



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO



OTTON CÁSSIO RIBEIRO BARBOSA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A LEGITIMAÇÃO DA AUTONOMIA E
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO FIM DA VIDA

SÃO PAULO

2019

OTTON CÁSSIO RIBEIRO BARBOSA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A LEGITIMAÇÃO DA AUTONOMIA E
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO FIM DA VIDA

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Direito de São Paulo da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo

SÃO PAULO

2019

OTTON CÁSSIO RIBEIRO BARBOSA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A LEGITIMAÇÃO DA AUTONOMIA E
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO FIM DA VIDA

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Marcelo Marinelli
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Fabrício Favero
Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: A LEGITIMAÇÃO DA AUTONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO FIM DA VIDA

ADVANCE DIRECTIVES: THE LEGITIMATION OF AUTONOMY AND HUMAN DIGNITY AT THE END OF LIFE

Otton Cássio Ribeiro Barbosa*

SUMÁRIO: *1 Introdução 2 Origem 3 Autonomia e dignidade no contexto da terminalidade da vida 4 As DAV's no Brasil 5 A disposição da ortotanásia em diretivas antecipadas de vontade 6 A criogenia como manifestação de última vontade 7 Considerações finais Referências.*

Resumo

As primeiras impressões sobre Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs) foram introduzidas no mundo jurídico como uma contrapartida aos avanços tecnológicos no campo da medicina, assim como aos tratamentos agressivos empregados ao paciente em estado terminal, como forma de postergar a sua morte. Como veremos adiante, o eixo principal deste instrumento jurídico é a preservação da dignidade humana, e também da garantia do exercício da autonomia do titular, o paciente. Este artigo tem como propósito explorar a legitimação das diretivas antecipadas de vontade, assim como suas correlações com a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia e a criogenia, os seus benefícios e limites jurídicos, analisando ainda a sua aplicabilidade e eficácia em outros países, a fim de contribuir para a discussão da necessidade de norma regulamentadora para que haja sua efetiva aplicação no Brasil.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de Vontade. Testamento Vital. Ortotanásia. Criogenia. Autonomia pessoal. Dignidade da pessoa humana

* Graduando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. oc_ribeiro@hotmail.com

ABSTRACT

The first impressions on Advance Directives were introduced in the legal world as a counterpart to the technological advances in the field of medicine, as well as the aggressive treatments employed to the terminally ill patient as a way to postpone his death. As we will see later, the main axis of this legal instrument is the preservation of human dignity, and also the guarantee of the exercise of the autonomy of the holder, the patient. The purpose of this article is to explore the legitimacy of anticipated directives of will, as well as their correlations with euthanasia, dysthanasia, orthothanasia and cryogenics, their legal benefits and limits, and their applicability and effectiveness in other countries. in order to contribute to the discussion of its effective application in Brazil.

Keywords: Advance Directives. Living will. Orthothanasia. Cryogenics. Personal autonomy. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

Quando falamos em Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV's), estamos falando sobre um gênero de documento cujo principal objetivo é a expressão da manifestação de vontade do paciente acerca dos cuidados e procedimentos médicos a serem observados nos momentos finais de sua vida. Pode ele ser elaborado, alterado, ou ainda revogado a qualquer tempo pelo seu titular, desde que maior de idade e plenamente consciente, quando da prática do ato.

Trata-se de gênero porque se divide em duas espécies: o Testamento Vital (*Living Will*), documento por meio do qual o paciente dispõe sobre os tratamentos que aceita ou não submeter-se, e a Procuração para Cuidados de Saúde (*durable power of attorney for health care*), também conhecida como Mandato Duradouro, cuja finalidade é nomear um representante para decidir e tomar providências em relação ao paciente, quando este estiver impossibilitado de se manifestar. As Diretivas antecipadas de Vontade, portanto, nada mais são que a reunião dos outros dois documentos, o Testamento Vital e o Mandato Duradouro, onde o titular ainda pode dispor sobre outros desejos como: doação ou não de órgãos e tecidos, destinação do próprio corpo para fins de pesquisa científica, dentre outros,

mostrando-se, portanto, como um instrumento mais completo sobre o que se propõe.

É importante, neste momento, esclarecer a diferença entre o testamento vital e o testamento civil, entre os quais inexistem qualquer relação. O testamento vital, que compõe as diretivas antecipadas de vontade, contempla, via de regra, disposições referentes a atos *anteriores* à morte, daí a relevante diferença para com o testamento civil, que, consentâneo ao artigo 1.857 do Código Civil, trata-se da disposição dos bens patrimoniais/não patrimoniais do indivíduo, que produz efeitos somente *após* a morte do testador. Por óbvio, antes da morte o documento não gera efeitos, e sequer vincula o testador ao negócio, podendo ele ser alterado ou revogado a qualquer tempo, conforme o previsto no artigo 1.858 do mesmo dispositivo legal.

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. [...]

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

Se analisarmos os elementos que constituem esses dois institutos, devemos delimitar seus respectivos objetos, visto que a produção de efeitos de cada um relaciona-se a finalidades totalmente distintas, o que nos permite concluir que, na ciência do direito, o testamento vital não está contido no conjunto dos objetos tratados pelo testamento civil (*causa mortis*) tratado no direito das sucessões, embora a nomenclatura possa gerar este equívoco.

2 ORIGEM

As primeiras impressões sobre as DAV's surgiram no mundo jurídico como uma contrapartida aos avanços tecnológicos no campo da medicina, assim como aos tratamentos agressivos empregados

ao paciente em estado terminal na tentativa de postergar a sua morte.

Nos Estados Unidos, as Diretivas Antecipadas foram regulamentadas em 1991 pelo *Patient Self Determination Act (PSDA)*, que pode ser considerado, como

nos explica Luciana Dadalto¹, a “primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente” e que, de modo importante para o estudo dogmático da questão, estabeleceu as *DAV's* como “gênero de documentos de manifestação da vontade para tratamentos médicos”. Dispunha esta Lei, de forma enfática, que os hospitais, instituições de longa permanência e outras do gênero, teriam a obrigação legal de desenvolver diretrizes escritas em relação à matéria, assim como deveriam orientar os profissionais de saúde sobre a questão, bem como questionar o indivíduo que ingressa na instituição se ele já possui *DAV*, se não informá-lo de que teria o direito de elaborá-la.

É de se observar, todavia, a despeito de ser uma norma Federal, que o *PSDA* coexiste, nos Estados Unidos, com outras 35 leis estaduais sobre testamento vital, cada uma delas com suas respectivas peculiaridades quanto à definição do que vem a ser um paciente terminal, conceito altamente relevante para o estabelecimento das diretrizes pertinentes à execução das diretivas antecipadas de vontade.

Na Europa, o tema veio a debate um pouco mais tarde. Na Alemanha, por exemplo, a figura jurídica equivalente às *DAV's* é chamada de *Patientenverfügungen*, traduzido, com muita liberdade, para Diretrizes Antecipadas de Vontade, que, inclusive, estão positivadas no Código Civil Alemão desde 1º de setembro de 2009, quando do aditamento dos §§ 1901a-1904, cujos conteúdos podem ser assim resumidos: (1) Se uma pessoa maior e capaz houver declarado, por meio de documento escrito, quanto à aceitação ou a vedação de futuros exames, tratamentos ou intervenções médicas, na hipótese de superveniente causa incapacitante para [nova] declaração de vontade, deve-se certificar que a declaração [prévia] está em conformidade com a situação atual do declarante e com o tratamento [a que ele se submete]. Essa declaração, independentemente [de requisito] de forma, pode ser revogada a todo tempo. (2) Não existindo declaração do paciente ou, na hipótese de existir, se esta não se mostrar conforme a sua situação atual ou com seu tratamento, deve-se atuar para que sua vontade seja observada, ainda que presumida. A vontade presumida há de ser objeto de aferição consoante a critérios concretos, observando-se manifestações ou escritas, além de suas convicções religiosas, pessoais ou étnicas. (3) As regras informadas nos itens 1 e 2 não se invalidam ou mitigam por efeito da qualidade ou do estado da moléstia

¹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4. ed. São Paulo: Foco, 2018.

do declarante. (1) Os procedimentos médicos deverão ser avaliados pelo médico, observando-se a situação do paciente e seu prognóstico. (2) Para fins de aferição da vontade [real] ou presumida do paciente, é de se admitir que os parentes ou as pessoas que lhes sejam próximas tenham o direito de se manifestar, sob condição de que essa atuação não implique a postergação do tratamento por tempo considerável.

No exemplo da Alemanha, diferentemente dos EUA, pode-se notar uma dilatação do âmbito de incidência da vontade do paciente acerca dos tratamentos e procedimentos futuros. Não obstante, a positivação dessa matéria foi objeto de incessantes debates no parlamento alemão, que resultaram no projeto de lei que consolidou-se com a inserção do dispositivo no Código Civil daquele país.

Em 2010, o Tribunal Federal Alemão (equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça) legitimou, indiretamente, os dispositivos §§ 1901a-1904 do Código Civil, ao julgar um acórdão referente à matéria (*BGH2 StR 454/09*, de 25.6.2010), fundamentando que as *Patientenverfügungen* possuem o papel de preservar a autodeterminação do paciente, além de que, com a nova legislação civil, o quadro normativo alterou-se, sensivelmente, em face de decisões anteriores sobre o tema.

É importante assinalar aqui que, em outros países como Portugal², Espanha³, Argentina⁴ e Uruguai⁵, já há leis que regulamentam o assunto, assim como no Japão, onde já é comum a redação de uma escritura pública entre pais e filhos, e entre marido e mulher, com o objetivo de estabelecer diretrizes sobre os momentos finais da vida.⁶E, nos casos em que isto ocorre, todos os procedimentos médicos tornam-se vinculados ao que foi decidido pelo paciente.

3 AUTONOMIA E DIGNIDADE NO CONTEXTO DA TERMINALIDADE DA VIDA

² PORTUGAL. **Lei n. 25/2012, de 16 de julho**. Regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) – Testamento vital. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1765A0016&nid=1765&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

³ ESPANHA. **Lei 41/2002, de 14 de novembro**. Básica reguladora de 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: 22 abr. 2019.

⁴ A “Lei da Morte Digna” alterou a redação da Lei n. 26.529.

⁵ URUGUAI. **Lei nº 18.473 de 3 de abril de 2009**. Voluntad anticipada se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y se establece su alcance. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/legislacao/uruguai/>>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁶ PATIÑO, Ana Paula Corrêa. **Limitações ao direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 95. 2005.

Em consideração ao princípio da autonomia, o Código de Ética Médica dispõe que incumbe ao médico o direito de indicar o procedimento que ele entender o mais adequado ao caso do seu paciente, sem, entretanto, valer-se de sua autoridade para limitar o direito do paciente decidir livremente sobre a sua própria vida e seu bem-estar (*art. 24, capítulo IV*), sempre respeitando o direito de livre decisão dele sobre a execução de práticas terapêuticas, salvo na hipótese de iminente perigo de vida (*art. 31, capítulo V*), como podemos observar nos dispositivos citados:

[...] É vedado ao médico:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. [...]

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

A *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, adotada pela UNESCO na Conferência Geral de 2005, reconhece a correlação existente entre ética e direitos humanos no domínio específico da bioética⁷, ao consagrá-la entre os direitos humanos internacionais e, ao garantir o respeito pela vida dos seres humanos. Sobre esta declaração, merecem destaque os arts. 5º e 6º, que tratam da autonomia do paciente para consentir, ou não, com o tratamento sugerido pelo seu médico:

Art. 5º. Autonomia e responsabilidade individual

A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.

Art. 6º. Consentimento

1. Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.

⁷ UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos** (2006). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2019.

É ocorrência inerente à rotina dos médicos ter que tomar decisões, considerando o que é melhor para o paciente, quando ele não consegue mais manifestar seus desejos. A própria literatura médica assegura que eventuais divergências entre o profissional de saúde e o doente podem provocar um prolongamento da vida a qualquer preço, além de uma confusão moral entre os profissionais, o paciente e a família, fatores que contribuem para um alongamento da intervenção médica que em nada beneficia o enfermo. Diante desse contexto, as diretivas antecipadas de vontade podem ser consideradas uma proeminente forma de se estender a autonomia do paciente, quando este incapacitado estiver.

Quando falamos em autonomia, vale ressaltar, que não estamos nos referindo àquela autonomia kantiana, formal ou canônica, mas sim àquela num sentido claramente deontológico, mais distinto.

Isto posto, deve-se considerar que hoje é o usuário quem define, e quem definirá no futuro, qual a sua necessidade de saúde, o que pode levar a qualquer tipo de arbitrariedade, quando, por exemplo, houver solicitação nitidamente irracional por parte do paciente, que pode lhe causar frustração e, ainda, contrariar as técnicas do profissional de saúde.

No desejo do paciente em querer “controlar a sua morte”, é importante analisarmos se esse desejo é baseado em uma compreensão em relação ao processo da morte, ou se ao medo que ela gera. Da mesma forma, deve ser observado se o enfermo está em busca do controle de sua doença ou de compaixão, tendo em vista que a negociação não nega o exercício da autonomia do paciente, mas, gera uma visão mais esclarecida que a que constitui uma ação autônoma e autêntica.

Ante o exposto, pode-se notar que a autonomia da vontade fica evidenciada como um pressuposto essencial à realização dos atos que conferem a garantia do paciente terminal em ter sua vontade final atendida. De acordo com este princípio, deve ser respeitada a capacidade de decisão do ser humano, de forma que possa decidir por si só a solução que lhe pareça mais eficaz. A maior demonstração de respeito à autonomia do paciente é a obtenção do seu consentimento para a realização de qualquer ato médico, ao passo que lhe seja esclarecida a natureza de sua doença, assim como os riscos aos quais está sujeito, e ainda os procedimentos e tratamentos recomendados ao seu caso.

Em síntese, verificamos que o respeito à autonomia e à autodeterminação pessoal são a base para a suspensão de esforço terapêutico dos usuários dos serviços de saúde. Por suspensão de esforço terapêutico deve-se entender a interrupção de uma terapia já iniciada, ou daquela que sequer iniciou-se, como por exemplo: não ressuscitar nos casos de parada cardiorrespiratória, não submeter o doente à ventilação mecânica e alimentar e hidratar artificialmente o enfermo contra a sua vontade. Esta suspensão pode ser solicitada no momento da ocorrência, ou manifestada previamente em diretivas antecipadas.

Os médicos e os demais profissionais de saúde têm o dever de respeitar a autonomia do doente, inclusive para lhe dar alta "a pedido", deixando que a morte ocorra no local onde preferir, no tempo e em companhia de quem o doente quiser. O usuário dos serviços de saúde tem o direito de estar só e de morrer só, de estar acompanhado e de morrer entre os seus.

Isso quer dizer que a omissão de tratamentos médicos a pedido ou por recusa do doente não constitui crime, nem pode ser chamado de eutanásia passiva, e muito menos de homicídio a pedido da vítima. Muito pelo contrário, não respeitar o direito de morrer, é desrespeitar o direito à autodeterminação, podendo caracterizar-se como constrangimento ilegal, abuso de poder e até mesmo lesão corporal, consonante à opinião de Claus Roxin:

[...] Se o paciente recusa a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixá-lo morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento.⁸

Em outras palavras, o dever de cuidado, que decorre da relação do paciente com o seu garante, seja ele médico ou não, cessa com a oposição ao cuidado, feita autonomamente pelo doente ou seu representante legal: pais, tutor, curador ou um procurador designado em diretivas antecipadas.

Nesse sentido, deve-se entender que o dever do médico de salvar vidas não se traduz em salvá-la a qualquer custo, mas sim, garantir a dignidade do doente, tratando-o como pessoa, e não como instrumento de uma terapêutica inútil que lhe causa mais dores e sofrimentos, ocasionando uma distanásia, prática através da

⁸ ROXIN, Claus. **A tutela penal da vida humana**. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005.

qual se prolonga, por meios artificiais e desproporcionais, a vida de um doente incurável.

Em explicação semelhante, o jurista espanhol José Maria Mata diz que:

Considerar a vida como um bem jurídico protegido até mesmo contra a vontade do próprio indivíduo é um aberrante ultraje à Constituição [espanhola] [...]. O direito a uma vida digna passa pela disponibilidade do indivíduo sobre seu destino, ou direito à autodeterminação. Neste sentido, a disponibilidade da vida permite recusar tratamentos médicos, ainda que salvadores, pois o direito à integridade física, previsto no artigo 15 da Constituição Espanhola, deve ser considerado como um direito a inviolabilidade do próprio corpo, tanto quanto a ferimentos provocados por quem deseje machucar, como também contra qualquer intervenção não consentida, neste caso incluída a assistência médica contra a vontade do paciente, quaisquer que sejam suas razões.⁹

O sistema jurídico brasileiro assegura o direito de viver e, dentro de uma aparente contradição, não reconhece formalmente o direito de morrer, o que já levou a doutrina jurídica a afirmar equivocadamente que não há esse direito em nosso ordenamento. Viver a vida com autonomia é um direito potestativo, podendo, portanto, ser exercido sem qualquer anuência de terceiros; ninguém precisa de licença de outrem para viver a sua própria vida, e ninguém, nem mesmo o Estado (com exceção da cominação de pena de morte), pode impor qualquer restrição a esse direito, razão pela qual é chamado de supremo. A mesma lógica, entretanto, é negligenciada quando tratamos da morte como um direito desinente do direito à vida.

A Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil, elenca, em seu artigo 7º, a autonomia da vontade do paciente como pressuposto de defesa de sua integridade física e moral, como vemos:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...]
III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; [...]

⁹ ANTONIO, José Maria Mata de. Los testamentos vitales frente al Código Penal. Una nueva visión de la eutanasia [traduzido]. **Acciones e Investigaciones Sociales**, v. 17, p. 9-64, jun. 2003.

Ainda analisando os preceitos principiológicos constitucionais nesse contexto, a dignidade da pessoa humana pode ser traduzida como uma consciência do seu próprio valor, um modo de proceder que inspira respeito, honradez, que independe de qualquer pressuposto estatal para que seja legitimada.

É importante observarmos aqui, que, antes da constituição vigente, o Brasil já havia sofrido com um governo marcado pelo desprezo do ser humano, época em que milhares de pessoas foram maltratadas simplesmente por não serem adeptas à ideologia e aos propósitos então predominantes. Sendo assim, ao positivar a dignidade da pessoa humana como fundamento essencial, o Estado reconhece a primazia do ser humano como titular de direitos e deveres, tornando-o o centro e o fim de todo o regramento jurídico.

O zelo pela dignidade humana é um bem supremo, soberano e essencial cultivado pela Constituição Federal de 1988, pois trata-se de uma prerrogativa básica, de valor máximo e absoluto, sendo certo afirmar que a ofensa a este princípio se tornou um impedimento irremovível. Todavia, nos ocorre que nem a Carta Magna, ou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e tampouco qualquer outro documento internacional conceitua o que é dignidade da pessoa humana, ficando, portanto, a responsabilidade desta tarefa para os juristas, doutrinadores e tribunais de todo o mundo.

Partindo de um viés filosófico, Kant, brilhantemente, explica que a dignidade do ser humano baseia-se no caráter racional da pessoa, tornando-a digna por natureza, pelo simples fato de ter nascido com vida. A dignidade, neste contexto, não pode ser vista como uma concessão estatal, mas, uma qualidade que o ser humano possui, sem que seja necessária qualquer condição prévia para o seu gozo. Logo, deduz-se que, se a dignidade humana é atributo da pessoa e não uma permissão do Estado, pouco nos interessa se determinado ordenamento jurídico a reconhece ou não.

Nesta mesma linha de pensamento, encontramos José Afonso da Silva:

[...] Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não

admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha-se e se confunde com a própria natureza do ser humano.¹⁰

Respalhando-se nessas explicações, podemos deduzir que, ainda que a expressão dignidade humana admita múltiplos significados, todos eles possuem um mesmo embasamento em comum, qual seja a proteção dos direitos básicos dos seres humanos, que tem a liberdade como um dos seus pilares que sustentam a prerrogativa da autonomia dos indivíduos. É ela, afinal, que permite às pessoas praticar inteiramente os seus direitos essenciais, pelo simples fato de terem sido concebidas com vida.

4 AS DAV'S NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, já em seu artigo 1º, estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, elevando-a ao status de norma rainha dos direitos fundamentais. Essa posição é corroborada pelo art. 5º, *caput*, II e III, quando enaltece o direito à vida, à liberdade, à autonomia pessoal e proíbe qualquer tratamento desumano ou degradante.

Além das disposições constitucionais, o nosso Código Civil auxilia no estudo do tema, especialmente em seus artigos 11 e 15, ao vedar a submissão compulsória do indivíduo a tratamentos ou intervenções médicas quando houver risco de morte, dispondo ainda que esta prerrogativa constitui-se em caráter irrenunciável.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

[...] Art.15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

A propósito, e também para a devida comparação com o art. 15 do Código Civil, o Código Penal Brasileiro também tratou do tema:

Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. [...]

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007..

§ 3º Não se compreendem na disposição deste artigo:

I- a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

As exceções feitas nesse parágrafo terceiro significam que o médico não está obrigado a tomar essa medida. Mas, se a tomar, não praticará crime, o que demonstra um resquício do paternalismo - o médico decide - inerente à época da elaboração do Código Penal, em vigência desde 1942.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil manifestou-se sobre a matéria somente em 2012, através da edição da Resolução n. 1.995, onde já inicia com o seguinte enunciado:

[...] O Conselho Federal de Medicina resolve:

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 as suas diretivas antecipadas de vontade (grifo nosso).

Percebe-se ante o exposto, o quão embrionárias são as disposições acerca da matéria aqui no Brasil, quando comparamos às legislações alienígenas aqui já citadas. Deste modo, vemos que a atual estrutura normativa brasileira gera uma grande insegurança jurídica, visto que, independentemente de sua conduta, o profissional de saúde pode tornar-se passível de sofrer eventuais punições, seja na esfera administrativa, cível ou penal.

Vale ressaltar ainda que, embora já haja a aplicação do instituto das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, ela se dá através da interpretação de leis esparsas do nosso ordenamento jurídico, que possibilitam a adoção da medida, entretanto, a sua fundamentação prática, e até conceitual, precisa, o quanto antes, ser positivada na nossa legislação de forma clara e definitiva.

5 A DISPOSIÇÃO DA ORTOTANÁSIA EM DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Embora ainda haja confusão entre os termos, há grande diferença entre a ortotanásia e a eutanásia. Esta é oriunda de duas palavras gregas, *eu* que significa bem ou boa, e *thanatos* que quer dizer morte. Logo, em sentido literal nada mais é que “boa morte”, a morte humanizada, piedosa e com dignidade, quando um terceiro intervém para que ela ocorra, a fim de extinguir o sofrimento do enfermo irremediável. A expressão foi usada pela primeira vez no Séc. XVII pelo filósofo francês Francis Bacon, em sua obra *Historia vitae et mortis*, ao prescrevê-la como o tratamento mais adequado para as doenças incuráveis.

Por outro lado, a ortotanásia refere-se ao ato de proporcionar ao paciente terminal a possibilidade de suspender o seu tratamento - por vezes, apenas paliativo - para que sua morte ocorra naturalmente, sem que seja necessária, portanto, uma atitude comissiva que provoque o seu fim, como diz o significado do próprio termo “morte no tempo certo”. Partindo desta lógica, dispunha Hipócrates¹¹ que “o médico deve curar quando possível, aliviar quando necessário e consolar sempre - em outras palavras - quando não há mais nada a fazer sob o aspecto médico”.

Guilherme Nucci, em seus ensinamentos acerca do assunto, explica que a ortotanásia ocorre quando:

[...] deixa o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina, ao que acrescentamos: quando esses remédios ou medidas já não representam benefício para o paciente.¹²

Já a Doutora Patrícia Roguet, advogada e autora do artigo *Ortotanásia: a morte no tempo certo*¹³, discorre de forma didática a respeito do tema, ao dispor que:

Diante de um paciente terminal¹⁴, há três opções de conduta: a) apressar o fim, mediante conduta ativa ou passiva de interrupção da vida; b) prolongar a

¹¹ FRAZÃO, Diva. Hipócrates. Médico grego. **Ebiografia**, 30 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.ebiografia.com/hipocrates/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

¹² NUCCI, Guilherme. **Código Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 370-2.

¹³ TANAKA, Sonia Yuriko Tanashiro; ROGUET, Patricia; SONNENBURG, Solveig Fabienne *et al.* Ortotanásia: a morte no tempo certo. In: Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka. (Org.). **Estudos Avançados de Biodireito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Limitada, 2014, v. 1, p. 25-47.

¹⁴ O paciente terminal difere do *paciente grave não terminal*, que é “aquele que se encontra em situação delicada do ponto de vista médico, inspirando cuidados intensivos e, por vezes, tratamentos agressivos, mas cujo sucesso é esperado para tirá-lo do risco de morte em que momentaneamente se encontra”, bem como do *paciente de mau prognóstico*, que é quem, “embora acometido por patologia sem perspectiva de cura e cujo prognóstico é previsivelmente negativo, não se encontra,

existência terminal mediante uso maciço de drogas e aparelhos, o que significa também prolongar e intensificar a agonia; c) promover cuidados paliativos, com o intuito de fazer com que os momentos finais sejam menos dolorosos, sem, contudo, aplicar os investimentos técnico-medicamentosos que visem a conservar, além do tempo natural, uma vida que não se pode mais melhorar.

A ortotanásia é método previsto na Resolução n. 1805/06¹⁵, do Conselho Federal de Medicina, na condição de procedimento ético médico. Resolução esta que motivou a propositura da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, em maio de 2007, pelo Ministério Público Federal, que alegava tratar-se de matéria legislativa sobre a qual não possuía o Conselho Federal de Medicina competência para dispor, além de alegar ser inadmissível a regulamentação, como ética, de uma conduta tipificada como crime.

Em sentença, o magistrado julgou improcedente a Ação Civil Pública (da qual não houve recurso), sob a fundamentação de que a conduta balizada pelo Conselho Federal de Medicina não se enquadraria como crime. Logo, a ortotanásia seria conduta atípica, não violando, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro. Insta ainda observar que, ao prolatar a sentença, o Juiz Federal, Roberto Luis Luchi Demo, pontua importantes distinções entre os institutos da ortotanásia (morte natural, no momento adequado), eutanásia (morte de doente terminal provocada por terceiro, por compaixão), distanásia (prolongamento artificial do estado de degenerescência) e a mistanásia (que ocorre devido à absoluta falta de infraestrutura na saúde pública, por isso chamada de eutanásia social).

A validade da Resolução 1805, do Conselho Federal de Medicina, foi reconhecida após o trâmite regular da ACP e, ainda em 2006, o órgão instituiu uma Câmara Técnica de Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos, composta por médicos e juristas, objetivando a revisão do Código de Ética Médica, que vigorava há mais de 20 anos.

todavia, em situação de morte iminente”, como, por exemplo, os portadores de Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS), para o qual não se tem prognóstico de cura, mas é possível mantê-lo com uma qualidade de vida razoável, controlando-se as manifestações da doença por um tempo considerável. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39.

¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**, de 28 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Por ser matéria relativamente nova na jurisprudência brasileira, ainda são poucas as decisões a respeito de Diretivas Antecipadas de Vontade. Em consulta ao sistema informatizado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontramos algumas decisões cujas quais tiveram demandas propostas por instituições de saúde, com o intuito de resguardar-se de possíveis implicações jurídicas oriundas da recusa de alguns pacientes, com moléstias em estado já avançado, em submeter-se a tratamentos médicos que não resultariam em cura. Isto se deve porque os pacientes ao serem cientificados sobre a sua situação diagnóstica, optaram por suspender o tratamento, a fim de garantirem uma morte natural, o que deixou muitos profissionais de saúde inseguros, levando-os a precaver-se ante eventual responsabilização criminal, administrativa e, conseqüentemente, indenizatória.

Uma dessas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que contribuiu para a obtenção de precedentes jurisprudenciais acerca do assunto, versa sobre um paciente idoso, plenamente consciente, e o seu direito de não ter o seu pé amputado, em consequência de moléstia pela qual fora acometido, e de poder “morrer para aliviar o seu sofrimento”. O Tribunal analisou a demanda como caso de ortotanásia e entendeu que “se o paciente se recusa ao ato cirúrgico mutilatório, o Estado não pode invadir essa esfera e procedê-lo contra a sua vontade, mesmo que o seja com o objetivo nobre de salvar sua vida.” O paciente dispunha de um testamento vital, no qual manifestara, claramente, o não consentimento à amputação, fato relevante, que foi considerado na fundamentação da decisão em recurso de apelação, como se observa:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.
2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.
3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a

tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Processo nº 70054988266 (CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000), Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do RS. Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013)

Alguns textos legais esparsos atuais, já possuem a previsão e autorizam a prática da ortotanásia, ainda que o termo utilizado não seja expressamente este. Não obstante, a falta de regulamentação da matéria gera insegurança e questionamentos acerca da sua legalidade.

As resoluções do Conselho Federal de Medicina neste sentido muito colaboraram para que fosse despertada a necessidade de uma atitude legislativa, visto que as resoluções possuem poder normativo restrito aos médicos vinculados ao órgão de classe, e não possuem o condão de regulamentar aspectos externos importantes do assunto. É de se refletir que, somente através de uma expressa previsão legal, como a inclusão do tema no Código Penal Brasileiro, por exemplo, poderíamos obter mecanismos que assegurassem a todos o direito a uma morte digna que garantisse ao médico que sua conduta estivesse livre de qualquer ilicitude, estando, portanto, isento de qualquer punição.

6 A CRIOGENIA COMO MANIFESTAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE

Desde os primórdios até a evolução da ciência, dos avanços tecnológicos aos tempos atuais, o cerne de todo o empenho humano objetivando a evolução sempre esteve na utopia de alcançar uma qualidade de vida intangível, na possibilidade da descoberta da fórmula da imortalidade, desafiando qualquer limite que seja transponível a fim de poder viver o máximo de tempo que lhe seja possível. É inegável que todas as discussões e pesquisas com este intuito muito contribuíram para que pudéssemos evoluir como sociedade e chegar onde estamos hoje. Na medicina, por exemplo, é notória essa evolução com as incansáveis pesquisas em

laboratórios ultramodernos que geram a fórmula de cura e combate a inúmeros males que atingem a vida e a saúde.

Para além do campo moral, filosófico, religioso e até mesmo jurídico, a disponibilidade sobre a própria vida sempre foi matéria bastante controversa e objeto de muitas discussões no mundo científico. Profissionais da área da saúde, juristas e religiosos, longe de um consenso entre si, sempre tem buscado respostas que justifiquem a admissibilidade ou oposição a qualquer técnica de prolongamento da vida.

Partindo deste ponto, torna-se evidente a busca desenfreada do homem por meios que simplesmente eliminem a morte, como se, paradoxalmente, não fosse ela parte do processo natural da vida. A contradição entre o viver e o morrer sempre faz com que seja desprezado o lado terminal da existência, por parecer ele muito sombrio ou simplesmente por não querer o homem refletir sobre o seu fim, até que seja acometido por alguma doença terminal.

Dessa forma, percebemos que ainda há um longo caminho a percorrer para se promover a cultura da responsabilidade pela própria condição de finitude, que é o que de fato distingue os que conseguem se perceber mortais dos que preferem existir mediante a negação dessa verdade.

Dentre estas inúmeras técnicas criadas como tentativa de perpetuar a vida ou, simplesmente, adiar o evento morte, está a criogenia, que consiste num delicado processo de preservar o cadáver congelado, submerso em nitrogênio líquido a uma temperatura de até -196 °C durante anos, até que uma eventual futura descoberta científica alcance o conhecimento para a ressuscitação. A técnica é semelhante a que já é utilizada hoje com embriões, quando os óvulos fecundados são submetidos a temperaturas extremamente baixas, e estima-se que, pelo menos 60% deles vingam, vindo a transformar-se num bebê¹⁶.

O que até pouco tempo atrás parecia filme de ficção científica, agora está bem mais próximo da nossa realidade. Porém, não está tão perto de nós brasileiros, visto que há apenas dois centros de pesquisa em criogenia no mundo, e ambos estão localizados nos Estados Unidos. E foi para lá que foi encaminhado, em 2012, o corpo do brasileiro Luiz Felipe, logo após a sua morte, quando uma de suas filhas, com quem convivera seus últimos trinta anos de vida, pleiteou junto ao

¹⁶ SILVA, André Luis Silva da. Criogenia. **InfoEscola**, s.d. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/ciencias/criogenia/>> Acesso em: 12 mai. 2019.

judiciário o direito ao reconhecimento das diretivas antecipadas de vontade de seu pai, manifestando seu desejo em favor do procedimento de criogenia.

Ao falecer, no ano de 2012, as filhas mais velhas do primeiro casamento de Luiz, exigiram o direito de poder sepultar o corpo de seu pai no Rio Grande do Sul, junto ao corpo de sua ex-esposa, com as devidas cerimônias que achavam pertinentes. No entanto, a filha mais nova, apresentou o desejo de seu pai de ter o seu corpo enviado para o Instituto de Criogenia de Michigan, dando início, então, à lide que abriria precedente em relação à matéria, quando julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial (*cf. ementa em anexo*).

Em primeira instância, as irmãs autoras da ação, tiveram o seu pedido julgado procedente, e o juiz autorizou o sepultamento do corpo. Em recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) reformou a sentença e determinou a continuação do procedimento de criogenia. Após essa decisão, a filha mais nova, responsável pela manifestação das diretivas antecipadas do pai, enviou o corpo ao exterior.

Passo adiante, o TJRJ, em análise de embargos infringentes, voltou atrás e restabeleceu a sentença, sob o fundamento de que, por não haver autorização expressa deixada pelo pai, em vida, não seria razoável impedir o sepultamento e permitir o procedimento de criogenia, apenas por vontade de uma das filhas. Logo a matéria virou objeto de Recurso Especial (REsp 1693718), e chegou ao STJ sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que, ao decidir sobre o recurso, esclarece que na ausência de previsão legal sobre a criogenia pós-morte, o juiz deve decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em observância ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Em sua fala, o Ministro lembra, ainda, que o nosso ordenamento jurídico contempla formas distintas de destinação do corpo humano após a morte, além do sepultamento tradicional, como a cremação, a doação de órgãos para transplante, a entrega para fins de pesquisas científicas, entre outras. Sobre suas palavras:

Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico confere certa margem de liberdade à pessoa para dispor sobre seu patrimônio jurídico após a morte, assim como protege essa vontade e assegura que seja observada. Demais disso, as previsões legais admitindo a cremação e a destinação do cadáver para fins

científicos apontam que as disposições acerca do próprio corpo estão incluídas nesse espaço de autonomia. Trata-se do direito ao cadáver.¹⁷

De acordo com o Ministro Relator, não existe no Brasil norma que proíba a submissão de corpos ao procedimento de criogenia, portanto, segundo ele, não há que falar em ofensa à moral ou aos bons costumes, já que não há a objetificação do corpo, a ponto de reduzi-lo a mero “patrimônio material”. Além disso, ele ressalta que deve-se reconhecer que o procedimento é realizado com respeito aos restos mortais, pois o corpo é acondicionado em local preservado, sem impedir a visitação de seus entes queridos, de forma que não haja exposição pública do cadáver, pois isto seria incompatível com as normas sanitárias e de saúde pública.

Em rela o às diretivas manifestadas pelo falecido, quando em vida, Bellizze, contrariando os argumentos do TJRJ, afirmou que “a legisla o brasileira não exige formalidade específica para confirmar a expressão de última vontade, podendo ser presumida pela manifesta o de seus familiares mais próximos”.

No caso em tela, o ministro ainda prossegue dizendo que, embora as partes litigantes tenham o mesmo grau de parentesco em rela o ao falecido, a filha mais nova, responsável pelo procedimento de criogenia, que conviveu com ele por mais de 30 anos  , portanto, a pessoa que melhor poderia exprimir seus desejos e convic es. Por outro lado, entendeu o relator, que as filhas mais velhas não demonstraram convivência próxima com o pai, e o pedido de sepultamento pareceu-lhe ser mais um desejo delas próprias que do falecido.

Ao decidir pela continuidade do procedimento de criogenia, o ministro Bellizze levou em considera o não são a disposi o das diretivas antecipadas de vontade do falecido, revelada por sua filha, mas também, o fato de já estar o corpo submetido ao procedimento, congelado nos Estados Unidos desde 2012 (a decisão final ocorrera em outubro de 2018), o que implica certa consolida o da situa o no tempo, motivo também levado em conta pelo colegiado para reconhecer a legitimidade do pleito da filha caçula, pela permanência do corpo no instituto de criogenia norte-americano.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n  1.693.718/RJ**. Brasília, DF, 9 out. 2017. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=88644427&num_registro=201702096423&data=20190404&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mai. 2019.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as argumentações, ideias e fundamentações teóricas aqui aduzidas estão longe da pretenciosa finalidade de resolver o complexo problema referente à autodeterminação do indivíduo, que anseia pela ordem de seu pleno desenvolvimento, como forma de legitimar o Estado democrático de Direito, assim como garantir a proteção aos direitos humanos fundamentais, que lhe são inerentes.

É cediço que a vida é, e sempre será, o nosso maior direito. E quando se fala neste direito como potestativo, podemos concluir que o gozo dele não está vinculado à obrigatoriedade do dever, logo não deve-se confundir que a vida é um direito que independe até mesmo da vontade de seu titular, uma vez que os direitos de personalidade gozam de certas prerrogativas, dentre as quais a autonomia da vontade, que devem ser sobressalentes nos casos onde a nossa legislação é omissa nas situações análogas às apresentadas neste trabalho.

O processo de terminalidade da vida pode, por muitas vezes, se dar de forma lenta, dolorosa e penosa, podendo exigir uma série de cuidados paliativos que buscam amenizar o sofrimento dos pacientes terminais. Quando saímos da perspectiva de que o homem é mero objeto do direito, e sujeito de deveres e obrigações, e passamos a enxergá-lo como um ser suscetível a toda sensibilidade, dor, angústia e sofrimento físico e emocional, causados pelo desgaste de uma falsa esperança de um tratamento médico agressivo, é que podemos perceber a necessidade de tratarmos do assunto sob uma ótica mais humanizada, que visa garantir uma morte digna àqueles que preferem não submeter-se às experiências científicas sem uma eficácia comprovada.

Visando a esta finalidade, as Diretivas Antecipadas de Vontade surgem como uma alternativa para estabelecer diretrizes que possam orientar os profissionais de saúde, e até mesmo os familiares do enfermo, num momento tão delicado e burocrático da vida, que é o fim dela. Por isso para evitar controvérsias quanto às peculiaridades materiais e formais deste instrumento, conclui-se que é latente a necessidade de norma regulamentadora da matéria para assegurar a eficácia de sua aplicabilidade, preservando a garantia do respeito à dignidade do paciente até que se dê o último suspiro.

Longe da pretensão de exaurir o tema aqui apresentado, a expectativa é que, com as constantes inovações e evoluções da nossa realidade social, o assunto

desperte o interesse de muitos outros pesquisadores, de forma que suas vozes sejam ouvidas, e o poder regulamentador do nosso país possa analisar a possibilidade legislativa desta matéria e viabilizar meios de concretizá-la, pois diante da atual omissão o que temos é uma grande lacuna, que pode ser fatal para decidir de forma compulsória quem vive e quem morre.

REFERÊNCIAS

ANTONIO, José Maria Mata de. Los testamentos vitales frente al Código Penal. Una nueva visión de la eutanasia [traduzido]. **Acciones e Investigaciones Sociales**, v. 17, p. 9-64, jun. 2003.

ARGENTINA. **Lei nº 26.529, de 21 de outubro de 2009**. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponível em: <http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026529.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.693.718/RJ**. Brasília, DF, 9 out. 2017. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=88644427&num_registro=201702096423&data=20190404&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 mai. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**, de 28 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. **Resolução nº 1.995/2012, de 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF: CFM, 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 27 set. 2018.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4. ed. São Paulo: Foco, 2018.

_____. _____. São Paulo. Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida, Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2009.

ESPAÑA. **Lei nº 41/2002, de 14 de novembro**. Básica reguladora de 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: 22 abr. 2019.

FRAZÃO, Diva. Hipócrates. Médico grego. **Ebiografia**, 30 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.ebiografia.com/hipocrates/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou Eutanásia por omissão. **Revista dos Tribunais**, v. 752, ano 87, 1998.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital, o direito à dignidade**. São Paulo: Matrix Editora; 2013.

NUCCI, Guilherme. **Código Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PATIÑO, Ana Paula Corrêa. **Limitações ao direito de recusar tratamento médico ou intervenção cirúrgica**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 95. 2005.

PORTUGAL. **Lei nº 25/2012, de 16 de julho**. Regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) – Testamento vital. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1765A0016&nid=1765&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ROXIN, Claus. **A tutela penal da vida humana**. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte Digna: o direito do paciente terminal**. 1. ed. Curitiba: Juruá; 2012.

SILVA, André Luis Silva da. Criogenia. **InfoEscola**, s.d. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/ciencias/criogenia/>> Acesso em: 12 mai. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Eutanásia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1863>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

TANAKA, Sonia Yuriko Tanashiro; ROGUET, Patricia; SONNENBURG, Solveig Fabienne *et al.* Ortotanásia: a morte no tempo certo. In: Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka. (Org.). **Estudos Avançados de Biodireito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Limitada, 2014, v. 1, p. 25-47.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos** (2006). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2019.

URUGUAI. **Lei nº 18.473 de 3 de abril de 2009**. Voluntad anticipada se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y se establece su alcance. Disponível em: <<https://testamentovital.com.br/legislacao/uruguai/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

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

ANEXO A**RECURSO ESPECIAL Nº 1.693.718- RJ (2017/0209642-3)****RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

RECORRENTE: LIGIA CRISTINA MELLO MONTEIRO

ADVOGADOS: CRISTIANE DE MEDEIROS BRITO CHAVE FROTA - RJ085056
SORAYA RIBAS SAMPAIO BARROS – RJ146178
PAULA ALEXANDRA MALGRAND PRINCIPE PESSOA –
RJ022911

RECORRIDO: CARMEN SILVIA MONTEIRO TROIS

RECORRIDO: DENISE NAZARE BASTOS MONTEIRO

ADVOGADOS: RODRIGO MARINHO CRESPO – RJ135204
ANTONIO VANDERLER DE LIMA – RJ035211
THIAGO AMORIM RODRIGUES – RJ183823**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. 1. DISCUSSÃO TRAVADA ENTRE IRMÃS PATERNAS ACERCA DA DESTINAÇÃO DO CORPO DO GENITOR. ENQUANTO A RECORRENTE AFIRMA QUE O DESEJO DE SEU PAI, MANIFESTADO EM VIDA, ERA O DE SER CRIOPRESERVADO, AS RECORRIDAS SUSTENTAM QUE ELE DEVE SER SEPULTADO NA FORMA TRADICIONAL (ENTERRO). 2. CRIOGENIA. TÉCNICA DE CONGELAMENTO DO CORPO HUMANO MORTO, COM O INTUITO DE REANIMAÇÃO FUTURA. 3. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL SOBRE O PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA. LACUNA NORMATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO DA NORMA POR MEIO DA ANALOGIA (LINDB, ART. 4º). ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO QUE, ALÉM DE PROTEGER AS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE DO INDIVÍDUO, COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO AO CADÁVER, CONTEMPLA DIVERSAS NORMAS LEGAIS QUE TRATAM DE FORMAS DISTINTAS DE DESTINAÇÃO DO CORPO HUMANO EM RELAÇÃO À TRADICIONAL REGRA DO SEPULTAMENTO. NORMAS CORRELATAS QUE NÃO EXIGEM FORMA ESPECÍFICA PARA VIABILIZAR A DESTINAÇÃO DO CORPO HUMANO APÓS A MORTE, BASTANDO A ANTERIOR MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO INDIVÍDUO. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA VONTADE POR QUALQUER MEIO DE PROVA IDÔNEO. LEGITIMIDADE DOS FAMILIARES MAIS PRÓXIMOS A ATUAREM NOS CASOS

ENVOLVENDO A TUTELA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO POST MORTEM. 4. CASO CONCRETO: RECORRENTE QUE CONVIVEU E COABITOU COM SEU GENITOR POR MAIS DE 30 (TRINTA) ANOS, SENDO A MAIOR PARTE DO TEMPO EM CIDADE BEM DISTANTE DA QUE RESIDEM SUAS IRMÃS (RECORRIDAS), ALÉM DE POSSUIR PROCURAÇÃO PÚBLICA LAVRADA POR SEU PAI, OUTORGANDO-LHE AMPLOS, GERAIS E IRRESTRITOS PODERES. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE PERMITEM CONCLUIR QUE A SUA MANIFESTAÇÃO É A QUE MELHOR TRADUZ A REAL VONTADE DO DE CUJUS. 5. CORPO DO GENITOR DAS PARTES QUE JÁ SE ENCONTRA SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA HÁ QUASE 7 (SETE) ANOS. SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA NO TEMPO. POSTULADO DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. 6. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia instaurada neste feito diz respeito à destinação do corpo de Luiz Felipe Dias Andrade Monteiro, pai das litigantes. Enquanto a recorrente busca mantê-lo submetido ao procedimento de criogenia nos Estados Unidos da América, sustentando ser esse o desejo manifestado em vida por seu pai, as recorridas pretendem promover o sepultamento na forma tradicional (enterro).

2. A criogenia ou criopreservação é a técnica de congelamento do corpo humano morto, em baixíssima temperatura, com o intuito de reanimação futura da pessoa, caso sobrevenha alguma importante descoberta médica ou científica capaz de ressuscitar o indivíduo.

3. O procedimento da criogenia em seres humanos não possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Nesses casos, para preencher a lacuna normativa sobre a matéria, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB enumera as técnicas de integração da norma jurídica, estabelecendo que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

3.1 Na hipótese, deve-se aplicar a analogia jurídica (iuris), pois o nosso ordenamento jurídico, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano após a morte em relação à tradicional regra do sepultamento, dentre as quais podemos citar o art. 77, § 2º, da Lei de Registros Públicos, que disciplina a possibilidade de cremação do cadáver; a Lei n. 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e

partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; o art. 14 do Código Civil, que possibilita a destinação do corpo, após a morte, para fins científicos ou altruísticos, dentre outras.

3.2. Da análise das regras correlatas dispostas no ordenamento jurídico, considerando a necessidade de extração da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, verifica-se que não há exigência de formalidade específica para a manifestação de última vontade do indivíduo, sendo perfeitamente possível, portanto, aferir essa vontade, após o seu falecimento, por outros meios de prova legalmente admitidos, observando-se sempre as peculiaridades fáticas de cada caso.

3.3. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, em casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo post mortem, legitima os familiares mais próximos a atuarem em favor dos interesses deixados pelo de cujus. São exemplos dessa legitimação as normas insertas nos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil, que tratam especificamente sobre direitos da personalidade, bem como no art. 4º da Lei n. 9.434/1997, que diz respeito à legitimidade dos familiares em relação à autorização para a remoção de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano para fins de transplante, dentre outras.

3.4. Nessa linha de entendimento, extraindo-se os elementos necessários à integração da lacuna normativa pela analogia, é de se concluir que, na falta de manifestação expressa deixada pelo indivíduo em vida no sentido de ser submetido à criogenia após a morte, presume-se que sua vontade seja aquela manifestada por seus familiares mais próximos.

4. Na hipótese dos autos, não obstante as partes litigantes - recorrente e recorridas - tenham o mesmo grau de parentesco com o falecido, pois todas são descendentes de 1º grau (filhas), é razoável concluir que a manifestação da filha Lígia Monteiro, ora recorrente, é a que traduz a real vontade de seu genitor em relação à destinação de seus restos mortais, visto que, sem dúvida alguma, é a que melhor pode revelar suas convicções e desejos, em razão da longa convivência com ele, que perdurou até o final de sua vida.

4.1. Com efeito, revela-se incontroverso nos autos que a recorrente conviveu e coabitou com seu pai por mais de 30 (trinta) anos, após ele ter se divorciado da mãe das recorridas, sendo a maior parte desse tempo - mais de 20 (vinte) anos - em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas).

4.2. Também é fato incontroverso que Luiz Felipe Dias de Andrade Monteiro lavrou procuração pública em favor de sua filha Lígia (recorrente), com quem residia, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes, o que indica a confiança irrestrita inerente a uma convivência duradoura entre pai e filha.

4.3. Por outro lado, as autoras da ação (recorridas) não se desincumbiram de refutar, de forma concreta, o fato de que sua irmã Lígia, por ter convivido com o genitor delas por mais de 30 (trinta) anos, teria melhores condições de traduzir sua vontade, sobretudo porque a causa de pedir está totalmente fundada no desejo delas próprias de realizar o sepultamento de seu pai em território nacional, e não na aferição da manifestação de última vontade dele.

5. Vale destacar que o corpo do genitor das litigantes já se encontra submetido ao procedimento de criogenia, no Cryonics Institute, localizado na cidade de Michigan (EUA), desde julho de 2012, isto é, há quase 7 (sete) anos.

5.1. Tal fato deve ser levado em consideração na análise do presente caso, visto que, embora legítimo o interesse das recorridas em tentar sepultar o pai em território nacional, não se pode ignorar que a situação jurídica, de certa forma, já se consolidou no tempo. De fato, negar provimento ao presente recurso especial para que o corpo seja repatriado e, posteriormente, sepultado e enterrado no Rio de Janeiro/RJ, cidade na qual as recorridas nem sequer residem, não se mostra razoável, pois, além de restabelecer o difícil sentimento de perda e sofrimento já experimentado quando do falecimento, essa situação, certamente, não teria o condão de assegurar a pacificação social almejada pelo direito.

5.2. A solução da controvérsia perpassa pela observância ao postulado da razoabilidade, porquanto, a par do reconhecimento de que o de cujus realmente desejava ser submetido ao procedimento da criogenia após a morte, não se pode ignorar, diante da singularidade da questão discutida, que a situação fático-jurídica já se consolidou no tempo, impondo-se, dessa forma, a preservação do corpo do pai da recorrente e das recorridas submetido ao procedimento da criogenia no referido instituto.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Brasília (DF), 09 de outubro de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Otton Cássio Ribeiro Barbosa,

Aluno regularmente matriculado no Curso de Direito, na disciplina de TCC II da 10ª etapa, matrícula nº 4148685-4, período noturno, turma 10º S,

tendo realizado o TCC com o título: “Diretivas antecipadas de vontade: a legitimação da autonomia e dignidade da pessoa humana no fim da vida”,

sob a orientação do Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo ,

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do TCC, informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que, caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 21 de maio de 2.019.

Otton Cássio Ribeiro Barbosa