbete: autonomia. Dicionário Michaelis online, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=autonomia>. Acesso em: 10/02/22.

⁷³ RÜGER, André. RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). DIREITO CIVIL: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 3.

considerações dessa natureza, mas reconhecê-la como característica humana a que se atribui repercussões jurídicas, tendo sido, portanto, reconhecida historicamente como um princípio.

A idade moderna viu muitas transformações. A expansão do comércio marítimo com as grandes navegações, o consequente estabelecimento dos Estados nacionais, os questionamentos do poder central da Igreja com o surgimento dos protestantes e sua ética voltada ao exercício dos ofícios e da vida negocial⁷⁴ são fatores que culminaram no Iluminismo, nas doutrinas e ideologias individualistas e nas subsequentes revoluções burguesas que instituíram o Estado liberal, preconizado na ideia de igualdade formal e mínima intervenção do Estado na esfera dos contratos. Segundo Roberta Faria,

A posição ocupada pelo Estado, segundo tal ideologia [individualismo liberal], seria a da mínima interferência na esfera individual, dado que ao homem seria concedida a plena liberdade de realizar negócios jurídicos, no que se refletiu uma ampla liberdade contratual, seja na fixação do conteúdo dos contratos, seja na escolha dos parceiros contratuais.⁷⁵

Surge daí o princípio da *autonomia da vontade*, que acompanha o desenvolvimento da indústria e comércio, facilitador das transações e, portanto, da circulação de riquezas.⁷⁶ Dita autonomia revelou-se como um instrumento de processos econômicos e políticos fundamentados na liberdade e igualdade formais⁷⁷, como elucidam Rüger e Rodrigues:

Originariamente, autonomia era instituto próprio do direito privado e tinha seu âmbito de incidência restrito a determinadas relações sociais como os direitos reais e pessoais. A propriedade privada talvez tenha sido um dos primeiros campos de manifestação da autonomia. E premissa das relações econômicas que os participantes, de algum modo, tenham se apoderado dos objetos de troca.⁷⁸

Esses ideais de liberdade e igualdade meramente formais advinham da visão ideológica da capacidade de autoregramento do mercado, dessa forma, “o Estado não tinha como objetivo proteger os indivíduos, partia-se do pressuposto de que todos eram autônomos e tinham condições de se autorregularem”.⁷⁹

Nesse contexto, considerava-se que o princípio da *autonomia da vontade* levava em conta o elemento psicológico, volitivo, como criador de normas jurídicas, como a causa do

⁷⁴ Ver WEBER, Max. A ética protestante e o “espírito” do capitalismo. Tradução: José Marcos Mariani de Macedo. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁷⁵ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). Op. cit. p. 56.

⁷⁶ *Ibidem.* p. 55.

⁷⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 07-26, out.-dez. 1988. *apud FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Op. Cit.* p. 57.

⁷⁸ RÜGER, André. RODRIGUES, Renata de Lima. Op. Cit. p. 4.

⁷⁹ DADALTO. Op. Cit. a. p. 5.

direito privado, tinha assim uma conotação subjetiva, a vontade como causa dos efeitos jurídicos.⁸⁰ Ainda segundo como elucidam Rüger e Rodrigues:

O grande desenvolvimento do dogma da autonomia da vontade teve assento no direito das obrigações. Reconhecida aos membros de uma comunidade a qualidade de personas, iguais perante a lei e autônomas, a vontade passou a ser o substrato das relações negociais e da imperatividade das obrigações assumidas perante terceiros. Afinal, em uma sociedade onde os membros se reconhecem como iguais, a heteronomia não pode fundamentar ingerências na esfera individual alheia. Portanto, somente a vontade individual é concebida como fonte de dever.⁸¹

Contudo, o desenvolvimento constante do comércio e indústria nesse sistema liberal agravou as desigualdades e os desequilíbrios sociais, estado de coisas em que se passou a questionar os postulados de igualdade formal e não intervenção estatal, além do caráter quase que absoluto atribuído à vontade. A autonomia como expressão da liberdade não se satisfaz com possibilidades meramente abstratas; carece de concretude.⁸²

Sem um *minimum existencial* não há possibilidade de sobrevivência, o que anula qualquer condição inicial de liberdade que será inexistente em circunstâncias de fome, miséria e analfabetismo.⁸³ Para quem está excluído dos processos econômicos produtivos, como estiveram, e ainda estão, as pessoas com deficiência, pouca valia há na liberdade meramente negocial.

A fim de se mitigarem as desigualdades e os desequilíbrios de poder causados pelo acúmulo e concentração de capital, admitiu-se, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, a intervenção do Estado nas atividades econômicas e nos contratos tendo em vista a justiça material, de modo que as “relações começaram a ser regidas por princípios como a função social”.⁸⁴ Rüger e Rodrigues também enfatizam que:

O choque entre o ideal e o concreto, entre o formal e o material, provocou a superação do dogma da vontade como cerne da autonomia. Na esfera privada, esta passou a não mais se centrar no mero ato de vontade, que por si só tinha força jurídica. O substrato da autonomia passou a se assentar no reconhecimento jurídico de um ato volitivo compatível com o interesse público, a lealdade e boa-fé, que substituiu a simples vontade de um sujeito particular como fonte primária das obrigações.⁸⁵

Essa transformação implicou na derrocada do voluntarismo, como aponta Érico Cabral:

⁸⁰ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Op. Cit. p. 61. FERRI, Luigi. La autonomía privada. Granada: Editora Comares, 2001. *apud* DADALTO. Op. Cit. a. p. 6.

⁸¹ RÜGER, André. RODRIGUES, Renata de Lima. Op. Cit. p. 5.

⁸² *Ibidem*. p. 6.

⁸³ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Op. Cit. p. 60.

⁸⁴ DADALTO. Op. Cit. p. 6.

⁸⁵ RÜGER, André. RODRIGUES, Renata de Lima. Op. Cit. p. 6.

delineou um novo caráter de objetividade para os negócios jurídicos, agora não mais fundado na causa psíquica, representada pela vontade, mas nas regras extraídas dos interesses socialmente relevantes... A vontade perdeu seu status de valor em si, auto-suficiente a produzir efeitos jurídicos.⁸⁶

O contrato passou a ser reconhecido como um fenômeno econômico e social e não apenas como o fruto da manifestação volitiva. Tem-se, assim, a passagem do princípio *autonomia da vontade* para o da *autonomia privada*. Contudo, isso não significou que aquele foi completamente abandonado, mas que sofreu uma releitura que implicou uma alteração da “análise dos principais institutos e princípios do Direito Civil”.⁸⁷

O princípio da *autonomia da vontade* estabelece que o indivíduo tem o poder de criar normas jurídicas por meio de atos jurídicos, determinando-lhes o conteúdo, a forma e os efeitos segundo a manifestação volitiva, psicológica. Em contraposição, a *autonomia privada* se apresenta como o poder de criar normas jurídicas dentro dos limites legais.⁸⁸ “Não cabe ao Direito perquirir o conteúdo da consciência de cada ser”.⁸⁹ Aqui a conotação é concreta, objetiva e real.

Neste ponto, percebe-se o papel limitador do princípio da *autonomia privada* na geração de efeitos jurídicos das manifestações volitivas. Passa-se a considerar que elas são limitadas por fatores alheios a ela: direitos fundamentais.

Percebe-se também que essas limitações têm, nos contratos, uma evidência maior. Contudo, a *autonomia privada* “abrange também questões de caráter existencial”.⁹⁰ As limitações ao aborto e ao *homeschooling* são exemplos disso.

Importa para essas considerações trazer a lume as ideias de Habermas, para quem a superação da dicotomia “autonomia pública x autonomia privada” se dá a partir da consideração de que são princípios cooriginários e harmônicos. Ressalta-se que o sentido que ele dá à autonomia privada é diferente daquele com que se trabalha nesta seção. Para ele a autonomia privada se refere ao agir individual enquanto que a autonomia pública se refere a “ações coordenadas por meio de leis coercitivas, que limitam este agir individual”, portanto,

⁸⁶ CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no Direito Privado. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 19, p. 83-129, jul.-set. 2004. *apud* RÜGER, André. RODRIGUES, Renata de Lima. Op. Cit. p. 6.

⁸⁷ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Op. Cit. p. 61.

⁸⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 07-26, out.-dez. 1988. *apud* FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Op. Cit. p. 60-61.

⁸⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SA, Maria de Fátima Freire. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SA, Maria de Fátima Freire (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101-127. *apud* FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Op. Cit. p. 61

⁹⁰ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Op. Cit. p. 63.

sua ideia de autonomia pública é precisamente o princípio da *autonomia privada* com que se trabalha.⁹¹ Segundo ele:

De um lado, o sistema de direito conduz ao arbítrio dos interesses dos sujeitos singulares que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tornam compatíveis iguais liberdades subjetivas de ação; de outro lado, esse sistema mobiliza e reúne as liberdades comunicativas de civis, presumivelmente pelo bem comum, na prática da legislação.⁹²

Se se considerar que ele propõe o conceito de liberdade comunicativa, que é a “possibilidade de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo”⁹³ e que, segundo essa argumentação, o fundamento da autonomia é a liberdade, conclui-se que a “autonomia deve ser entendida sob uma perspectiva dialógica, conformada pela dignidade da pessoa humana e, portanto, dirigida a aspectos públicos e privados, patrimoniais e existenciais”.⁹⁴

Sustentou-se anteriormente que o direito a formular diretivas antecipadas era um direito decorrente da autonomia moral ligado a um dos aspectos da dignidade humana: a liberdade. As considerações procedidas nesta seção clarificam melhor dita ligação⁹⁵ e servem à análise do objeto da próxima: se a autonomia para elaborar diretivas antecipadas de vontade é abrangida pelo princípio da autonomia privada, ela tem, eventualmente, limitações.

5 LIMITES AO ESCOPO E VALIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

As reflexões até então apresentadas sobre o princípio da *autonomia privada*, que, ao mesmo tempo, limita o exercício da vontade e busca a concretização dos direitos fundamentais e a tutela plena da pessoa humana, conduzem a questionamentos sobre os limites das diretivas antecipadas, ou seja, seus requisitos de validade que as tornam vinculantes.

O art. 104 do código civil trata dos requisitos de validade dos negócios jurídicos nos seguintes termos:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

⁹¹ HABERMAS, Junger. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, v. 1, 2 ed., Rio de J Brasileiro, 2003, p. 113-168 *apud* DADALTO. Op. Cit. p. 7.

⁹² HABERMAS, Junger. Op. Cit p. 167 *apud* DADALTO. Op. Cit. p. 7.

⁹³ HABERMAS, Junger. Op. Cit p. 155 *apud* DADALTO. Op. Cit. p. 8.

⁹⁴ DADALTO. Op. Cit. p. 8.

⁹⁵ Entre a autonomia moral e a liberdade.

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.⁹⁶

Apesar de este dispositivo tratar dos negócios jurídicos, uma interpretação sistemática do ordenamento chegará à conclusão de que ele também é aplicável aos atos jurídicos em geral, aí incluídas as diretivas antecipadas, que são uma declaração unilateral de vontade.⁹⁷ Assim, nesta seção, serão analisados o escopo e conteúdo (objeto) válido das diretivas antecipadas, além de questões a respeito da forma e da capacidade mental do manifestante.

Cabe consignar que a possibilidade de objeção de consciência do médico, com fulcro na sua liberdade de crença, filosófica e ou religiosa, não impede a validade ou a vinculatividade de uma diretiva antecipada, caso em que o paciente deverá ser encaminhado a outro profissional⁹⁸. Porém, há casos em que a objeção de consciência não é possível, pois o respeito à diretiva antecipada implica uma abstenção. Importa destacar também que a objeção de consciência não se aplica à empresas privadas prestadoras de serviço de saúde suplementar, pois prestam um serviço público de modo que devem respeitar as diretivas antecipadas por ser esta uma questão de direitos fundamentais, cuja eficácia horizontal é amplamente reconhecida.⁹⁹

5.1 ESCOPO

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08/02/22.

⁹⁷ [Uma diretiva antecipada se trata] de negócio jurídico unilateral de caráter existencial, e, desde que cumpra os requisitos de validade dos negócios jurídicos, será válido. DADALTO. Op. Cit. p. 110.

⁹⁸ DADALTO. Op. Cit. p. 116.

⁹⁹ Se não houver uma mesma natureza pública que irradie seus valores sobre os serviços de saúde, independentemente de sua titularidade, e confira ao poder público amplos poderes de intervenção e ao cidadão, de reivindicação de maiores cautelas na sua prestação, poderíamos ter um mesmo direito fundamental protegido de forma distinta quando distintos forem seus titulares. Se assim fosse, a saúde não seria um direito fundamental quando prestada pelo particular. E como poderia, ainda, a rede pública de saúde ser complementada pelo serviço privado?

Tratando-se de um direito fundamental consagrado no Art. 6º da CF, definido como direito social que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social (Art. 193), inserido na seguridade social (artigos 194 a 200) como um direito a prestações públicas, a natureza jurídica do serviço deve ser uma só para a proteção do cidadão, uma vez que a sua titularidade não é exclusivamente pública. SANTOS, Lenir. A natureza jurídica pública dos serviços de saúde e o regime de complementaridade dos serviços privados à rede pública do Sistema Único de Saúde. Ensaio Saúde debate 39 (106) Jul-Sep 2015. Scielo. Disponível em: [https://www.scielo.org/article/sdeb/2015.v39n106/815-829/pt/#:~:text=Por%20isso%2C%20o%20servi%C3%A7o%20de,CF%20\(BRASIL%2C%201988\)](https://www.scielo.org/article/sdeb/2015.v39n106/815-829/pt/#:~:text=Por%20isso%2C%20o%20servi%C3%A7o%20de,CF%20(BRASIL%2C%201988)). Acesso em: 15/02/22.

Apesar de as diretivas antecipadas terem origem na ideia de *living will* desenvolvida por Kutner ao considerar as dificuldades da legalização e implementação da eutanásia, esta limitação não é imanente à sua estrutura, mas apenas comum na maior parte dos ordenamentos que as reconhecem, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, pois a eutanásia é ilícito penal, com tipicidade prevista no art. 121, *caput*, combinado com o parágrafo primeiro, do Código Penal.¹⁰⁰ Portanto, não é válida a diretiva que requer a eutanásia pois tal objeto é ilícito de forma que ela não cumpre um dos requisitos do supracitado art. 104 do Código Civil.

Outra evidente limitação ao escopo das diretivas antecipadas é a vedação ao seu cumprimento quando implicar a morte de pessoa grávida. À primeira vista, pode parecer que a razão disso é a ilicitude penal do aborto prevista nos artigos 124 a 127 do Código Penal¹⁰¹, mas não é o caso.

O direito penal se pauta pelo princípio da tipicidade segundo a qual as condutas criminalizadas devem ser precisamente descritas pela legislação. Deixar o feto morrer juntamente com a gestante não significa um aborto, pois este implica uma conduta que ativamente ponha fim à vida daquele.¹⁰²

Não se acatam as diretivas antecipadas quando implicar a morte de pessoa grávida porque o ordenamento jurídico confere proteção ao feto não necessariamente por meio do direito penal. O artigo 2º do Código Civil diz que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”¹⁰³. Obviamente, o nascituro não tem direitos, visto que não tem personalidade jurídica, o que é deixado claro por esse mesmo dispositivo que afirma que ela começa do nascimento com vida. Ele confere, a despeito da sua questionável técnica legislativa, uma proteção objetiva ao nascituro.

Essas duas limitações acima discorridas têm relação com o valor intrínseco e inviolável da vida humana. A próxima limitação sobre a qual se discorrerá também, contudo,

¹⁰⁰ 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. BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Arts. 124-127. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08/02/2022.

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² Também não significa omissão de socorro pois o artigo 135 do Código Penal se refere à pessoas e o nascituro não tem personalidade jurídica. *Ibidem*

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08/02/22.

eventualmente, poderá levar a embates e ponderações ao se levar em conta outro direito fundamental constitucionalmente assegurado: a liberdade de culto e crença.

A possibilidade da recusa de tratamento que implique a morte do paciente é, em geral, admitida quando se consideram quadros clínicos irreversíveis, a exemplo do estado vegetativo persistente,¹⁰⁴ ou terminais, como ocorre na demência avançada,¹⁰⁵ doenças neurodegenerativas e vários tipos de câncer. Admitem-se a sedação paliativa¹⁰⁶ e a remoção ou não iniciação de tratamentos de suporte vital, como a ventilação mecânica, por exemplo.

Há discussões a respeito da suspensão da nutrição e hidratação artificiais. Dadalto afirma que muitos a consideram uma forma de eutanásia e que ela causa repulsa à família dos pacientes, pois remete à ideia de que eles morrerão de fome e sede¹⁰⁷. Essas objeções não se sustentam; primeiro, porque nenhuma suspensão de tratamento pode ser considerada eutanásia uma vez que o conceito desta implica a ministração de tratamento que provocará a morte; segundo, porque pacientes em estado de inconsciência não sentem sede nem fome.¹⁰⁸

Se, por um lado, a recusa de tratamentos que implique a morte é amplamente admitida quando se tem um quadro clínico terminal ou quando se está em estado vegetativo persistente, ou seja, quando se recusa tratamentos de suporte vital, por outro, a prática médica e os tribunais no Brasil não admitem a recusa de tratamentos de salvamento da vida, de tratamentos que curem a doença ou revertam o quadro de inconsciência.

Não é possível, segundo entendem os tribunais, recusar tratamentos de salvamento da vida. Com frequência, argumenta-se que o direito fundamental à vida se sobrepõe à autonomia privada. Entendem que nem mesmo a liberdade de crença e culto – direito fundamental insculpido no art. 5º inc. VI - da Constituição justifica a recusa desse tipo de tratamento.

Isso gera conflitos no judiciário envolvendo as Testemunhas de Jeová, grupo religioso que, por uma interpretação peculiar de textos bíblicos, considera um sacrilégio o recebimento de sangue, seja no âmbito da alimentação, seja no âmbito médico em que rejeitam as transfusões de sangue. É o que evidenciam as duas ementas adiante transcritas:

¹⁰⁴ Neste estado, pode-se até movimentar os olhos, mas não se tem qualquer sensação de dor, fome, sede ou frio, nem tem qualquer resquício de consciência. DADALTO. Op. Cit. a p. 60.

¹⁰⁵ DADALTO. Op. Cit. a p. 61.

¹⁰⁶ Consiste na ministração de substâncias que induzem no paciente um estado de inconsciência ou consciência reduzida a fim de anular a dor e outros tipos de sofrimento. DADALTO. Op. Cit. a p. 40.

¹⁰⁷ DADALTO. Op. Cit. a p. 39.

¹⁰⁸ Pacientes com demência avançada ainda mantém a sensibilidade, nesses casos a suspensão da alimentação e hidratação artificiais deve ser acompanhada de sedação paliativa, caso contrário, se teria prática de tortura.

APELAÇÃO CÍVEL. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ. I - Realizada a ponderação entre direitos e garantias fundamentais, o direito à vida se sobrepõe à liberdade de religião porque o direito à vida é a premissa maior para o exercício de qualquer outro direito assegurado constitucionalmente ou em tratados internacionais. II - O Poder Judiciário não pode ordenar a realização de procedimento médico cirúrgico sem possibilidade de transfusão sanguínea heteróloga em paciente por sua vontade, sob pena de colocar em risco a vida, ofendendo o principal direito fundamental assegurado constitucionalmente. III - Apelação desprovida.¹⁰⁹

CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Não cabe ao poder judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionálíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, § 3º, inc. I, do código penal). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade pois, aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a carta das nações unidas, que precisam se sobrepor as especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la.¹¹⁰

Esta questão, de natureza constitucional, está para ser discutida pelo STF. O Ministro Gilmar Mendes reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário 1.212.272 de Alagoas¹¹¹, no qual a recorrente pede que seja determinada à União a realização de uma cirurgia e que o judiciário declare e dê validade à sua recusa de transfusão de sangue, ainda que seja necessário para salvar-lhe a vida, caso seu quadro se complique durante a operação. Trata-se, portanto, de tema a respeito das diretivas antecipadas.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível nº 0712619-82.2019.8.07.0001. Apelante: Jessica Priscila Inácio Dos Santos. Apelado: Associação Das Pioneiras Sociais. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Acórdão Nº 1251296. Diário da Justiça Federal Eletrônico | Jun / 2020 | JRP\2020\1969457.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 595000373. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28/3/1995.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.212.272 Alagoas. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. 24/10/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral11062/false>. Acesso em: 14/02/22.

No mesmo sentido, a ex-Procuradora-Geral da República, Raquel Doge, propôs Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental¹¹² contra o art. 146, §3º, I do Código Penal, conforme item 2 do Parecer Proc. CFM 21/1980, adotado como anexo da Resolução CFM 1.021/1980, CFM e os arts. 22 e 31 da Resolução CFM 2.217/2018 (Código de Ética Médica). Segundo ela:

Dos dispositivos grifados há de ser excluída a interpretação de que os médicos devem realizar a transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia (por meio de diretivas antecipadas) ou atual dos pacientes maiores e capazes, dada a prevalência nestes casos do disposto nos arts. 1º, III e art. 5º, caput, VI a VIII da Constituição Federal.

O STF terá assim uma boa oportunidade para pacificar as discussões e garantir maior segurança jurídica por meio de uma decisão oponível *erga omnes*, o que, obviamente, não reduz a premente necessidade de uma legislação sobre os limites do escopo das diretivas antecipadas.

5.2 FORMA

Qual ou quais seriam as formas de diretivas antecipadas válidas no ordenamento jurídico brasileiro? Na Espanha são admitidos tanto instrumentos públicos quanto privados. No primeiro caso, o documento é registrado em cartório sem a necessidade de testemunhas, lavrando-se uma escritura pública. No segundo, o documento deve ser assinado por testemunhas, sem previsão legal a respeito de um número mínimo necessário.¹¹³

No Brasil, há duas situações que devem ser diferenciadas. A primeira se dá quando o paciente transmite ao médico suas diretivas antecipadas de forma direta, caso em que o médico deverá registrá-las em prontuário conforme dispõe o art. 2º, § 4º, da Resolução 1995/2012 do CFM.¹¹⁴ Nessa situação, sustenta-se ser admissível o uso de instrumento particular assinado por duas testemunhas, considerando-se que esta é a exigência do Código

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. ADFP 618. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5769402>. Acesso em: 14/02/22.

¹¹³ ESPANHA. Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Reguladora: e la autonomia del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>. Acesso em: 16/02/22.

¹¹⁴ 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. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1995/2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 15/02/22.

de Processo Civil para a criação de títulos executivos extrajudiciais. Ora, se para o menos, uma relação meramente contratual, faz-se tal exigência, deve valer também para o mais, uma decisão sobre fim de vida.¹¹⁵

A segunda situação se dá quando o médico não pôde se comunicar com o paciente enquanto ele estava em um estado de consciência. Ela ocorre quando, por exemplo, alguém entra em estado vegetativo persistente após um ferimento ou um trauma grave. Afirma-se que, nesse caso, o instrumento público deve ser a forma válida. Isso porque o médico é o guardião do paciente e do cumprimento da sua vontade.

Quando ele não teve oportunidade de dialogar com o paciente, a única forma de ele ter maior garantia, certeza e confiança sobre sua vontade é por meio de um instrumento público. Os profissionais da saúde não têm condições de aferir se um instrumento particular, levado ao seu conhecimento por um parente ou amigo do paciente, é legítimo, se as assinaturas são verdadeiras, se as testemunhas são reais e não forjadas.

Este problema não existe na Espanha. Ninguém fica a depender de amigos ou parentes para que levem as diretivas antecipadas ao conhecimento da equipe médica, pois sua legislação criou um registro nacional no qual elas são armazenadas de forma eletrônica, sendo anexadas ao prontuário. Neste ponto, fica evidente a necessidade de legislação sobre as diretivas antecipadas no Brasil que preveja sua forma e crie um sistema de registro eletrônico.

5.3 CAPACIDADE

A Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência resultou em significativas mudanças a respeito das ideias sobre capacidade. Não se admite mais uma concepção de capacidade baseada no status. Também não se deve declarar a incapacidade por conta de deficiência ou transtorno mental ou qualquer questão de saúde. Igualmente, não se deve declarar a incapacidade por conta do resultado de uma tomada de decisão.¹¹⁶

Se antes se falava em capacidade civil, ligada à ideia de capacidade de fato - um poder de fazer nascer, modificar e extinguir direitos subjetivos - baseada num modelo binário, tudo ou nada, no qual ou bem se tinha uma competência global, sendo considerado “capaz”

¹¹⁵ Art. 784, inc. III. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16/02/2022.

¹¹⁶ ALBUQUERQUE, Aline. Capacidade jurídica e direitos humanos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 65.

para exercer pessoalmente todos os atos jurídicos, ou se era considerado “incapaz” de forma a ser aliado da possibilidade de exercê-los.¹¹⁷

O que se sustenta a partir da mencionada Convenção é que todos possuem capacidade jurídica, que se divide em capacidade legal - a capacidade para ser titular de direitos e obrigações, e agência legal - capacidade de exercer atos jurídicos pessoalmente. Dita capacidade é expressão da dignidade humana.¹¹⁸

Para além da capacidade jurídica, deve-se compreender também o sentido de capacidade mental, a partir de uma abordagem funcional, que leva em conta o processo de tomada de decisão.¹¹⁹ Segundo essa abordagem, a capacidade mental seria a competência de tomar decisões a respeito de si mesmo e da própria vida tendo em conta um entendimento sobre uma informação relevante e a apreensão das consequências para que, então, se possa decidir. Isso implica reconhecer que a capacidade mental é fenômeno que se dá em escala, não binário, pensa-se em uma capacidade singular, para uma decisão específica.

Essa ideia de capacidade é, portanto, dissociada dos transtornos mentais e das deficiências mentais ou intelectuais. Alguém pode não ter capacidade de gerir um patrimônio vasto e complexo, comprar e vender imóveis, mas pode compreender os riscos e os benefícios de um tratamento médico estando, assim, apto a considerar sua recusa ou aceitação. A corroborar esse aspecto, destaca-se estudo citado por Albuquerque em que se analisaram dois hospitais, um psiquiátrico e um comum. Os números de pessoas com diminuição da capacidade mental foram similares entre os pacientes psiquiátricos e os não psiquiátricos.¹²⁰

O conceito de capacidade mental também reconhece sua fluidez, incapacidade atual não significa futura. Consideram-se as circunstâncias atuais no momento da decisão, e toda incapacidade reconhecida é restrita a uma decisão específica.¹²¹

Outra característica do conceito de capacidade mental que importa mencionar é que ele considera a autenticidade, que quer dizer que a decisão deve ser coerente com a história de vida, valores, crenças e desejos de quem a adota.¹²²

Em relação aos cuidados de saúde, Appelbaum e Grisco estabeleceram elementos que estruturam a capacidade de consentir ou recusar tratamentos médicos: a) habilidade para a compreensão de informação relevante (entendimento); b) habilidade para apreender a

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 56.

¹¹⁸ *Ibidem.* p. 49 e 144.

¹¹⁹ Segundo Albuquerque, o Comitê sobre os Direitos das pessoas com deficiência afirmou que a abordagem funcional é incorreta, mas ela é a que melhor preserva a autonomia. Esta ideia não se restringe à existência de deficiência e qualquer aplicação discriminatória deve ser combatida. *Ibidem.* p. 65.

¹²⁰ *Ibidem.* p. 55-57.

¹²¹ *Ibidem.* p. 58.

¹²² *Ibidem.* p. 58.

circunstância e as suas consequências (apreciação); c) habilidade de raciocinar sobre a informação e manipulá-la (raciocínio); d) habilidade de expressar a decisão pela linguagem (comunicação).¹²³

No ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas em geral têm capacidade para formular diretivas antecipadas, inclusive as com transtornos mentais ou deficiência intelectual, se necessário deve se aplicar apoio para a tomada de decisão e, só como último recurso, deve se utilizar a decisão substituta. Segundo o art. 6º da Lei Brasileira de Inclusão, a deficiência não afeta a plena capacidade civil. De fato, o Código Civil foi alterado e somente os menores de dezesseis anos são considerados “absolutamente incapazes”. Há aqui um ponto incongruente: o legislador não levou em consideração todas as implicações da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência sobre a capacidade. Os menores de dezesseis anos deveriam ter sua capacidade mental avaliada por critérios qualitativos e não quantitativos de idade.

No entanto, isso não impede que os menores de dezesseis anos formulem suas diretivas antecipadas. Porém, necessitam de provimento judicial, uma vez que o art. 3º do Código Civil está vigente e tem presunção de constitucionalidade. Neste sentido, poder-se-ia alegar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ingressou no ordenamento jurídico com status de emenda constitucional, pois foi aprovada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros. Teria cabimento, assim, declaração incidental de inconstitucionalidade daquele dispositivo. Tal solução, todavia, é precária e cria uma indesejada judicialização das diretivas antecipadas¹²⁴, mas é o que se apresenta mais imediatamente possível até o momento.

Melhor seria que o STF prolatasse uma decisão a respeito em uma ADPF, pois é oponente *erga omnes*. Melhor ainda seria uma legislação sobre o tema, mas ainda haveria o desafio da efetividade. Isso porque haveria pouca valia na aplicação do conceito de capacidade mental se os testes cientificamente embasados para aferi-la não estão disponíveis para as pessoas. Ademais, outro problema se afigura: às vezes os pacientes chegam aos profissionais da saúde já inconscientes ou em uma circunstância de incapacidade mental.

¹²³ Grisso, T., & Appelbaum, P. S. (1995). The MacArthur Treatment Competence Study. III: Abilities of patients to consent to psychiatric and medical treatments. *Law and Human Behavior*, 19(2), 149–174. *Apud* ALBUQUERQUE, *Ibidem*, p. 82.

¹²⁴ Ver art. 5º, § 3º. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/02/2022. Ver também: art. 1º BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO Nº 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Nesses casos, desconfianças a respeito da capacidade mental no momento da realização da diretiva antecipada podem prejudicar sua efetividade.

6 EM BUSCA DE EFETIVIDADE

As diretivas antecipadas colocam-se como um instituto promissor para a efetiva tutela de interesses existenciais no campo da saúde. Estudos mais específicos a respeito apontam as diretivas como mecanismo de aprimoramento da relação médico-paciente, caso exista uma adequada comunicação entre profissionais da saúde e pacientes, bem como de redução de intervenções agressivas na última semana de vida,¹²⁵ de redução do estresse, da ansiedade e de depressão sofridos tanto pelo paciente quanto pela respectiva família.¹²⁶

Todavia, o conhecimento das diretivas, a compreensão de seus benefícios e a assimilação, inclusive cultural, na experiência brasileira precisam ser ainda muito incentivados. São grandes os desafios em tal sentido.

Tem-se, primeiramente, que os médicos, às vezes, consideram difícil cumprir a vontade do paciente quando ela se contrapõe à da sua família, principalmente nos casos de ortotanásia, além de encararem a morte como uma derrota da sua ciência e temem repercussões legais ante a falta de legislação sobre o tema no Brasil.

Ademais, muitos profissionais de saúde sequer conhecem as diretivas antecipadas de, fator que leva muitos a não discutirem a possibilidade de formulá-las com seus pacientes.¹²⁷ Ainda, observa-se que, quando são elaboradas, segundo aponta a experiência estrangeira, muito frequentemente apresentam problemas de vagueza ou obscuridade que não raro comprometem a sua eficácia.¹²⁸

¹²⁵ WRIGHT, David. BRAJTMAN, Susan. 2011. Relational and embodied knowing: Nursing ethics within the interprofessional team. *Nursing Ethics* 18(1): 20–30 apud MONTEVERDE, Settimio. *Advancing directives and the ethos of good nursing care*. In: LACK, Peter et al. Op. Cit. p. 153.

¹²⁶ DETERING, Karen M. HANCOCK, Andrew D. READE, Michael C. SILVESTER, William. 2010. The impact of advance care planning on end of life care in elderly patients: Randomized controlled trial. *BMJ* 340: c1345 apud TRACHSEL, Manuel et al. *Advance Directives between respect for patient autonomy and Paternalism*. In: LACK, Peter et al. Op. Cit. p. 177.

¹²⁷ Ver DADALTO, Luciana. Os desafios ético-jurídicos para o cumprimento das diretivas antecipadas de vontade no âmbito hospitalar. In: *Direito e medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SOUZA, Iara Antunes de. (Org). São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 221-234.

¹²⁸ FAGERLIN, Angela. SCHNEIDER, Carl E. Enough: the failure of the living will. *Hastings Center Report*. March-April 2004. Disponível em: <https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/90575/3527683.pdf;jsessionid=15A60D57C7DB4F266CB7CC843DD8D163?sequence=1>. Acesso em: 16/02/2022.

Essas considerações não inviabilizam, no entanto, a busca pela efetividade das diretivas antecipadas. Como já se afirmou neste trabalho, o direito a formulá-las é fundamental e tem sede constitucional.

Cabe, então, reconhecer obstáculos e enfrentar os desafios para a efetividade das diretivas antecipadas e, partir disso, formular soluções. A propósito, um amplo estudo realizado nos EUA encontrou cinco principais obstáculos:

- 1- A falta de habilidade, por parte dos profissionais da saúde, para discutir decisões sobre o fim da vida com os pacientes;
- 2- A falta de um enfoque multidisciplinar a respeito do cuidado fornecido em situações terminais;
- 3- Em relação aos profissionais da saúde, a falta de informações sobre trajetórias de doenças e a falta de informações baseadas em evidência a respeito do resultado de tratamentos de suporte vital;
- 4- A indisponibilidade, para os pacientes, de informações compreensíveis necessárias para um consentimento livre e esclarecido;
- 5- A falta de compartilhamento de documentação.¹²⁹

Afirmou-se na seção anterior que a elaboração de uma legislação específica que discipline as diretivas antecipadas é de suma importância para se esclarecer questões a respeito de seus requisitos formais, limites ao seu escopo (objeto) e para orientar os critérios de aferição da capacidade mental e do pleno conhecimento pelo paciente dos riscos e possíveis consequências de sua diretiva. Uma legislação sobre o tema também poderá promover a superação dos obstáculos supracitados. Na verdade, o rompimento desses obstáculos por meio de ações asseguradas em lei é um dever do Estado, que deve buscar a efetividade dos direitos fundamentais até mesmo por meio de prestações positivas e não apenas por abstenções. Nesse sentido, discorre Ingo Sarlet:

[...] ao Estado incumbe, não além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar

¹²⁹ The SUPPORT Principal Investigators. 1995. A controlled trial to improve care for seriously ill hospitalized persons. The study to understand prognoses and preferences for outcomes and risks of treatments (SUPPORT). *Journal of the American Medical Association* 274(20): 1591–1598 *apud* KRONES, Tanja. BASTAMI, Sohaila. From Legal Documents to Patient-Oriented Processes: The Evolution of Advance Care Planning. In: LACK, Peter. Op. Cit. p. 196.

condições fáticas que possibilitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à aquisição e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.¹³⁰

A legislação poderia determinar a criação de programas de treinamento para os profissionais da saúde a respeito da comunicação sobre quadros clínicos terminais e decisões sobre o fim da vida (endereço assim o obstáculo 1).

Hoje, quando alguém sofre algum ferimento ou trauma e, por isso, cai num estado de inconsciência, existe a dependência de terceiro que leve o instrumento contendo as diretivas antecipadas ao conhecimento da equipe médica. A lei poderia impor a criação de um registro nacional eletrônico onde se arquivariam as diretivas antecipadas que seriam fornecidas aos profissionais da saúde por meio da internet, eliminando o problema do compartilhamento de documentação (obstáculo 5).

O obstáculo 3 é eminentemente técnico e de difícil equacionamento até poucos anos atrás. Porém, o advento dos algoritmos de aprendizado de máquina e redes neurais possibilitou um salto significativo na análise de dados. Some-se isso a disseminação da internet de alta velocidade e, por meio dela, a produção e o acúmulo de grandes quantidades de dados, tem-se o surgimento de inteligências artificiais capazes de prever satisfatoriamente a evolução clínica de uma doença e os resultados de tratamentos de suporte vital.¹³¹ O ideal é que a lei determine a compra deste tipo de *software* que poderá usar a ampla base de dados do SUS.

Por fim, mas não menos importante, a legislação poderia resolver o problema da indisponibilidade de informações compreensíveis aos pacientes através da instituição de um serviço gratuito de esclarecimento sobre as diretivas antecipadas e suporte para a sua elaboração.¹³²

Poder-se-ia criar a figura de um “facilitador” treinado para discutir questões de fim de vida e também avaliar a capacidade mental do estipulante das diretivas antecipadas

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. 1, 2001, p. 13.

¹³¹ Sobre o uso deste tipo de algoritmo ver NOGAROLI, Rafaella. Algoritmos de inteligência artificial na predição do quadro clínico de pacientes e a responsabilidade civil médica pela omissão de cuidados paliativos. In: Cuidados Paliativos: aspectos jurídicos. Luciana Dadalto (Org.). Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

¹³² Sobre a aplicação da decisão apoiada na formulação de diretivas antecipadas ver CHAN, Hui Yun. Advance Directives: Rethinking regulation, autonomy and healthcare decision-making. Springer, 2018. p. 103-127.

considerando o entendimento e a retenção das informações envolvidas e o sopesamento entre elas e as consequências da tomada da decisão.¹³³

O método poderia se constituir em uma entrevista semiestruturada no qual o estipulante poderia esclarecer suas diretivas, o que evitaria obscuridades e contradições além de evitar diretivas vagas. O apoiador poderia remetê-lo a várias situações clínicas diferentes possibilitando a formulação de diretivas antecipadas específicas.

A instituição deste tipo de apoio possibilitaria que menores de dezesseis anos formulassem suas diretivas sem recorrer ao judiciário e daria um grande subsídio às pessoas com deficiência intelectual.

Sustenta-se que tal procedimento deveria ser requisito de validade das diretivas antecipadas. Ele garantiria à equipe médica estar cumprindo a vontade real do paciente, manifestada de forma livre de coações. Também resolveria o problema dos instrumentos particulares forjados.

Certamente, isso implica uma forma de paternalismo fraco,¹³⁴ contudo, já se sustentou anteriormente que o princípio da autonomia privada se aplica também a situações jurídicas existenciais. Nesse caso não se decide pela pessoa, apenas se determina um procedimento.

Estudos sobre programas de diretivas antecipadas¹³⁵ mostraram que se obtém maior sucesso quando a conversa é iniciada por um médico especialmente treinado para isso ou por um “facilitador”, seja uma enfermeira ou assistente social. O condado de La Crosse, Wisconsin, EUA, implementou um programa de diretivas antecipadas, onde 90% dos pacientes têm uma diretiva. A sua documentação está contida no prontuário em 99,4% dos casos e não há notícias sobre o descumprimento das diretivas.¹³⁶ Tudo isso mostra a importância de um processo centrado no paciente.

CONCLUSÃO

¹³³ ALBUQUERQUE. Op. Cit. p. 62.

¹³⁴ Ver SIMON, Alfred. Historical Review of Advance Directives. In LACK, Peter et al (org.). Op. Cit. p. 14

¹³⁵ WILSON, Kent S. SCHETTLE, Sue A. 2012. Honoring choices Minnesota: A metropolitan program underway. In *Having your own say. Getting the right care when it matters most*, ed. Bernard J. Hammes, 41–56. Washington, DC: CHT Press. *apud* KRONES, Tanja. BASTAMI, Sohaila. From Legal Documents to Patient-Oriented Processes: The Evolution of Advance Care Planning. In: LACK, Peter. Op. Cit. p. 197.

¹³⁶ HAMMES, Bernard J. ROONEY, Brenda L. GUNDRUM, Jakob D. 2010. A comparative, retrospective, observational study of the prevalence, availability, and specificity of advance care plans in a county that implemented an advance care planning microsystem. *Journal of the American Geriatrics Society* 58(7): 1249–1255 *apud* KRONES, Tanja; BASTAMI, Sohaila. From Legal Documents to Patient-Oriented Processes: The Evolution of Advance Care Planning. In: LACK, Peter. Op. Cit. p. 197.

Neste trabalho, iniciou-se a partir de uma breve remissão histórica sobre a origem das diretivas antecipadas a partir do conceito de *living will* desenvolvido por Kutner nos anos sessenta como uma resposta à crescente obstinação terapêutica que tem mantido pacientes vivos sem nenhuma consciência e, não raro, contra a sua vontade, além de realizar procedimentos invasivos que por vezes não trazem benefícios em situações de fim de vida.

Conclui-se que o conceito de diretivas antecipadas é um conceito em evolução e que hoje não se aplica apenas em situações de fim de vida mas também nos cuidados de saúde mental em que podem constituir um plano de cuidado antecipado. Conclui-se também que o procurador de saúde não é uma espécie de diretiva antecipada uma vez que a decisão é de terceiro, heterônoma.

A análise do valor intrínseco e inviolável da vida humana, consubstanciado no ordenamento jurídico brasileiro no sobreprincípio da dignidade humana, e seu aspecto relativo ao investimento criativo humano, levou à conclusão de que o direito a formular diretivas antecipadas é um direito a autodeterminação do paciente e é fundamental, assegurado, portanto, pela Constituição.

Delinearam-se as atuais limitações ao escopo das diretivas antecipadas como as vedações à eutanásia e a recusa de tratamentos de salvamento da vida em relação a doenças curáveis e quadros clínicos reversíveis.

Em seguida, considerou-se que a capacidade para formular diretivas antecipadas deve seguir uma avaliação de capacidade mental ou decisional baseada em uma abordagem funcional que considere o processo de tomada de decisão e não apenas seu resultado. Tal abordagem permitirá que um maior número de pessoas, até mesmo adolescentes menores de dezesseis anos, formulem suas diretivas e implica na consideração de que a decisão substituta é o último recurso, deve-se aplicar apoio antes de tal medida.

Por fim, a partir da atual concepção sobre os direitos fundamentais que não se limitam a direitos de defesa contra a atuação indevida do Estado, mas engloba direitos a prestações como *conditio sine qua non* para a aquisição e manutenção das liberdades fundamentais; conclui-se que o Estado pode e deve promover a efetividade das diretivas antecipadas mediante previsão legislativa que possa contribuir para a sua operatividade por meio de políticas públicas que levem em conta obstáculos e soluções evidenciados na experiência estrangeira.

A questão é relevante e vários países já legislaram sobre o tema.¹³⁷ É chegada a hora de o legislativo se manifestar e de se sedimentar as diretivas antecipadas na experiência brasileira.

¹³⁷ A Argentina e o Uruguai legislaram sobre o tema em 2009. A Espanha tem legislação desde 2002 e Portugal desde 2012. ARGENTINA. Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado. Octubre 21 de 2009. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>. Acesso em: 17/02/2022. ESPANHA. Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Reguladora: e la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>. Acesso em: 16/02/22. PORTUGAL. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/25-2012-179517>. Acesso em: 17/02/2022. URUGUAY. Ley n.º 18473. Regulacion de voluntad anticipada en tratamientos y procedimientos medicos que prolonguen la vida en casos terminales. 21/04/2009. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18473-2009>. Acesso em: 17/02/22.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. Capacidade jurídica e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARGENTINA. Derechos del paciente, historia clinica y consentimiento informado. Octubre 21 de 2009. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>. Acesso em: 17/02/2022.

ARIÈS, Philippe. **História da morte no Ocidente**: da Idade Média aos nossos dias. Tradução: Priscila Viana de Siqueira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.
BENZENHÖFER, Udo. HACK-MOLITOR, Gisela. Luis Kutner and the development of the advance directive (living will). Wetzlar, 2009. Disponível em: <https://d-nb.info/1095663763/34>. Acesso em: 21/01/2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/02/2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Arts. 124-127. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08/02/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08/02/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16/02/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 16/02/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. ADPF 618. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5769402>. Acesso em: 14/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário 1.212.272 Alagoas. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. 24/10/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral11062/false>. Acesso em: 14/02/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APELAÇÃO CÍVEL 0712619-82.2019.8.07.0001 APELANTE(S) JESSICA PRISCILA INACIO DOS SANTOS APELADO(S) ASSOCIACAO DAS PIONEIRAS SOCIAIS Relatora Desembargadora VERA ANDRIGHI Acórdão Nº 1251296. Diário da Justiça Federal Eletrônico | Jun / 2020 | JRP\2020\1969457.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 595000373. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em: 28.3.1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível no 70054988266. Relator: Des. Irineu Mariani. Primeira Câmara Cível. Julgado em 20 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 16/02/2022.

CHAN, Hui Yun. **Advance Directives: Rethinking regulation, autonomy and healthcare decision-making**. Springer, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.805/2006. Diário Oficial da União, Brasília, 28 nov. 2006. Seção 1, p. 169. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 15/02/2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2056/2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2056>. Acesso em: 15/02/2022.

DADALTO, Luciana. **Cuidados Paliativos: aspectos jurídicos**. Luciana. (Org.). Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Tradução: Pola Civelli. 1ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. Disponível em: <https://filosoficabiblioteca.files.wordpress.com/2020/04/eliade-mircea-mito-e-realidade-1.pdf>. Acesso em: 20/01/2022.

ESPAÑA. Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Reguladora: e la autonomia del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>. Acesso em: 16/02/2022.

ESTADOS UNIDOS da AMÉRICA. H.R.5067 - Patient Self Determination Act, de 5 de novembro de 1990. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/5067/text>. Acesso em: 22/01/2022.

ESTADOS UNIDOS da AMÉRICA. Suprema Corte do estado de Nova Jersey. Sentença. Recorridos: estado de Nova Jersey, condado de Morris, Hospital de Santa Claire. Relator: Hughes. 31 de março de 1976. Disponível em: https://web.archive.org/web/20170517035155/http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/In_Re_Quinlan.pdf. Acesso em: 21/01/2022.

EUROPA. Conselho da Europa. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. 4 de Abril de 1997.

FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). **DIREITO CIVIL: Atualidades II**. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HERÓDOTO. **Histórias**. Tradução: J. Brito Broca. 3ª ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2019.

JOYCEANE, Bezerra de Menezes (Org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e Lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

KASIMAR, Yale. **Some non-religious views against proposed “mercy-killing” legislation**. Minnesota Law Review, vol. 42, n. 6, p. 969-1042, maio, 1958. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3587&context=mlr>. Acesso em: 16/01/2022.

KUTNER, Luis. **Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal**. Indiana Law Journal, vol. 44, n. 4, p. 539-554. 1969. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj>. Acesso em: 05/12/21.

LACK, Peter. BILLER-ANDORNO, Nikola. BRAUER, Susanne (Org.). **Advance Directives**. 1ª ed. Springer, 2014.

LÜPKER-SCHWARZ, Marc. 1933: Nazistas aprovam Lei contra doenças hereditárias. Deutsche Welle, 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1933-nazistas-promulgam-lei-para-prevenir-doen%C3%A7as-heredit%C3%A1rias/a-16938199>. Acesso em: 21/01/2022.

PLATÃO. **A República**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

PORTUGAL. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/25-2012-179517>. Acesso em: 17/02/2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SOUZA, Iara Antunes de. (Org.). Direito e medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. São Paulo: Editora Foco, 2018.

SANTOS, Lenir. **A natureza jurídica pública dos serviços de saúde e o regime de complementaridade dos serviços privados à rede pública do Sistema Único de Saúde**. Ensaio • Saúde debate 39 (106) Jul-Sep 2015. Scielo. Disponível em: [https://www.scielo.org/article/sdeb/2015.v39n106/815-829/pt/#:~:text=Por%20isso%2C%20o%20servi%C3%A7o%20de,CF%20\(BRASIL%2C%201988\)](https://www.scielo.org/article/sdeb/2015.v39n106/815-829/pt/#:~:text=Por%20isso%2C%20o%20servi%C3%A7o%20de,CF%20(BRASIL%2C%201988)). Acesso em: 15/02/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. 1, 2001.

URUGUAY. Ley n° 18473. Regulacion de voluntad anticipada en tratamientos y procedimientos medicos que prolonguen la vida en casos terminales. 21/04/2009. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18473-2009>. Acesso em: 17/02/2022.

Verbetes: autonomia. Dicionário Michaelis online, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=autonomia>. Acesso em: 10/02/2022.

Voluntary Euthanasia (Legalisation) Bill HI. Hansard, 2022. Disponível em: [https://hansard.parliament.uk/lords/1936-11-04/debates/317f1417-a188-46cc-a984-a06850abda09/VoluntaryEuthanasia\(Legalisation\)BillHI](https://hansard.parliament.uk/lords/1936-11-04/debates/317f1417-a188-46cc-a984-a06850abda09/VoluntaryEuthanasia(Legalisation)BillHI). Acesso em: 22/01/2022.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo.** Tradução: José Marcos Mariani de Macedo. 1a ed. São Paulo: Companhia das letras, 2004.