



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

O DIREITO DE DECIDIR SOBRE A MORTE

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Lucimário de Oliveira Vale

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número do candidato: 20150251

Março de 2020

Lisboa

DEDICATÓRIA

In memoriam da minha inspiração maior e exemplo de retidão: Luiz Vieira Vale, meu pai.

Aos meus filhos, sempre tão presentes e exemplo de incentivo e de motivação, queridos Luis Artur e João Mário.

Para a minha esposa Luciana Costa Vale, à minha gratidão porque: “uma esposa exemplar, feliz de quem a encontrar! É muito mais valiosa que os rubis. Seu marido tem plena confiança nela e nunca lhe falta coisa alguma, Ela só lhe faz o bem, e nunca o mal, todos os dias de sua vida”. (PROVÉRBIOS 31:10-12).

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas experiências adquiridas a cada dia de vida.

A minha honrosa orientadora, Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, exemplo de sapiência e humildade.

À assessora da IURJ, Sra. Roberta, pelo auxílio com os trâmites académicos na Universidade Autónoma de Lisboa.

Ao Professor Doutor Luís Alves Fraga, por toda a atenção dispensada de forma diligente e até muito carinhosa ao projeto que serviu de início para o presente trabalho.

Aos meus pacientes de cirurgia geral e da emergência com quem aprendo ser melhor a cada dia.

RESUMO

Trata-se do estudo dos institutos que levam a discussão sobre a existência de um direito à decisão sobre a própria morte. Em estudo comparativo entre os institutos no Brasil e em Portugal, com menção a esses mesmos e a outros ordenamentos, objetiva-se saber se de fato há respaldo legal para tal desiderato. Pretende-se assim, demonstrar que a capacidade do homem de autodeterminar-se é soberana sobre as escolhas que toma na vida em relação a si, o que inclui até mesmo a opção de decidir por morrer, desde que seja de forma digna. Por meio do estudo dos institutos da eutanásia, ortotanásia, distanásia e mistanásia, englobando seus aspectos conceituais e diferenciadores e a historicidade para significância de tais termos no âmbito Português, Brasileiro e em estudo comparado de vários outros países, almeja-se a partir de então, abstrair o entendimento do que se designa como “viver”, “sobreviver” e “morrer com dignidade”. Do traçado comparativo entre os assuntos anteriormente explicitados quer se chegar aos “prós e aos contras” das defesas oriundas dos argumentos dissidentes para somente após se chegar a alguma compreensão do que seja autodeterminação e quais as formas de expressar as próprias vontades em momento próximo de nossas finitudes, sempre diferenciando o gênero das espécies e o que seja Diretiva Antecipada de Vontade, Diretiva Antecipada de Tratamento, Testamento Vital, Mandato Duradouro (ou procurador em Cuidados de Saúde, não utilizado no ordenamento jurídico português). Ao final, após apropriação de todos os conceitos médicos e jurídicos - igual ao ciclo entre a vida e a morte volta-se para reiniciar o olhar científico para a dignidade da pessoa humana diante da terminalidade da vida e, quiçá, constatar o motivo de se dizer ser o instituto da ortotanásia “a medida sob medida”, sem descuidar das consequências jurídicas causadas pela autorização legislativa da eutanásia, incluindo a modalidade mistanásia – tecendo-se severa crítica voltada ao resguardo do que possa vir a afrontar o fundamento de todo ordenamento jurídico democrático, que é, sem delongas, a dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Eutanásia; Ortotanásia; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

It is the study of the institutes that lead the discussion about the existence of a right to decide on one's death. In a comparative study between the institutes in Brazil and Portugal, with mention of these and other regulations, the objective is to know if there is legal support for such a desideratum. It is intended, therefore, to demonstrate that man's ability to self-determine is sovereign over the choices he makes in life about himself, which even includes the option of deciding to die, as long as it is in a dignified way. Through the study of the institutes of euthanasia, orthothanasia, dysthanasia, and mysthanasia, encompassing their conceptual and differentiating aspects and the historicity for the significance of such terms in the Portuguese, Brazilian scope and a comparative study of several other countries, it is sought from then on, abstract the understanding of what is called "living", "surviving" and "dying with dignity". From the comparative outline between the subjects previously explained, we want to find the "pros and cons" of the defenses arising from the dissenting arguments, only after arriving at some understanding of what self-determination is, and what are the ways of expressing one's wishes at a time close to ours finiteness, always differentiating the genus of the species and whatever is the Anticipated Directive of Will, Anticipated Treatment Directive, Vital Testament, Lasting Mandate (or attorney in Health Care). In the end, after appropriation of all concepts equal to the cycle between life and death, we turn to restart the scientific look at the dignity of the human person in the face of the end of life and, perhaps, to see why it is said to be the institute of orthothanasia "the measure to measure", without neglecting the consequences caused by the danger of a legislative authorization of euthanasia in the mysthanasia modality - weaving severe criticism aimed at safeguarding what may come to face the foundation of any democratic legal order, which is, without delay, the dignity of the human person.

Keywords: Euthanasia; Orthothanasia; Dignity of human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 – INSTITUTOS DE DISCUSSÃO SOBRE A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO A UMA DECISÃO SOBRE A PRÓPRIA MORTE	11
--	-----------

1.1 Aspectos diferenciais sobre a eutanásia, a ortotanásia, a distanásia e a mistanásia	19
1.2 Aspectos conceituais e históricos sobre a eutanásia	20
1.3 Eutanásia passiva e eutanásia ativa, voluntária, involuntária, direta e indireta, teleológica, experimental, sanitária e criminal	21
1.4 Eutanásia em Portugal e no Brasil	24
1.5 A eutanásia no Direito Comparado	28
1.5.1 Na Espanha	28
1.5.2 Na Inglaterra	30
1.5.3 Na Dinamarca	32
1.5.4 Na Noruega	33
1.5.5 Na França	33
1.5.6 Na Alemanha	33
1.5.7 Na Itália	34
1.5.8 Em Israel	35
1.5.9 Na Suíça	35
1.5.10 Na Holanda	36
1.5.11 Na Bélgica	37
1.5.12 Em Luxemburgo	38

CAPÍTULO 2 – O (SOBRE)VIVER COMO NECESSÁRIA LUTA DE UMA MORTE DIGNA.....	40
---	-----------

2.1 Eutanásia em seus prós e contra.....	40
2.2 A questão da autodeterminação.....	46
2.3 A ortotanásia no Brasil e em Portugal	52
2.3.1 A ortotanásia e seu processo de regulamentação no Brasil	52
2.3.2 A ortotanásia e o processo de regulamentação em Portugal	59
2.4 Manifestações prévias em cuidados de Saúde.....	64
2.4.1 No Brasil - Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV - gênero), testamento vital (espécie)	64
2.4.2 Em Portugal - Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) sob a forma de testamento vital e de um procurador de saúde	71
2.4.3 Na Itália – Disposições Antecipadas de Tratamento (DAT – gênero) sob a forma de testamento (espécie) e de um fiduciário de saúde.	76
2.5 O Mandato duradouro	78

CAPÍTULO 3 – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA TERMINALIDADE DA VIDA.....	81
3.1 A dignidade da pessoa humana como fator propulsor dos interesses da sociedade na finitude da vida.....	83
3.2 A Ortotanásia como medida sob medida e cuidados paliativos	86
3.3 A Mistanásia e a perigosidade social decorrente das consequências da legalização da eutanásia ..	97
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	109

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.ST – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Ac. TC – Acórdão do Tribunal Constitucional

ANSA – Agência Nacional Italiana

BCE – Banco Europeu

CE – Comissão Europeia

CEM – Código de Ética Médica

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CC – Código Civil

CPB – Código Penal Brasileiro

CPP – Código Penal Português

DAV – Diretivas Antecipadas de Vontade

DAT – Diretivas Antecipadas de Tratamento

FMI- Fundo Monetário Internacional

IGAS – Inspeção Geral das Atividades de Saúde

IL – Iniciativa Liberal

JFSP – Justiça Federal de São Paulo

MPF – Ministério Público Federal

OMS – Organização Mundial de Saúde

PAN – Partido das Pessoas Animais e Natureza

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PIB – Produto Interno Bruto

PL – Projeto de Lei

PSOE – Partido Socialista Operário Espanhol

RENTEV – Registro Nacional de Testamento Vital

SUS – Sistema Único de Saúde

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação pretende demonstrar que temas como morte, autonomia de vontade, liberdade, eticidade, responsabilidade, humanidade e dignidade da pessoa humana na iminência de sua morte estão intimamente ligados à vida e que o papel reservado para a medicina mostra-se evidente e goza de autonomia a partir de uma garantia jurídica para as transformações ocorridas na Sociedade ao longo do tempo.

O direito à vida não é absoluto, assim como o direito em diversas áreas de atuação não é milimétrico em suas resoluções e aplicabilidades. Com isso, os casos perpassam por juízos de ponderação. Nesse sentido, tratar de terminalidade da vida é referir-se àquele paciente que porta uma doença progressiva para o óbito sem que haja algum recurso médico capaz de interromper tal percurso a independer do emprego de esforços em abundância, situação essa que pode ensejar o emprego de eutanásia, de distanásia ou de ortotanásia.

Morrer com dignidade não é uma frase de sentido unívoco, embora a linha desse estudo se volte à crença de que seja uma exigência ética o fato de se oportunizar que pessoas em estado terminal concluam o seu percurso de vida de forma confortável e sob cuidados, mas com plena autonomia.

O cerne da questão investigativa caminha por saber se existe mesmo um direito à decisão sobre a própria morte e, caso exista, onde se encontra delineado tal respaldo legal nos ordenamentos jurídicos vigentes.

Por fim, não é despiciendo afirmar que a morte faz parte da vida e essa está sujeita, enquanto um direito fundamental, a juízo de ponderação decorrente do entendimento resultante das mutações sociais. Inobstante a isso, entre vida e morte com dignidade há de se respeitar todo o complexo de reflexão em torno do tema.

CAPÍTULO 1 – Institutos de discussão sobre a existência de um Direito a uma decisão sobre a própria morte

A problemática envolvendo o fim da vida pode comportar diversas searas, sendo o religioso um dos campos consideravelmente mais fértil. Destarte, para a presente pesquisa, vem como interesse, por uma questão de foco no âmbito jurídico e na necessidade de se fazer cessar os conflitos antes, durante e pós-morte, o campo normativo. Assim, o estudo da reflexão sobre a morte traz implicações jurídicas, tanto de ordem civil quanto de ordem penal.

A morte conecta-se na dimensão do direito penal, por exemplo, quando o comportamento humano, de alguma forma, faz cessar de forma ilegítima o curso da vida; porque é, nesse aspecto, que a morte se torna juridicamente relevante para a “*ultima ratio*” de intervenção estatal com azo à proteção do bem jurídico mais importante de todos, a vida.

Frise-se, por oportuno, que há situações em que os doentes ou pessoas próximas (autores de crimes por piedade) se encontram em estado de vulnerabilidade tão acentuado que se abre de forma razoável a possibilidade de discussão quanto à necessidade de intervenção punitiva, como no caso da eutanásia “*stricto sensu*” (abreviamento da vida quando o sofrimento se mostra insuportável ante doença incurável e a vontade do paciente clara¹).

A falta² de norma autorizadora para a eutanásia no Brasil e em Portugal, por exemplo, evidencia a tipicidade da eutanásia (morte boa) como homicídio, portanto, como crime. Desse modo inferiu Figueiredo Dias³ ao expressar que: “o facto de o doente estar incurso em um processo que, segundo os actuais conhecimentos médicos, conduza a breve trecho e sem remissão à morte, não impede que o auxílio médico à morte se traduza num encurtamento do período natural de vida seja considerado homicídio”.

¹ Trecho da Lei holandesa que aprovou a eutanásia no dia 10 de abril de 2001.

² Portugal aprovou a legalização da eutanásia na generalidade do Parlamento em 20 de fevereiro de 2020. Destarte, a lei seguiu à presidência existindo a possibilidade de promulgação, de veto e de envio ao Tribunal Constitucional, faltando ainda a norma autorizadora em vigência em Portugal.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da ortotanásia - introdução à sua consideração jurídica. *In As modernas técnicas de reanimação. Conceito de morte. Aspectos médicos teleológicos morais e jurídicos*. Conselho Distrital do Porto. Ordem dos Advogados do Brasil, 1973, p.46 e ss.

Tal pensamento é compartilhado por Rabindranath⁴ quando pontua:

(...) Todos os seres humanos têm a mesma dignidade vital e são insupríveis e infungíveis entre si, quaisquer que sejam a raça, os sexo, a ascendência, a situação económica, a condição social, o grau de crescimento, as deformações e as insuficiências. Pelos mesmos motivos, a ninguém é lícito sacrificar a vida de outrem para a salvação das vidas de uma pluralidade de homens, que não sejam agredidas por aquele. Face ainda ao carácter supremo e transpessoal do bem da vida humana, a nossa ordem jurídica não reconhece ao próprio titular qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida, muito embora, no âmbito do poder de autodeterminação individual, admita, em certos termos a possibilidade de a pôr em risco. Daí que seja inválido o consentimento autorizante ou tolerante e mesmo o pedido instantâneo da vítima para outrem lhe causar a morte bem como qualquer renúncia à própria vida e que não seja lícito o suicídio.

Desse panorama jurídico, que retrata com poucas reservas o mesmo que ocorre no Brasil, advém em consequência os sancionamentos decorrentes de violação da norma jurídica: “não matar”. Portugal, por exemplo, continua a estatuir no artigo 134 do Código Penal português, uma pena de prisão de até três anos para quem “matar outra pessoa determinado por pedido sério, instantâneo e expresso que ela lhe tenha feito”.

Não se pode esquecer, no entanto, que assim como alerta André Ventura⁵:

“O Direito Penal não consegue encontrar uma noção matemática absoluta de crime porque a expressão do crime é sempre uma noção fundamentada na sociedade ou na comunidade na qual se insere, não sendo assim uma ciência exata, mas globalizante com relatividade material da noção de crime e composta de unidade analítica de forma a se saber onde está a essência do bem jurídico”.

A questão da eutanásia no mundo jurídico assume certas particularidades, notadamente as premissas referentes aos aspectos processuais onde, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, as regras sobre o direito de não se poder decidir sobre a morte já estão definidas com base em um consenso arraigado numa vontade social que vinha a resolver os conflitos sobre o assunto, onde ao longo da cultura e história cristã, essa questão, de não se caber o direito de se decidir sobre a morte, apresentava-se como um “consenso verdadeiro” e irrefutável.

⁴ DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo - O objeto: a personalidade humana enquanto bem jurídico tutelado. *In O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.p.204-206.

⁵ VENTURA, André - Direito Penal e Política Criminal. Uma aproximação ao conceito de perigo em Direito Penal. *In Lições de Direito Penal*. Lisboa: Chiado Editora, 2013.p.72-73

Nesse sentido, em se considerando também o papel do direito penal como instituição legítima a portar aptidão para infligir o corpo com sua forma de punir através da restrição de liberdade, ou seja, da condição de locomoção e de liberdade, é ele de grande poder protetivo e punitivo sobre o corpo e sobre as condutas que levam ao final da existência humana sem a naturalidade que lhe é concebida socialmente.

A pena de prisão ainda é incapaz de corresponder aos anseios de uma justa política criminal porque embora se tenha excluído a aflição física ao corpo-próprio⁶ é ainda sobre o corpo que pesa a aplicação da pena de prisão, restringindo a liberdade da manifestação única de autonomia do homem enquanto ser.

Logo, a decisão que resulta numa “sentença” de que se pode ter esse direito sobre o “viver” e o “morrer” resultaria na aceitação de uma arrogância humana em contrariar o direito à vida e a permitir a ação de “brincar de Deus”, no que esse consenso não perdura em muitas civilizações e o fundamento jurídico desse conflito é não se poder morrer por querer.

É do doutrinador José de Faria Costa⁷ a asserção de que “as coisas não podem ser vistas de maneira tão extrema e com uma tal cortante e impregnada separação porque vontade consensual e verdade cruzam-se no direito”. A eutanásia, assim, trata-se de questão complexa, pois ao passo que um homem capaz de discernir possa conservar a liberdade de recusar tratamento médico que não lhe retire a doença grave e não lhe evite a brevidade da morte há casos em que um paciente, por força das circunstâncias, não mais se encontra possibilitado a expressar qualquer concordância em relação à recusa ou não de tratamento em similar caso.

Há uma sujeição à lei penal em toda a problemática apresentada pela eutanásia “*stricto sensu*”. Nesse diapasão, em suas pesquisas sobre liberdades públicas, Rivero e Moutouh⁸ clarificam que o Direito Francês há tempos dá direito ao paciente de recusar qualquer

⁶ Expressão usada por José de Faria Costa para se referir ao corpo que atinge a dignidade de assumir a essencialidade do ser-pessoa e que por isso não pode ser degradado para o patamar de mero instrumento ou invólucro vez que porta toda a carga biológica diferenciadora de milhares, haja vista que se é pessoa porque se tem corpo *In Um olhar doloroso sobre o Direito Penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p.89.

⁷ COSTA, José de Faria – Consenso, Verdade e Direito. *In Linhas de Direito Penal e de Filosofia*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 102.

⁸ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues – A liberdade de decidir a própria morte. *In Liberdades Públicas*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.385.

acirramento terapêutico e citam a lei daquele país, de nº 99477, de 09 de junho de 1999, como um avanço por reconhecer a existência e a necessidade dos cuidados paliativos, atribuir aos doentes o direito de “ter acesso aos cuidados paliativos e a acompanhamento (art. 1.1.A), instaurar para as instituições a obrigação de organizar a provisão de cuidados paliativos no seu interior e definir o que seriam esses cuidados (art. 1.1.B)”.

Em verdade, a resposta para o direito de decidir sobre a própria vida tem sido negada em grande parte dos ordenamentos jurídicos, sob o argumento de que se trata de temeridade abrir caminhos a todos os atentados à vida humana e que o direito de morrer sob o crivo da “dignidade” traz uma conotação ambígua sob o ponto de vista da própria dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, ressalta Jorge Reis⁹ - em linhas gerais - que a dignidade da pessoa humana pode identificar-se como a integridade da base biológica da existência humana, tomando-se em consideração a razão de ordem religiosa que tem como premissa o fato de o homem ter sido criado por Deus e de que a sua propensão a manter a vida sob quaisquer circunstâncias é, em verdade, o que está posto como o que deve ser juridicamente imposto a todos, sendo isso, *a priori*, o que também seria moralmente devido.

Com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser utilizado como estratégia de imposição coativa de concepções particulares à sociedade nos casos que envolvam o suposto direito de decidir sobre a própria morte, tendo em vista que o respeito ao interesse da pessoa autônoma deve sempre prevalecer sob pena de interferência no seu direito de liberdade e de não se saber diferenciar de qual dignidade se estará a tratar: se a dignidade da pessoa enquanto ser autônomo ou da humanidade.

Não se pode esquecer a grande hesitação ainda existente sobre a temática que envolve a eutanásia no mundo, tanto que afora a Holanda, a Bélgica, a Colômbia, Luxemburgo, Canadá e Índia; os demais países não a legalizaram ou vêm resistindo ao longo do tempo quanto a esse assunto, sendo interessante esclarecer que o suicídio assistido, que difere da

⁹ REIS, Jorge - A mobilização confessional da Dignidade Humana contra os Direitos Fundamentais. *In A dignidade da pessoa humana*. Dignidade e Direitos Fundamentais. *In* 2ªed.vol I. Coimbra: Almedina, 2018.p.140-151.

eutanásia, por ser a morte assistida por um terceiro, encontra-se legalizado na Suíça, Japão e alguns estados dos Estados Unidos.

Os motivos da hesitação podem ter por causa as experiências desses países no que concerne a liberação da morte por vontade própria, pois os motivos para a autorização do procedimento podem variar consideravelmente. Exemplo disso é que na Holanda se autoriza a que os médicos pratiquem eutanásia quando o sofrimento dos doentes é intenso ante doenças incuráveis e mediante vontade do paciente. Por outro lado, na Bélgica, onde as questões éticas para as crescentes autorizações estão abaladas em razão da liberalidade e facilidade na autorização, têm surgido muitas críticas sob o estigma de que a eutanásia estaria a ser a forma padrão de se morrer.

No Brasil não se encontra legalizada a eutanásia. Em Portugal, houve, antes do dia¹⁰ 20 de fevereiro de 2020, discussão do assunto por intermédio de alguns projetos de lei, a exemplo do projeto de Lei nº 832/XIII/3ª do grupo Parlamentar Socialista, cujo trecho de bastante interesse está a seguir qualificado:

“Não se trata, pois, da afirmação de qualquer direito constitucional à eutanásia, mas do reconhecimento legal, dentro da margem de conformação do legislador, a este respeito desenvolvida pelo Professor Costa Andrade em audição na Assembleia da República, da possibilidade de disposição da própria morte em circunstâncias especiais, ponderando equilibradamente toda a intensa rede de interesses complexos em presença. A não punição da eutanásia em circunstâncias especiais deve, assim, resultar de uma ponderação de direitos e valores constitucionais (vida humana, dignidade da pessoa humana, autonomia individual), que nos impele a uma evolução do quadro legal em vigor e da consideração de que seria desproporcional manter inalterada a punição prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal referentes aos crimes, respetivamente, de homicídio a pedido da vítima e de incitamento ou ajuda ao suicídio, em todas e quaisquer circunstâncias”

O cerne da discussão era a questão de saber se o Estado tem o dever de proteção do direito à vida, ainda que contra a vontade do próprio ser e em quaisquer circunstâncias.

¹⁰ Dia em que o Parlamento Português veio a aprovar a legalização da eutanásia, em que pese o protesto do único deputado do partido “Chega” a se opor— André Ventura, o qual também chegou a clamar a que os parlamentares e o Presidente do País ouvissem o povo português em referendo sobre a despenalização da eutanásia. O mesmo parlamentar lembrou Adolf Hitler como o grande impulsionador da eutanásia no ano de 1939, alertando para o paradoxo da legalização da eutanásia no mesmo país em que há recusa de criminalização do abandono de idoso e que não há cuidados paliativos. Discurso ocorrido no Parlamento. VENTURA, André. [Em linha]. Lisboa: TV124, 2020. [Consult. 01 Mar. 2020] Disponível em: https://www.google.com/search?q=andre+ventura+eutanasia&rlz=1C1SQJL_pt-BRBR792BR792&oq=andre+ventura+eutanasia&aqs=chrome..69i57.9380j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

Existiria respaldo estatal no ato de rejeitar a autonomia das pessoas de se fazerem livres e esclarecidas quanto as suas escolhas a partir dos seus valores? Tal fato não confrontaria com reconhecimento essencial de salvaguarda da autonomia individual? Traduz-se num paradoxo não possibilitar o Estado que o homem-ser tenha a liberdade de ter um espaço de decisão sobre a sua própria morte?

O projeto de lei citado alteraria o código penal português para passar a constar nos artigos 134º e 135º o seguinte: “a conduta não é punível quando realizada no cumprimento de lei que regula as condições especiais de antecipação da morte e a pedido da própria pessoa, maior, em situação de sofrimento extremo, com lesão definitiva ou doença incurável e fatal, praticada ou ajudada por profissionais de saúde”.

Alguns pontos do projeto mereceram o destaque por ter previsto: a) que o pedido do doente para o cometimento de eutanásia não seria um dever estatal mas uma possibilidade, b) a criação de um registo clínico especial pelo doente, que obrigatoriamente, teria que ser maior de idade, estar em sofrimento extremo, com lesão definitiva ou doença incurável e fatal c) o encaminhamento do pedido ao médico de escolha do doente, também denominado médico orientador d) a necessária confecção de parecer pelo médico orientador esclarecendo se o doente cumpre todos os requisitos e que foram prestadas todas as informações e esclarecimentos sobre a situação clínica que o incapacita, menção dos tratamentos aplicáveis, viáveis e disponíveis, com respetivo prognóstico, com verificação quanto ao fato de o doente reiterar a sua vontade inicial, devendo com isso a decisão do doente ser registada por escrito, com data e assinatura d) a fiscalização e avaliação a cargo da IGAS – Inspeção Geral das Atividades em Saúde e) Criação da Comissão de Verificação e Avaliação do Procedimento Clínico de Antecipação da Morte para a emissão de parecer obrigatório referido e avaliação anual do cumprimento da lei, composta por membros indicados por entidades independentes da área da justiça, saúde e bioética f) respeito a objeção de consciência do médico g) obrigatoriedade de manutenção de um sítio na internet pela Direção Geral de Saúde com o intuito de informar sobre o procedimento clínico de eutanásia não punível.

As etapas citadas anteriormente comporiam as duas primeiras do processo, sendo a terceira a confirmação da doença por médico especialista, que em caso de discordância cancelaria o processo, a quarta seria a verificação por médico especialista em psiquiatria para

casos expressamente previstos e a quinta seria o recolhimento dos pareceres favoráveis dos vários médicos intervenientes para reconfirmação do doente e envio pelo médico orientador para a comissão de verificação e avaliação de procedimento clínico de antecipação de morte para solicitação de parecer, findando com a sexta etapa na concretização da decisão do doente, o qual deve estar consciente antes da data marcada para essa antecipação sob pena de o procedimento ser interrompido.

Observou-se que, mesmo com argumentação bastante plausível e razoável, de profícua discussão jurídica, é certo que por uma diferença de cinco votos nem esse projecto,¹¹ nem o projecto¹² do grupo parlamentar “Os verdes” (o único que previu que a eutanásia só poderá ocorrer em estabelecimentos de saúde estatais), nem o do grupo PAN¹³ – pessoas, animais, natureza (que foi o primeiro partido a avançar com o assunto em fevereiro de 2017) foram recepcionados anteriormente ao dia 20 de fevereiro de 2020 no ordenamento português, com rejeição parlamentar em maio de 2018.

Por outro lado, em recentíssima decisão, no dia 20 de fevereiro de 2020, o Parlamento Português resolveu por aprovar a eutanásia na generalidade, com a aprovação dos cinco projectos em trâmite, no que o partido socialista recebeu 128 votos a favor, o do bloco com 126, o PAN com 122 e os do PEC e IL com 115 cada um. Em seguida seguirão para a votação na especialidade com um texto comum após consenso e depois segue ao Presidente que pode promulgar, vetar ou enviar ao Tribunal Constitucional.

Em termos doutrinários e na acepção de Rui Nunes¹⁴ é a eutanásia “um tema suficientemente complexo para exigir que a fonte de legitimidade para a sua legalização passe pela realização de um referendo nacional em Portugal, pois tal debate origina uma acesa controvérsia num diálogo nem sempre construtivo em torno do conceito de morte com dignidade”.

¹¹Projecto de Lei nº 832/XIII/3ª – Grupo parlamentar. **Partido Socialista**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 02 Jan. 2020]. Disponível em: <https://www.dn.pt/DNMultimedia/DOC+PDFS/Eutan%C3%A1sia%20-%20projeto%20PS.pdf>.

¹²Projecto de Lei nº 838/XIII/3ª – Grupo parlamentar **Os verdes**. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 02 Jan. 2020]. Disponível em: <https://www.dn.pt/DNMultimedia/DOC+PDFS/Eutan%C3%A1sia%20-%20projeto%20PEV.pdf>.

¹³Projecto da Lei nº 418/XIII/2ª – Representação parlamentar **PAN** –Pessoas, Animais, Natureza. [Em linha]. Lisboa. [Consult. 02 Jan. 2020]. Disponível em: <https://www.dn.pt/DNMultimedia/DOC+PDFS/Eutan%C3%A1sia%20-%20Projeto%20PAN.pdf>.

¹⁴ NUNES, Rui. **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina. 2017.p.7.

Na concepção¹⁵ do doutrinador e parlamentar André Ventura o referendo seria essencial, haja vista ser direito do povo a oportunidade de se pronunciar sobre a questão. No mesmo sentido, o parlamentar António Ventura do partido social democrático ao relembrar a Constituição da República Portuguesa em seus artigos 24, 1 - que prevê ser a vida inviolável e 25 – que expressa a inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas para defender sua discordância em relação à legalização da eutanásia.

O parlamentar António Ventura¹⁶ veio a justificar que a sua oposição à legalização da eutanásia baseava-se nos seguintes argumentos: a) Portugal não está preparado para tal decisão uma vez que apenas vinte e cinco por cento (25%) dos portugueses tem acesso a cuidados paliativos e que a maior parte deles, notadamente os mais pobres e idosos, por uma condição utilitarista, passam, com a idade, a ser uma espécie de “peso” para os outros e para o Estado, vindo eles a pedir a morte como uma espécie de grito de socorro, b) as experiências da legalização da eutanásia em outros países mostram que muitas pessoas que pedem por ela portam consciência de ocasião, em estado depressivo o que torna inseguro o respeito dessa vontade c) A eutanásia não pode ser solução para as fragilidades do Estado em prover com soluções para melhoria de vida das pessoas d) A lei proposta no sentido de legalizar trazer uma proposta de provocação da morte e não da melhoraria da vida, fato que estaria a se mostrar dissonante com a finalidade do próprio parlamento em criar as leis.

Observa-se que o questionamento sobre o direito absoluto à vida e a autodeterminação na questão que envolve o término da própria vida perpassa por uma deliberação democrática, exigindo a ciência e a participação do povo como barreira ao desvirtuamento de institutos tão sérios e capazes de proceder a constrangimentos de ordem social e económica ante às carências existentes no que se refere à falta de implementação dos cuidados paliativos tão necessários aos anseios de uma sociedade envelhecida e suscetível à vulnerabilidade.

A discussão sobre a penalização torna imprescindível um debate sério e legitimado da eutanásia, com origem em um entendimento técnico e ético suficiente a poder enfrentar a

¹⁵ Discurso ocorrido no Parlamento. VENTURA, André. [Em linha]. Lisboa: TV124, 2020. [Consult. 01 Mar. 2020]. Disponível em: https://www.google.com/search?q=andre+ventura+eutanasia&rlz=1C1SQJL_pt-RBR792BR792&oq=andre+ventura+eutanasia&aqs=chrome..69i57.9380j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

¹⁶ VENTURA, António. Eutanásia: a intervenção de António Ventura. [Em linha]. Lisboa: Youtube, 2020.[Consult. 01 Mar. 2020]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=c6HTBbu1WgQ>.

problemática da despenalização da eutanásia não como uma solução para problemas sociais e económicos, fruto da desorganização do sistema de saúde português e brasileiro, mas por uma verdadeira questão de foco na concretização da dignidade inerente a cada ser humano.

1.1 Aspectos diferenciais sobre a eutanásia, a ortotanásia, a distanásia e a mistanásia

Inicialmente vale diferenciar os termos eutanásia, distanásia e ortotanásia, consoante ensinamento da honrosa professora Doutora Stela Barbas¹⁷:

O termo **eutanásia** vem do grego e do ponto de vista etimológico quer dizer boa morte ou morte sem dor, onde “eu” traduz-se por bem ou bom e “thanatos”, por morte, sendo por isso a ação ou a omissão que vem a provocar a morte de um ser humano com o objetivo de lhe retirar o sofrimento.

Distanásia seria o adiantamento do momento da morte de um doente que se encontra em fase terminal, através do recurso a tratamentos desproporcionados e já considerados supérfluos para a cura, mediante sofrimento em razão da obstinação terapêutica.

Ortotanásia, por outro lado, seria o oposto da distanásia, consistente na redução ou interrupção de tratamentos inúteis e desproporcionados a prolongar a vida de um doente terminal, quando o doente já está a atravessar o processo natural da morte.

Em relação à **mistanásia** pode-se dizer, por meio do ensinamento do professor Doutor Márcio Fabri dos Anjos¹⁸, tratar-se da morte adjetivada, com conotação ética, não natural ou normal ou injusta, infeliz dos pobres injustiçados, pessoas que morrem no esquecimento e desespero, de forma miserável e antes do tempo.

A morte mistanásica, na visão de Leo Passini¹⁹ é aquela precoce e evitável, causada pela falta de condição de absorção do doente para tratamento médico pelo Estado ou por familiares devido à questão de inferioridade económica, impondo uma situação de ofensa à dignidade daquele ser por falta de leitos, de atendimento, de medicação no momento de vulnerabilidade na saúde do ser humano, o qual acaba, por não raras vezes, a morrer à míngua, de forma precária (cultura da morte).

¹⁷ BARBAS, Stela – Morte e Dignidade humana numa Perspectiva Jurídica. In **Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida**. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2. 2009. p.81-92.

¹⁸ DOS ANJOS, Márcio Fabri. **Eutanásia em chave de libertação**. ICAPS Nº 57, jun de 1989, p.6.

¹⁹ PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antonio Lopes – O que entender por Mistanásia. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina. 2017. p.167-181.

Conceituada ainda como morte indireta é causada pelo abandono, omissão ou negligência social e pessoal, tendo uma contribuição brasileira no processo que produziu o conceito de mistanásia, que é a situação de desigualdade social que atenta para uma reflexão quanto às necessidades e clamores que ecoam do mundo dos pobres com o escopo de interrogar a atual estrutura social, política e económica que tolera e permite mortes desnecessárias ou evitáveis para se ter a oportunidade de propor iniciativas e atitudes éticas capazes de criar resistências a tal realidade e potencializar a cultura da vida em detrimento da cultura atual de morte²⁰.

1.2 Aspectos conceituais e históricos sobre a eutanásia

Historicamente a palavra eutanásia tem sido atribuída ao filósofo inglês Francis Bacon²¹ que a teria mencionado a partir do século XVII, designando a ação do médico que forneceria ao doente, quando já não havia esperança, uma morte pacífica, tanto sob a designação de eutanásia interna, com a pacificação interior do doente, para que pudesse morrer em paz, como sob a designação de eutanásia externa, com o alívio do sofrimento físico.

Bem anterior a ele, esclareceu a professora Doutora Maria Elisa Villas-Boas²² ter o termo sido referido por Suetónio ao descrever a morte do imperador Nero Cláudio César Augusto Germânico (37-68) como algo suave, sem maiores dores.

Por questões diversas, a exemplo do caso germânico que usou o termo para práticas eugênicas, não se usa exatamente o termo eutanásia para designar a situação de um médico que vem a interferir no momento da morte em nome do bem-estar do doente para libertá-lo de um estado de sofrimento, podendo-se adotar termos como: “*sterbehilfe*” (ajuda para morrer), homicídio piedoso, compassivo, médico, sanicídio, entre outros, não existindo assim um termo unívoco.

²⁰ Refere-se ao pensamento de Paulo Freire na obra **Ação cultural para a liberdade, paz e terra**, editada no Rio de Janeiro no ano de 1984, p.145.

²¹ BACON apud GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade. O sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016.p.35.

²² ASÚA apud VILLAS BOAS. **Eutanásia. Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina. 2017. p.101.

A professora Doutora Maria Villas-Boas²³ parafraseando o jurista espanhol Jimenez de Asúa tece uma classificação da eutanásia quanto à finalidade do agente como sendo uma conduta libertadora, eliminadora ou económica, sendo que somente a primeira não possui motivação torpe, pois seria a única a não ver o ser humano como um instrumento sem valor próprio e intrínseco.

Nessa toada, corrobora com tal asserção o doutrinador e jurista Nélson Hungria²⁴ quando expressou que “não vê o homicida eutanásico como alguém que mata por piedade, sentimento de equilibrado altruísmo ou compaixão, mas por propósito egoístico de poupar-se ao drama da dor alheia, já que a verdadeira, autêntica piedade, sentimento de piedade não mata jamais”.

Assim como também o professor Dr. Rui Nunes²⁵ quando alerta para o fato de que a despenalização da eutanásia não seja nunca uma solução para problemas sociais ou económicos.

1.3 Eutanásia passiva e eutanásia ativa, voluntária, involuntária, direta e indireta, teleológica, experimental, sanitária e criminal

Em acurada pesquisa²⁶, o professor Doutor Adriano Godinho diferenciou os tipos de eutanásia mencionadas no título acima, da forma destacada a seguir.

Ressalte, a título de esclarecimento, e em que pese ter o mesmo considerado que tais classificações possuem aceitação generalizada e emergem efeitos jurídicos relevantes, é fato que tal classificação não é pacífica no âmbito de discussão acadêmica no ordenamento jurídico português. Destarte, para fins didáticos e com o fito de aproximação dos leitores aos conceitos, desincumbiu-se o pesquisador de trazê-la:

²³ *Ibidem*, p. 103.

²⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários do Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: GZ editora. Vol. V, p. 128-131.

²⁵ NUNES, Rui. **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina. 2017. p.7.

²⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade. O sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016.p.38-42.

a) **Quanto ao modo de atuação do agente pode-se distinguir a eutanásia em: ativa e passiva**, sendo a primeira também denominada positiva, comissiva ou por ação e a segunda dita **negativa, omissiva ou por omissão**. A eutanásia ativa trata de conduta que visa a supressão da própria vida, por meio de comportamentos comissivos, podendo-se se dá por atos médicos diversos, a exemplo de injeções de ar ou por vias não médicas como estrangulamento ou sufocação. A eutanásia passiva, por outro lado, diz respeito ao ato de deliberadamente deixar de ministrar tratamentos médicos úteis e proporcionados, que poderiam prolongar a vida do paciente e que cuja ausência antecipa sua morte, deixando o médico de agir de forma intencional quando seria possível, não fosse a omissão, salvar a vida de um doente. Nesse caso, acrescenta o referido professor Doutor que não há nesse caso nenhuma diferença do ponto de vista ético ou jurídico entre a eutanásia ativa ou passiva, já que ambas acarretam a supressão antecipada da vida, pois em ambas as modalidades acabam por coincidir o elemento da vontade, que é a morte.

b) **Quanto à intenção que anima a conduta do agente a eutanásia pode ser subdividida: em direta e indireta**, no que a primeira o objetivo direto e imediatamente visado pela conduta adotada por um agente é a morte do doente, na segunda modalidade de eutanásia o objetivo do médico consiste em propiciar alívio às dores experimentadas pelo doente, ainda que, como efeito indireto, as substâncias a ele ministradas possam levá-lo à morte. Nessa segunda modalidade, a maior parte da doutrina não vê tal caso como eutanásia.

c) **Quanto à vontade do paciente a eutanásia pode ser: voluntária, não voluntária e involuntária**, sendo a voluntária aquela que é decorrente do pedido do doente, consistindo na eutanásia propriamente dita em razão da morte piedosa ser decorrente das súplicas de quem morre por julgar ser indigna a própria vida, a não voluntária é aquela que consiste em tirar à vida uma pessoa sem que ela tenha manifestado sua posição quanto a querer morrer, a exemplo dos doentes em estado vegetativo e a involuntária ou imposta/cacotanásia a que é praticada contra o desejo expresso do paciente de ser mantido vivo. Dessas três, infere apropriadamente o pesquisador citado que apenas a eutanásia voluntária pode ser considerada uma autêntica conduta eutanásica, pois a não voluntária poderia findar numa redução de pena, enquanto que a terceira se traduz em típico homicídio agravado pela enfermidade.

d) **Quanto à finalidade do ato a eutanásia pode ser classificada:** em **libertadora, eliminadora, económica e solidária**. Na eutanásia libertadora, também chamada terapêutica o objetivo é provocar a morte do doente a seu pedido para livrá-lo de um sofrimento insuportável. Na eutanásia eliminadora, também designada de eugênica, tem por objetivo eliminar certo tipo de pessoas que ostentam algumas particularidades como anomalias físicas, mentais. A eutanásia económica tem por objetivo traçar um critério social para desfazer-se de pessoas que se tornaram “fardos sociais” ou “cargas inúteis” para a sociedade, cujos cuidados com a saúde devem ser custeados ora pelos familiares, ora pelo Estado, nunca pelo enfermo; que se mostra incapaz de custear tais gastos por não dispor de meios financeiros. Por fim, na eutanásia solidária essa tem o objetivo de extrair os órgãos da pessoa cuja vida (aparentemente desenganada) se suprime para servir a outra pessoa que busca se salvar. Dessas todas, as formas eliminadora e económica traduzem-se em homicídios motivados por egoísticas razões seletivas. Já a modalidade solidária possibilita a arrogância de “brincar de Deus” ao implicar escolha entre quais pessoas se poderá matar para salvar outras.

Interessante esclarecer, ainda sob o ponto de vista de do Professor Doutor Adriano Godinho²⁷, que independentemente dos ordenamentos jurídicos, tanto aos que admitem quanto aos que não admitem a eutanásia, emerge uma máxima de que não pode ser enquadrada como eutanásia a conduta de quem suprime a vida de alguém por razões económicas, sociais ou eugénicas, haja vista tratarem tais modalidades de crimes por excelência, em verdade homicídios qualificados por motivos torpes e atentatórios contra a vida, a liberdade, a autonomia e a igualdade.

Outras classificações, de pouca utilização, encontram-se referidas pelo mesmo professor²⁸ em obra sobre eutanásia, a exemplo da menção a:

- a) **Eutanásia teleológica** – ou narcotanásia, para designar a finalidade de se buscar a morte em estado de graça praticada para contra as pessoas que vivem alheias e sob a influência de anestésicos ou narcóticos.

²⁷ *Idem*, p. 42.

²⁸ *Idem*, p. 43.

- b) **Eutanásia experimental** – ou científica, para a prática da morte com a intenção de submeter seres humanos a experimentações científicas.
- c) **Eutanásia sanitária** – que tem como objetivo eliminar pessoas propícias a representar perigo de contágio epidêmico à sociedade.
- d) **Eutanásia criminal** – que tem por objetivo eliminar a vida das pessoas tidas como socialmente perigosas.

Tal classificação, a rigor, não se enquadra no conceito de eutanásia propriamente dita, no que incorrer em qualquer dessas classificações é subsumir-se à conduta típica de homicídio qualificado por motivos torpes e fúteis.

1.4 Eutanásia em Portugal e no Brasil

Como no Brasil, o Código Português não usa o termo eutanásia como crime próprio, enquadrando-se a eutanásia e o suicídio assistido à partir de tipos penais constantes no Código Português, senão vejamos:

- a) Homicídio do **Art. 131º**: “Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos”.
- b) Homicídio privilegiado do **Art. 133º**: “Quem mata outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, **compaixão**, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos”
- c) Homicídio a pedido da vítima do **Art. 134º**: “1- Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até três anos. 2. A tentativa é punível”.
- d) Incitamento ou ajuda ao homicídio do **Art. 135º**: “1- Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até três anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou consumar-se. 2. – Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

No item “b” o agente age de forma autónoma, sendo irrelevante ter ou não obtido o consentimento do doente para a caracterização do homicídio, que continua sendo homicídio privilegiado em razão do bem jurídico – vida - ser indisponível e de não haver causa

excludente de ilicitude do facto. Contudo, de acordo com o que está previsto no Art. 72º, 1 e 2, “b”:

1- “O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou exteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por força acentuada, a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

2- Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes:

(...)

b) ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida”;

(...)

No caso, a “compaixão” deve dominar o agente ao ponto de fazê-lo romper barreiras éticas inerentes àquelas que não o faria sem esse estado a cometer um homicídio. Nesse sentido, a Professora Doutora Teresa Quintela²⁹ expõe o seguinte: “o que provoca a exigibilidade diminuída é a pressão intolerável que a situação geradora da compaixão exerce sobre o agente (médico na maior parte das vezes) e não o valor do motivo”.

Tal sentimento de compaixão – característico do tipo de eutanásia- deve assim ter força suficiente a fim de torna o facto menos exigível, conquanto que a motivação do agente “seja o pretender pôr fim a um sofrimento da vítima que, nem um nem em outro, conseguem suportar”³⁰.

No item “a” se o agente age na prática do crime sem estar nas condições descritas no Art. 133º, responde por homicídio, da forma como descrita no **Art. 131º** no CPP.

Ocorre eutanásia subsumida ao que está previsto no **Art. 135º** do CPP quando o próprio doente provoca sua morte, tendo sido ajudado ou incitado a isso com ajuda moral ou material de outrem, respondendo esse por eutanásia nesse tipo de modalidade. Nesse tipo está em causa a participação na morte de outra pessoa sem que chegue o agente a ser o autor da

²⁹ BRITO, Teresa Quintela [et.al] Homicídio Privilegiado: algumas notas *In Direito Penal parte especial: lições, estudos e casos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p.341-342

³⁰ SILVA, Fernando. Os crimes contra a vida *In Direito Penal: os crimes contra as pessoas*. 2ª ed .Lisboa: *Quid Juris*, 2008, p. 113.

mesma, vindo a responder pela sua atuação decisiva no sentido de incitar ou de auxiliar para a concretização do evento.

Por fim, ocorre ainda eutanásia quando a pedido do doente outra pessoa lhe provoca a morte com o cumprimento dos requisitos descritos em item “c”, ou seja, previsto no Art. 134º do Código Penal Português, quais sejam: por meio de pedido sério, instante e expreso que o doente lhe tenha feito.

Frise-se, por oportuno, que a Professora Doutora Helena Mourão³¹ diz revelar-se essencial à concepção do homicídio a pedido da vítima como tipo misto de ilicitude e culpa em razão de:

- a) “criação de um regime coerente e concordante com o princípio da culpa que resolva os problemas de erro sui generis que esse tipo suscita
- b) cisão dos planos típicos de ilicitude e culpa da norma do Art. 134º, o que acarreta consequências para a resolução dos problemas de comunicação de circunstâncias que surgem em sede de comparticipação
- c) esclarecimento das eventuais relações de concursos a estabelecer entre a norma que prevê o homicídio a pedido e os restantes tipos incriminadores do homicídio
- d) justa determinação da pena aplicável ao agente”.

Dessa forma, considera-se crime a eutanásia ativa sendo a mesma tipificada como homicídio privilegiado consoante explanação anterior, no que o juiz e penalista Manuel Lopes Gonçalves³² defendeu que a eutanásia ativa deveria constar como uma opção intermediária para que não seja punido o autor de sua conduta por homicídio e nem ficasse também sem punição.

Necessário frisar ainda que a Distanásia não tem sido punida em Portugal, que a Ortotanásia tem sido considerada como uma ação justificada, enquanto que o auxílio ao suicídio tem previsão legal descrito como Crime no Art. 135º do Código Penal Português.

³¹ MOURÃO, Helena [et.al] Determinação pelo pedido e culpa: notas para a construção de um tipo misto *In* **Direito Penal parte especial: lições, estudos e casos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 415.

³² GONÇALVES, Manuel Lopes. **Eutanásia e suicídio assistido – legislação comparada**. Coleção temas nº 60. [Em linha]. Portugal: Divisão de informação legislativa parlamentar. **Assembleia da República**. Abr 2016, p. 42. [Consult. 10 Out. 2019] Disponível em: https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf.

Em situação similar o ordenamento jurídico brasileiro trata a eutanásia como crime de homicídio, e, embora também não traga de forma expressa a denominação de “eutanásia”, é, em verdade, o que se tem no artigo 121 do Código Penal brasileiro, evidenciando a modalidade de homicídio privilegiado, onde se prevê a diminuição da pena de 1/6 a 2/3, senão vejamos:

“Homicídio simples – **Art. 121**. Matar alguém.

Pena – reclusão de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de **relevante valor** social ou **moral**, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

O motivo de relevante valor moral, segundo o doutrinador e juiz federal brasileiro Fábio Roque³³ corresponde aos interesses individuais do homicida, ligados aos sentimentos de compaixão, misericórdia ou piedade, sendo emblemático o exemplo, inclusive por ser citado na Exposição dos motivos do Código Penal Brasileiro³⁴, o caso da eutanásia:

(...)

39

(...) Por "motivo de relevante valor social ou moral", o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (**caso do homicídio eutanásico**), a indignação contra um traidor da pátria, etc.

O induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio são condutas que podem ser subsumidas à eutanásia, nos casos em que o doente, da mesma forma como no ordenamento português provoca por seus próprios actos a sua morte, no que induzir, instigar ou auxiliar o doente à prática do ato pode ensejar a eutanásia, senão vejamos o Código Penal brasileiro:

“**Art. 122**. Induzir ou instigar a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

³³ ARAÚJO, Fábio Roque; ARGÔLO, Caroline. **Direito Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2019.p.18-26.

³⁴ Decreto-lei nº 2848 de 07/12/1940 / PE - Poder Executivo Federal. (**D.O.U.** 08/12/1940). [Consult. 29 Jan. 2020]. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>.

Parágrafo único. A pena é duplicada:

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;

II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência”.

A eutanásia não foi descriminalizada no Brasil, estando vigente no ordenamento jurídico nos moldes como explicado anteriormente.

1.5 A eutanásia no Direito Comparado

1.5.1 Na Espanha

Segundo a Professora Doutora Letícia Ludwing Moller³⁵ a Espanha foi um dos primeiros países a discutir juridicamente a Eutanásia, ainda na década de 1920, por influência do jurista Jimenez de Asúa, quando se propôs a tipificação da eutanásia como homicídio piedoso com previsão de não punição do agente, com a condição de haver pedido do doente no sentido de abreviar sua vida e de o agente mover-se por piedade e de possuir bons antecedentes.

Embora tenha sido prematuramente discutida a eutanásia, é fato que o projecto de lei não foi implantado na Espanha, estando a eutanásia e o suicídio assistido tipificados no Art. 143 como crimes no Código Penal atual (Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro de 1995), repetindo o que constava no Código Penal anterior de 1973, cujo entendimento é de que a eutanásia é punível.

Não se pode esquecer de que, com a aprovação pelo Congresso em 11 de fevereiro de 2020 de uma proposta apresentada pelo PSOE, que recebeu 203 votos a favor da legalização da eutanásia, 140 votos contra e duas abstenções, abre-se a possibilidade de uma discussão, e, caso seja aprovado pelo Congresso e pelo Senado, pode-se converter a eutanásia em um direito a ser incorporado na saúde pública, reconhecendo-se a eutanásia a todos os que sofram com doença grave, incurável ou incapacitante e que enseje sofrimento insuportável.

³⁵ MOLLER, Letícia Ludwing – Discussões sobre o Direito de Morrer no Direito Comparado Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampedro. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.p.217.

A Constitucional da Espanha³⁶ de 1978 tem como fundamento da ordem política e da paz social o Art. 10, 1, prevendo “a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhes são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos demais” e garante, no Art. 16, 1, “a liberdade ideológica, religiosa e de culto de indivíduos e das comunidades, sem limitação, em suas manifestações, que a necessária à manutenção da ordem pública protegida pela lei”.

Os argumentos favoráveis à construção de uma tese sobre os dispositivos constitucionais relativos aos direitos fundamentais baseiam-se na defesa de que o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade conecta-se em alargada harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, estendendo o sentido do que seja uma morte digna, alertando que não existe um “dever à vida” e sim um “direito à mesma”³⁷.

Após o caso envolvendo o marinheiro Ramón Sampetro³⁸, houve uma ampla discussão da eutanásia na Espanha e no mundo com o objetivo de aprovação de normativas, passando-se a admitir a ortotanásia, recepcionada como conduta não criminalizada, que veio a possibilitar o reconhecimento do direito do doente de não ser submetido a obstinação terapêutica, ineficaz no objetivo de reverter a enfermidade, desencadeando-se assim o respeito à autonomia do doente no sentido de resguardar sua dignidade e integridade.

A última discussão, antes do recente 11 de fevereiro de 2020 sobre a eutanásia na Espanha ocorrera no ano de 2011, com o anteprojeto de Lei de Cuidados Paliativos e Morte Digna que tinha por foco a garantia a todos os cidadãos espanhóis que estivessem em estado terminal o direito de morrer com dignidade, após a renúncia a tratamentos médicos que pudessem prolongar o final de vida, com previsão de recurso à sedação para minimizar a dor e acelerar a morte, mas não chegou a ser aprovado.

³⁶ Constituição Espanhola de 1978.

³⁷ MOLLER, Leticia Ludwing – Discussões sobre o Direito de Morrer no Direito Comparado Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampetro. *In Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p.226.

³⁸ Ramón Sampetro foi o jovem espanhol, de 25 anos que após ter mergulhado em águas rasas findou por perder os movimentos, ficando tetraplégico e a partir de então passou a reivindicar judicialmente o direito de morrer através da eutanásia, tendo travado uma batalha judicial de 1993 até 1998 quando, ao perder tais pleitos na justiça resolveu por cometer suicídio assistido, no que seu exemplo abriu espaço para muitas discussões e para o desencadeamento da implantação da ortotanásia no ano de 2010. Cf: Ludwing, p. 227.

Dessa forma, consoante o professor Doutor Tristram Engelhardt³⁹ o fundamento da morte digna estaria centrado na “compreensão acerca do necessário entrelaçamento dos princípios éticos-jurídicos da dignidade da pessoa e da autonomia, em que a dignidade deve ser compreendida como uma categoria ética e jurídica de conteúdo não rígido, mas em grande medida aberta, mutável de acordo com as visões morais e crenças dos indivíduos e comunidades culturais particulares”.

Por fim, o tratamento normativo na Espanha ainda não contempla a eutanásia como liberada e o dever à vida está posto em contrariedade aos argumentos com base na eticidade jurídica dos princípios da liberdade, autonomia e dignidade, não tendo sido alcançado o desejo de Sampedro⁴⁰ ao entender que “o morrer é um ato humano de liberdade suprema”. Inobstante a isso, tudo pode mudar rapidamente, ainda em 2020, caso a proposta ao reconhecimento da eutanásia como um direito, aprovada em 11 de fevereiro de 2020 no Congresso Espanhol, venha a ser discutida e seja aprovada pelo Congresso e Senado desse país.

1.5.2 Na Inglaterra

Na Inglaterra a eutanásia é tipificada como crime com previsão de sanção de até 14 (quatorze) anos de reclusão. Inobstante a isso, esclarece a professora Doutora Adriana Maluf⁴¹ que, segundo a lei inglesa, tanto na forma ativa ou passiva se conceitua a eutanásia como “tratamento administrado com intenção de tirar a vida de outra pessoa”.

Assim, são a eutanásia e o suicídio assistido ausentes de regulamentação legal no Reino Unido, embora exista toda uma mobilização nesse sentido sob o argumento de que se deva respeitar a autonomia pessoal do paciente e a proteção do médico em seu exercício

³⁹ ENGERLHARDT apud MOLLER. Discussões sobre o Direito de Morrer no Direito Comparado Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampedro. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.231.

⁴⁰ SAMPEDRO, Ramón. **Cartas desde el infierno**. [Em linha]. Goiás: PUC, 2005. [Consult. 03 Jan. 2020]. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17657/material/CARTAS%20DO%20INFERNO,%20Ram%C3%B3n%20Sampedro.pdf>.

⁴¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito à morte digna na Inglaterra: análise jurídica do caso Lilian Boyes. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p.254-255.

profissional, mostrando-se um avanço o fato de ser considerado lícito o ato de o doente recusar a tratamento médico oferecido, sob a condição de que comprove capacidade para fazê-lo e utilize as diretivas antecipadas de vontade.

Em relação ao suicídio, o ato dele em si, na Inglaterra, não é tipificado como crime, fato que se diferencia do suicídio assistido, o qual é considerado ilegal, podendo-se citar o *leading case* envolvendo a cidadã britânica Lillian Boyes⁴² que conta a história de uma mulher de 70 (setenta) anos portadora de artrite reumatoide, que conviveu com tal doença por mais de treze anos sob a imposição de muito sofrimento, que tornava sua vida insuportável, sendo essa razão de a mesma ter pedido ao seu médico para lhe administrar dose letal de cloreto de potássio no objetivo de fazer cessar suas dores, pedido esse atendido pelo médico, Dr. Cox, o qual foi processado em 1992 e retornado às atividades depois de algum tempo, quando a prova da injeção de substância letal resultou inconclusiva para comprovar ter sido essa, de fato, a causa da morte de Lillian.

Em recente votação no ano de 2016 houve uma tentativa de votação no Parlamento Europeu da “Declaração pela dignidade no fim da vida⁴³” proposta pela espanhola Elana Valenciano do Partido Socialista Obreiro Espanhol, com ampla rejeição, haja vista que dos 751 membros do Parlamento, somente 95 deles votaram se posicionando a favor da eutanásia.

Dessa forma, continua a se punir a eutanásia no Reino Unido como homicídio, podendo a pena a ser aplicada de maneira concreta ser atenuada e as disposições legislativas sobre o assunto podem ser encontradas no “O homicide Act 1957⁴⁴ combinado com o Offences Against the Person Act 1861⁴⁴”.

⁴² Lillian Boys era uma mulher de 70 (setenta anos) acometida de doença incurável que apresentava muitas dores, com história contada em HOPE, Tony; DUNN, Michael. **The moral rights of the authors have been asserted**. 2ª ed. United Kingdom, 2018.p. 19.

⁴³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS – **Eutanásia declaration fails at European Parliament**. [Em linhas]. 2016. [Consult. Dez 2019]. Disponível em: <https://nationalrighttolifenews.org/news/2016/01/euthanasia-declaration>.

⁴⁴ Cf. pesquisa sobre estudo comparado da Eutanásia em **Eutanásia e suicídio assistido – legislação comparada**. Coleção temas nº 60. [Em linha]. Portugal: Divisão de informação legislativa parlamentar. Assembleia da República. Abr 2016, p. 42. [Consult. 10 out de 2019] Disponível em: https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf

Por fim, é necessário frisar que no dia 30 de julho de 2018 a suprema Corte do Reino Unido decidiu que “a eutanásia pode ser concretizada com desligamento de aparelhos para pacientes em estado vegetativo somente nos casos em que haja consenso entre médicos e familiares, sem recurso ao Tribunal de Proteção Britânico⁴⁵”.

Note-se, no entanto, que no estado vegetativo, ainda mais quando ele é persistente, boa parte da indicação clínica é no sentido de considerar o uso da nutrição e da hidratação artificial como um tratamento, podendo consistir em obstinação terapêutica e quando há a suspensão desse tratamento tal fato pode ser muito mais caracterizado como ortotanásia do que como uma eutanásia, haja vista que a morte do paciente pode-se dar muito mais pela sua condição clínica do que propriamente pela suspensão do tratamento, razão pela qual essa decisão da Corte é passível de interpretação.

1.5.3 Na Dinamarca

A eutanásia não está autorizada na Dinamarca, sendo tipificada como crime no Art. 239º do Código Penal Dinamarquês, com previsão de sanção de prisão de até três anos, para aquele que mata sob pedido expresso de alguém, constando na legislação penal como tipo autônomo de homicídio.

Frise-se, por oportuno, que o auxílio ao suicídio também é conduta tipificada no Art. 240º do citado normativo legal.

Admite-se, contudo, desde o ano de 2005, o testamento vital⁴⁶ estando de forma expressa nos artigos 26º e 27º da Lei geral sobre cuidados de saúde.

⁴⁵ SUPREMA Corte decide que eutanásia no Reino Unido não precisa de autorização judicial. **Gaúchazhsaúde**. Porto Alegre (31 Jul. 2018) [Consult. 29 Nov. 2019]. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2018/07/suprema-corte-decide-que-eutanasia-no-reino-unido-nao-precisa-de-autorizacao-judicial-cjka2vbr002rb01p6bznp5y2.html>

⁴⁶Cf. pesquisa sobre estudo comparado da Eutanásia em **Eutanásia e suicídio assistido – legislação comparada**. Coleção temas nº 60. [Em linha]. Portugal: Divisão de informação legislativa parlamentar. Assembleia da República. Abr 2016, p. 23. [Consult. 10 out de 2019] Disponível em: https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf.

1.5.4 Na Noruega

A eutanásia nesse país é considerada crime na modalidade ativa, sendo permitida na modalidade passiva desde que haja solicitação prévia de familiares no caso de doentes que não têm mais a capacidade de se comunicar. Dessa forma, caso não haja a autorização, a implicação é de que o autor do fato responda por homicídio e assuma as responsabilidades dele decorrentes.

1.5.5 Na França

É também a eutanásia ativa considerada ilegal, estando tal fato expressamente proibido no artigo R4127-38 do Código da Saúde Pública, respondendo o autor do fato por homicídio, com sanções previstas nos Artigos 221-1 e 221-5 do Código Penal da França.

A legislação francesa traz o tema sobre morte com dignidade e aos doentes em fim de vida no Art. L-1110-2-63 da Lei nº 2016-87 (conhecida por Lei Leonetti⁴⁷), de 02 de fevereiro de 2016, prevendo como sendo direito do cidadão francês ter acesso aos cuidados paliativos em instituições ou domicílio com azo a aliviar a dor e o sofrimento psíquico dos pacientes em fim de vida, resguardando assim a sua dignidade.

Faz-se necessário esclarecer que existe no ordenamento jurídico francês a previsão das disposições antecipadas da vontade ou testamento vital, assim como o direito do paciente de recusar tratamentos, o direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde e a menção expressa de que o suicídio assistido não é autorizado, evidenciando a sua conduta em crime previsto no Art. 223-3 do Código Penal.

1.5.6 Na Alemanha

Da mesma forma, como na maioria dos países europeus a eutanásia ativa é ilegal na Alemanha, sendo crime próprio de eutanásia, previsto no Art. 216º do Código Penal Alemão,

⁴⁷ Lei promulgada no ano de 2005, relativas aos direitos dos doentes em fim de vida e que veio a instaurar o direito de “deixar morrer” (ortotanásia), favorecendo os tratamentos paliativos, consistentes na administração de remédios e sedativos com o visio de diminuir o sofrimento do doente, em resguardo da sua dignidade.

com pena estabelecida de seis meses a cinco anos de prisão. Por outro lado, não se pune a eutanásia passiva, e caso não tenha o profissional de saúde o pedido expresso da vítima para a prática do ato, fica apto a responder pelo artigo 212º do Código Penal, que prevê tal conduta como crime o homicídio.

Necessário frisar que recentemente, dia 26 de fevereiro de 2020, decidiu a Suprema Corte Alemã pela permissão no sentido de liberar médicos a prescreverem métodos para abreviarem a vida de pacientes.

A decisão adveio da consideração pela Suprema Corte⁴⁸ de que a Lei Alemã datada de 2015, que previa sanção de até três anos de prisão e multa a quem participasse de suicídios de forma comercial, incluindo aí a atividade profissional do médico **é inconstitucional**, no que em casos excepcionais, o Estado não pode impedir o acesso de pacientes a produtos que lhes permita suicidar de maneira digna e sem dor. Com isso, abriu-se espaço para se permitir o suicídio assistido na Alemanha.

1.5.7 Na Itália

A Itália tem a eutanásia como vedada. Destarte, no dia 25 de setembro de 2019, a Corte Constitucional Italiana abriu precedente, e, em situação inédita, sinalizou em decisão o seguinte: “não é passível de punição quem facilite a execução de propósito de suicídio de um paciente afetado por uma patologia irreversível, fonte de sofrimentos físicos e psicológicos e o qual é plenamente capaz de tomar decisões livres e conscientes sobre a adoção ao suicídio”.

A decisão⁴⁹, que se baseia na autonomia da vontade e estabeleceu condições específicas para que o auxílio ao suicídio deixasse de ser punido, pode posteriormente servir de parâmetros de decisões que conflitam com a redação disposta no Art. 580 do Código Penal italiano, que criminaliza o auxílio ao suicídio.

⁴⁸ Cf. notícia - ALEMANHA permite suicídio assistido por médicos. Folha de São Paulo. São Paulo (26 Fev 2020). [Consult. 02 Mar. 2020]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/02/alemanha-permite-suicidio-assistido-por-medicos.shtml>

⁴⁹ Foi noticiada no sítio eletrônico a seguir com o título: “Corte da Itália dá parecer favorável ao suicídio assistido”. [Em linha] ANSA BRASIL (Agência Italiana de Notícias). Itália. 2019 [Consult. 03 Jan. 2020]. Disponível em: http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2019/09/25/corte-da-italia-da-parecer-favoravel-a-suicidio-assistido_06a1d61e-b2db-4145-b4d7-52973d03cbdf.html

Em dezembro de 2017 o Senado Italiano havia aprovado a lei do testamento vital, abrindo oportunidade a que enfermos possam dispor de um testamento prévio e vinculante para médicos, familiares e pessoas próximas, podendo a decisão sobre recusa a tratamento e alimentação ou demais atos relacionados constar em um documento tido por DAT – (Disposições antecipadas de terapia).

A Lei nº 2801, de 14 de dezembro de 2017, prevê que nenhum tratamento possa ser realizado sem o consentimento pleno, livre e informado, de forma escrita ou através de outros meios por parte do paciente, familiares ou responsáveis no caso de pessoas menores de idade e será melhor delineada mais adiante quando a pesquisa abordar o tema de testamento vital ou biológico.

1.5.8 Em Israel

Há vedação em Israel da eutanásia tanto na abrangência da Lei judaica como no Estado de Israel, vedando-se também a ortotanásia. De acordo com Adriana Maluf⁵⁰, pelas leis judaicas, ocorrendo o mesmo nas leis de Israel, fica no encargo dos Comitês de Ética hospitalar a administração das decisões casuísticas envolvendo os casos de morte com dignidade.

1.5.9 Na Suíça

Na Suíça⁵¹ não se permite a eutanásia ativa, mas a assistência passiva do suicídio assistido é tolerada desde o ano de 1942. Nesses casos, o próprio doente é quem aplica em si a dose letal, sem a ajuda médica, fazendo uso de clínicas especializadas, a exemplo da Dignitas que funciona desde 1998.

⁵⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito à morte digna na Inglaterra: análise jurídica do caso Lilian Boyes. *In Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN: 978-858-49-4314-6, p.257.

⁵¹ *Ibidem*.

É interessante mencionar que embora seja a Suíça conhecida por ser o país onde muito se pratica o suicídio assistido, em termos legislativos é um país que não porta uma legislação específica nessa matéria.

1.5.10 Na Holanda

A Holanda aprovou a Lei de Terminação da Vida a Pedido e Suicídio Assistido no ano de 2001, a qual passou a ter vigência, no dia 01 de abril de 2002, tendo sido o primeiro país da Europa a permitir a Eutanásia activa direta, ou seja, realizada por médico.

Esclarece Inês Godinho⁵² que a Lei veio a alterar duas importantes alterações no Código Penal holandês, o artigo 293, que tratava do homicídio a pedido da vítima e o artigo 294, que tratava da incitação ao suicídio, passando a estabelecer critérios de cuidados a serem cumpridos pelos médicos com vistas a justificar sua conduta perante tais casos.

Nos termos do Art. 293, nº 2, não se pune o homicídio (previsto no Art. 292, nº 1) se a conduta tiver sido praticada por médico que tenha cumprido os critérios de cuidado devido descritos no próprio item da lei e no art. 7º, 2 da Lei de enterros e cremações. Na incitação ao suicídio, Art. 294, nº 2 - sendo praticado por médico e cumprindo ele os critérios de cuidados devidos já mencionados, a sua conduta deixa de ser punível.

Os critérios inerentes aos cuidados a serem cumpridos são os seguintes: a) estar o médico convencido de que o pedido feito pelo doente foi feito de forma pensada e voluntária b) estar o médico convencido de que o doente tem um quadro de sofrimento duradouro e insuportável c) informar o médico ao doente sobre o seu prognóstico, esclarecendo bem a situação em que o mesmo se encontra e as expectativas sobre o caso d) de forma consensual com o doente entender que não existe outra solução razoável para situação em que se encontra o doente e) estudar o caso junto com pelo menos outro médico e solicitar dele que examine o paciente e responda os quatros quesitos anteriores f) terminar a vida do doente ou assistir ao suicídio dele com o devido cuidado.

⁵² GODINHO, Inês Fernandes. **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p.271.

1.5.11 Na Bélgica

A Bélgica aprovou sua lei autorizando a eutanásia no dia 16 de maio de 2002. Para isso impôs algumas condições para que o ato não seja enquadrado como punível, dentre elas:

- a) Aquele que pratique o ato seja médico;
- b) Que o paciente seja maior de idade ou menor antecipado, capaz e consciente no momento do pedido;
- c) Que o pedido seja formulado de forma voluntária, reflectida e reiterada, livre de pressões externas e de forma escrita;
- d) Que o paciente sofra de doença grave, sem cura, capaz de lhe causar grande sofrimento;
- e) Que o médico respeite as condições e procedimentos prescritos em lei, da forma disposta no Art. 3º, § 1º da Lei, estando dentre os procedimentos os seguintes: informação ao paciente sobre o estado de sua saúde e a expectativa de vida, necessidade de discussão com o mesmo sobre as possibilidades terapêuticas ainda existentes, consciência de que o pedido do paciente é voluntário e razoável, certificar-se de que a persistência do sofrimento do paciente e sua irresignação quanto a reiterar sua vontade, consultar com outro médico, quanto ao fato da doença ser incurável, possibilitando que outro profissional independente analise o prontuário e faça suas ponderações, discuta os pedidos com os familiares ou com quem o paciente indicar, assegure-se de que o paciente possa discutir o pedido com pessoas próximas a ele;
- f) Que os documentos inerentes ao caso sejam armazenados em dossiê clínico do paciente;

g) Previsão de uma Comissão federal para acompanhar e controlar a avaliação da aplicação da Lei de modo a verificar que a eutanásia foi feita sob termos e condições estabelecidas em Lei.

É necessário frisar que tal lei não abrange os casos de suicídio assistido, em que pese o Código Penal Belga não apontar como criminosa essa conduta. Observa-se ainda que em 2014 foi autorizada a eutanásia em menores de idade, desde que sejam portadores de uma doença terminal, com previsão ainda de consentimento dos pais e dos médicos psiquiatras e assistentes.

Em análise geral, após algumas denúncias de falhas da comissão em casos não esclarecidos de morte por eutanásia, informa o jornal Observador⁵³ que vários profissionais de saúde, além de académicos, assinaram uma petição no ano de 2019 exigindo maior controlo nos casos de morte medicamente assistida a pacientes psiquiátricos.

Em pesquisa⁵⁴ realizada pela *Living for Choice* da Comissão Federal Belga de Controle e Avaliação da Eutanásia em 14 de dezembro de 2016, restou evidenciado que de 4337 (quatro mil trezentos e trinta e sete) pessoas que optaram pela morte assistida entre 2016 e 2017 na Bélgica, a maior parte sofria de cancro, sendo destes 710 (setecentos e dez) idosos com problemas terminais, 77 (setenta e sete) eram pacientes com sofrimento psiquiátrico e 19 (dezenove) jovens com idades entre 19 e 29 anos.

1.5.12 Em Luxemburgo

Desde 16 de março de 2009 Luxemburgo autorizou expressamente a eutanásia e a assistência ao suicídio, tendo definido eutanásia como “acto praticado por um médico, que põe intencionalmente fim à vida de uma pessoa a pedido expresso e voluntário desta”, definindo ainda a assistência ao suicídio como sendo “o facto de um médico ajudar

⁵³ Bélgica concedeu eutanásia a menores com 09, 11 e 17. **OBSERVADOR**. Lisboa (08 Ago. 2018). [Consult. 02 Mar 2020]. Disponível em: <https://observador.pt/2018/08/08/belgica-concedeu-eutanasia-a-menores-com-9-11-e-17-anos/>.

⁵⁴ Cf: a matéria jornalística Bélgica concedeu eutanásia a menores com 09, 11 e 17. **OBSERVADOR**. Lisboa (08 Ago. 2018). [Consult. 02 Fev. 2020]. Disponível em: <https://observador.pt/2018/08/08/belgica-concedeu-eutanasia-a-menores-com-9-11-e-17-anos/>.

intencionalmente outra pessoa a suicidar-se ou obter junto de outrem os meios para tal efeito, a pedido expresso e voluntário daquela”.

As condições para a prática da eutanásia ou suicídio não é punível quando: a) o paciente for capaz, maior e consciente ao fazer o pedido b) o pedido for espontâneo, voluntário e refletido c) o paciente encontrar-se em uma situação médica incurável, sem perspectiva de cura e que resulte sofrimento insuportável d) pedido escrito.

O trâmite é bastante parecido com o estabelecido na Bélgica, diferenciando-se pelo fato de o médico assistente poder, a depender da situação, fazer-se acompanhar de um perito da sua escolha e incluir a opinião ou atestado de intervenção deste último no dossier clínico⁵⁵.

⁵⁵ GODINHO, Inês Fernandes. **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2015. p. 279-280.

CAPÍTULO 2 – O (SOBRE)VIVER COMO NECESSÁRIA LUTA DE UMA MORTE DIGNA

2.1 Eutanásia em seus prós e contra

A Eutanásia se diferencia do suicídio assistido porque enquanto nesse último quem provoca a morte é o próprio paciente, embora tenha sido assistido para concretizar o evento morte, no primeiro, o ato, que culmina na morte, é praticado por um terceiro.

Do ponto de vista tanto do ordenamento jurídico brasileiro como do português as duas modalidades são consideradas ilícitas, findando por provocar a morte de um indivíduo ou a seu pedido ou por suposto respeito à sua dignidade nos instantes finais da vida.

Muitos são os argumentos favoráveis à Eutanásia, dentre eles, o mais forte seria o caráter de humanidade, com fito de resguardo da dignidade do ser humano e no seu pseudodireito a ter uma morte boa ante o estado que lhe é imposto por uma doença sem cura e que o torna dependente ao extremo de cuidados médicos constantes.

Dessa forma, tornando-se a vida algo insuportável, a disposição de um direito de interrompê-la seria um modo de “resolver o problema”, até porque, na visão do Mestre Rui Januário⁵⁶, se a existência do homem evidencia ampla liberdade e se essa não é mais possível para as escolhas da vida, que remanesça como último resquício para a escolha da morte.

A defesa para aqueles que defendem a eutanásia é no sentido de que não se afronta a inviolabilidade de uma vida porque em verdade ela passa a inexistir a cada momento, sendo provocada a pedido de quem deseja gozar de sua autonomia e de experimentar até mesmo a liberdade entre sobreviver e morrer em antecipação.

Do raciocínio anterior busca-se a defesa da autonomia plena, que unicamente seria concretizada a partir da pertença de liberdade pelo seu titular numa perspectiva de

⁵⁶ JANUÁRIO apud GODINHO. In Eutanásia. **Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade- O sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p.47.

entendimento de que o bem jurídico “vida” é somente seu, estando na sua esfera privada e não à disposição estatal. Com isso, morrer dignamente seria continuar a ter ingerência sobre o percurso da própria vida, mesmo que ele, por orientação própria, conduza-se ao caminho que leve a morte.

A aceção daquele que prima pela dignidade entende que a mesma só existe com autonomia, no que ao Estado caberia o papel de garantir essa autonomia ao ser humano para que ele, somente assim, viva com dignidade. Permitir em verdade a eutanásia é o reconhecer por parte do Estado de que proteger a vida é também reconhecer que cada ser humano é dotado de unicidade e de que ninguém pode viver contra sua vontade.

Os argumentos contrários à prática da eutanásia permeiam no fato que bem explica o doutrinador Etienne⁵⁷ ao afirmar “não ser o atributo da dignidade que serve de suporte a vida humana, mas o oposto: a vida humana é que fundamenta a dignidade” sendo muito genérico o argumento do que seja vida digna ou indigna, uma vez que a dignidade não pode ser tida como fator de exclusão, tanto é assim que não é porque a pessoa adquire uma doença e se encontra em estado terminal que ela necessariamente será menos digna do que outra considerada saudável.

Nessa toada, bem descreve o professor Doutor Adriano Godinho⁵⁸ quando faz o alerta de que:

“[...] não cabe admitir, entretanto é que a gradação da qualidade de vida possa servir como parâmetro para estabelecer também uma gradação da dignidade da pessoa humana. As pessoas são dignas porque são pessoas”.

“[...] a vida de uma pessoa não pode ser instrumentalizada a ponto de ser considerada como um simples meio que lhe permita viver certas funções ou capacidades, isto é, como pressuposto para a realização de outros bens e valores, porque na verdade, a vida de uma

⁵⁷ ETIENNE *apud* GODINHO. In **Eutanásia. Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade- O sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p.54.

⁵⁸ GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade. O sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016.p.64.

pessoa, nada mais é do que a pessoa mesma e o seu organismo, o qual, por mais debilitado que esteja, não pode ser separado dela”.

Não se pode afirmar que com a morte haverá alívio para o sofrimento, tratando-se tal fato, na visão do Professor Doutor Adriano Godinho⁵⁹ de algo muito subjetivo, não se sustentando ainda a tese de autonomia como critério de decidir por morrer em razão do paradoxo que é o fato de uma pessoa autônoma aniquilar por sua própria decisão autônoma o fato explícito da autonomia⁶⁰.

A insegurança na prática da legalização da eutanásia fica por conta de vários critérios, dentre eles: a possibilidade de o médico matar, por exemplo, não por achar a vida do paciente indigna, mas para que o mesmo possa desocupar o leito, para se ter menos trabalho, para aproveitar-se da condição vulnerável dele, por não se encontrar no esperado estado de consentir de forma livre, ou ainda pelo fato do próprio médico externar sua vontade de matar.

A eutanásia afeta o médico e a sua propensão a salvar vidas, invertendo a responsabilidade mais comezinha que seria o cumprimento do Juramento de Hipócrates⁶¹, notadamente na parte que assim se manifesta: “(...) não darei a ninguém uma dose mortal se me pedirem fazer, nem sugirirei tal procedimento”.

E assim, com a confiança ruída na relação médico e paciente resta ao médico a objeção de consciência, a análise da possível e até comum pressão econômica diante dos casos em que faltam condições (não raros), além da disponibilidade “arrogante” de alguns de portarem o poder de brincar de Deus e de ter consigo a decisão sobre a hora que um paciente pode viver ou morrer, mesmo que para isso, esteja o médico autorizado em lei e preso em sua consciência pela prática de um “ato profissional” que contraria a principal essência da profissão médica: que é a de salvar vidas.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ KEOWN *apud* GODINHO. In **Eutanásia. Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade- O sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p.61.

⁶¹ Hipócrates foi o lendário médico grego que é considerado até hoje o pai da medicina moderna. O juramento de Hipócrates surgiu por volta de 400 a.C e até hoje é base dos padrões éticos da medicina e fonte essencial do Direito Penal da Medicina tradicional. Cf: O JURAMENTO de Hipócrates por Ovídio Rocha Barros Sandoval. USP. Disponível em: <https://www.fmrp.usp.br/pb/arquivos/3652>.

As consequências da legalização da eutanásia passam por questões bastante delicadas, a exemplo da seleção de pacientes sob pretexto de que não portam dignidade, condição essa aferida autonomamente por um terceiro interessado em apenas reduzir consideravelmente os gastos de tratamento, não existindo uma forma mais rápida de resolver os gastos empregados em cuidados paliativos do que com a prática irresponsável da eutanásia.

Nessa linha discorre em síntese o professor Doutor Fernando Rey Martinez⁶² o seguinte:

As normas que vedam as práticas da eutanásia atendem aos verdadeiros propósitos sociais porque: a) protegem as pessoas em vulnerabilidade – podendo ser assim consideradas as pessoas deprimidas, acometida de dores e sob ainda pressão externa ou influência de terceiros b) porque estimulam não a supressão da vida mas os cuidados com a saúde dos pacientes c) preservam a vida daqueles que sequer podem se manifestar d) porque evitam erro de diagnóstico e) evitam abusos e erros que podem ocorrer decorrentes da autorização da eutanásia.

A eutanásia pode ser designada a partir das ações realizadas por outras pessoas com a ciência e vontade do paciente, insurgindo como um direito do paciente de decidir sobre o término de sua própria vida. Contudo, essa vontade, explica o professor Doutor Eric Hilgendorf⁶³, pode redundar em um consentimento presumido, o que inclui desde declarações verbais e escritas até convicções ideológicas, religiosas ou pessoais desse paciente no momento de uma intervenção médica, no que somente nos casos em que não for possível presumir essa vontade do paciente é que passa a se recorrer a valores gerais, razão pela qual a cautela pende a que se dê prevalência à proteção da vida humana.

Com isso, em termos jurídicos, caso não exista, por exemplo, uma diretiva antecipada de vontade de modo a esclarecer qual seria a real vontade do paciente, qualquer conduta que leve a supressão da vida desse paciente, sem tal esclarecimento, obvio será a constatação de crime de homicídio.

A valoração jurídica sobre o que vem ou não ser uma eutanásia é de fundamental importância para o entendimento da presente pesquisa. Observe-se que quando falamos de

⁶² MARTINEZ *apud* Marteleto Godinho In **Eutanásia. Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade- O sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p.67

⁶³ HILGENDORF, Eric. Tratamento jurídico da eutanásia **In Introdução ao Direito Penal da Medicina**. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 74.

eutanásia ativa direta estamos a falar de um crime de homicídio intencional de um paciente em estado grave que tenha solicitado ajuda – subsumindo-se ao tipo penal descrito como homicídio ou homicídio a pedido – não justificado sob o ponto de vista atual dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Por outro lado, ao tratarmos de eutanásia passiva referimo-nos a uma abstenção de condutas médicas ou de prolongamento da vida em pacientes graves com mínima ou nenhuma condição de reversão em seu quadro clínico. Nesse caso, o médico tem o consentimento do paciente para não proceder à obstinação terapêutica, para não mantê-lo vivo a qualquer custo, podendo inclusive interromper a nutrição, a respiração mecânica, diálise entre outros tratamentos, o que não significa que o paciente venha a morrer porque o médico foi omissos ao interromper tais tratamentos, mas pelo seu próprio estado de não conseguir sobreviver sem esse tratamento por muito tempo. Observe-se que nessas circunstâncias, não há previsão de punição no ordenamento jurídico brasileiro, nem no português e nem no Alemão.

Sobre isso, discorre ainda o professor doutor Eric Hilgendorf⁶⁴ que:

“(…) uma ação arbitrária do médico contra a vontade do paciente viola o direito deste à autodeterminação sobre o seu corpo e a sua dignidade, tendo em vista que o dever do médico termina quando o sofrimento deste se torna incurável segundo a convicção médica, a doença apresenta evolução para uma morte próxima”.

Em verdade, assim como apregoa o professor Doutor Rui Nunes⁶⁵, a eutanásia nunca é uma solução, dado que nenhuma pessoa, em suas plenas capacidades normais desejaria morrer. No entanto, para o utilitarismo, a eutanásia pode ser eticamente adequada, assim como estaria a inferir o professor Doutor James Rachels a propósito da morte assistida:

- a. “A ação moralmente certa, em qualquer ocasião é aquela que produza maior felicidade sobre a infelicidade.

⁶⁴ HILGENDORF, Eric. Tratamento jurídico da eutanásia *In Introdução ao Direito Penal da Medicina*. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 77.

⁶⁵ RACHELS apud NUNES. **Testamento Vital**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 70.

- b. Em algumas situações o balanço entre a felicidade e infelicidade pode ser alcançado pela morte assistida.
- c. Em pelo menos algumas das situações a morte assistida pode ser moralmente certa”.

Ao contrário, sob a perspectiva médica, difícil é a aceitação da legalização da eutanásia por não ser a vida nessa seara um bem disponível e nem a autonomia suficiente à mudança desse paradigma tendo em vista que ela mesma (a autonomia) pode vir a legitimar a objeção de consciência ante a exigência de condutas contrárias aos valores morais, éticos e médicos.

O maior receio, inclusive por parte dos médicos é que não existam mecanismos eficientes de controle social que venham a garantir que a eutanásia não seja praticada em pacientes que não tenham prestado seu consentimento livre e esclarecido.

Para tais questões sugere o professor doutor Rui Nunes⁶⁶ uma série de intervenções para minorar os problemas das eutanásias que não são verdadeiramente desejáveis, citando como exemplo: a) o acompanhamento espiritual b) o apoio da família c) os cuidados paliativos d) a prevenção e tratamento das dores crônicas e) uma política legislativa de reforço da autonomia dos pacientes no sentido de que se tornem independentes (fazendo o testamento vital) quanto às intervenções médicas não desejadas, de criação de um quadro regulatório de práticas de ortotanásia, de política de saúde com implementação de cuidados paliativos que levem conforto e bem-estar aos doentes e de apoio profissional.

⁶⁶ Idem, p. 79-80.

2.2 A questão da autodeterminação

Não se pode esquecer o que discorre o professor doutor José de Farias Costa⁶⁷ quando infere ser a autodeterminação o poder jurídico que o sujeito carrega, que se resume em duas linhas estruturantes, sendo uma vertical e outra horizontal.

A primeira aponta para o sujeito como ser de auto-reflexão que somente por si encontra o modo de estar e de viver consigo, sendo a única instância decisória do seu comportamento com os outros, verificando-se aqui, contudo, perigosas armadilhas nessa auto-suficiência quando ausente de auto-reflexão em razão da possibilidade de uma consequência que resulte na destruição da autodeterminação e do sujeito em si.

A segunda, entretanto, aponta para a questão do respeito que todos os outros devem merecer, não se podendo confundir que a decisão à autodeterminação pressupõe uma instância ética enquanto que a decisão heterónoma pressupõe uma instância que cabe por inteiro ao direito.

Nessa senda, diante da ponderação entre o direito à vida e o direito à autodeterminação/liberdade de até se querer morrer, há necessária discussão das mudanças no paradigma de sociedade, cujo atual deslinde recai em temática fundada na bioética. Essa, segundo o mesmo doutrinador⁶⁸ pode ser conceituada como aquilo que:

“(…) nasce e afirma-se como inescapável espaço discursivo e argumentativo de reflexão ética quando os fantásticos avanços da biologia, da medicina, da tecnologia vieram colocar os problemas novos e vieram tão só acentuar ou sublinhar, de forma particularmente intensa, questões outras que, desde sempre, tinham constituído um *punctum crucis* para os complexos e angustiantes domínios da ética”, sendo essa seara o palco de discussão das questões associadas às investigações científicas situadas no patamar humano”.

Em considerarmos que os bens jurídicos essenciais à vida humana em sociedade são: a vida, a integridade física e a liberdade, tidos, sob a ótica de consenso e da visão do professor

⁶⁷ COSTA, José de Faria. **O fim da vida e o direito penal** In Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 127.

⁶⁸ COSTA, José de Faria. **Bioética e Direito Penal (reflexões possíveis em tempo de incerteza)** in Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (organizadores). Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. I Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.111.

Doutor Adriano Godinho⁶⁹ como pilares generalizados de manutenção da mesma sociedade, concluímos que qualquer lesão a esses, tanto sob o ponto de vista ético como jurídico, redundaria em proibição.

Com isso, voltando para o foco da eutanásia, a ideia de não torná-la punível parece conectar-se com a noção de recharçamento de ajustes sociais por meio do Direito Penal Simbólico⁷⁰ na tentativa de não tornar de direito a decisão sobre a própria morte. Na verdade, esse entendimento sempre foi tido em Portugal e no Brasil como uma proteção indispensável do doente e da sociedade contra abusos cada vez mais possíveis diante do contexto fático da sociedade de risco⁷¹.

Defende-se que o ser humano possa ser protegido contra “as pretensões reiteradas da sociedade de tudo julgar em função dos seus interesses, de considerar como moral e legal tudo o que lhe é útil, como imoral e ilegal tudo o que lhe é prejudicial⁷²”, mostra-se necessário que a lei continue a proteger o direito à vida de cada ser humano porque sem a sua existência, não há, por conseguinte, autodeterminação.

O filósofo e jurista Chaim Perelman⁷³ vai além ao tratar de casos sensíveis como a eutanásia para pontuar o seguinte: “se existem situações extraordinárias em que, apesar da severidade da lei, a consciência popular deseja a absolvição, tem-se exatamente para tais casos, o Tribunal do Júri, sendo justamente para atuar nesse tipo de situação, a principal razão de existir tal instituto, constituindo a proteção mais eficaz contra a aplicação da lei que vai de encontro a um sentimento geral”.

Nesse contexto, faz-se necessária a continuidade da proteção da vida dos seres humanos, mesmo que em certas circunstâncias se possam buscar mecanismos para mitigar os

⁶⁹ KUHLMANN *apud* GODINHO – **Ética, Medicina, Direito Penal e Estado: aproximação ao problema in Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2015.p.44.

⁷⁰ Refere-se à expressão dada por Jorge de Figueiredo em sua obra *Direito Penal*, p.52 - que considera a reafirmação contrafática da fidelidade às normas jurídicas de um dado ordenamento jurídico positivo.

⁷¹ Refere-se à ideia dada por BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial em busca da segurança perdida**. Lisboa: Almedina, 2015, p. 21.

⁷² PERELMAN, Chaim – Considerações morais *In Ética e Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. Tradução: João C. S Duarte, 2002, p.281.

⁷³ *Ibidem*.

casos de sua severidade. Contudo, para isso, o Estado deve estar preparado para arcar com a responsabilidade de cumprir o princípio fundamental de respeito à vida e os custos dele decorrentes, sob pena de a Constituição viger, nesse aspecto, sob a concepção formal do teórico Ferdinand Lessalle⁷⁴.

A problemática da eutanásia pode se reportar com uma das tentativas de ajustes das funções do direito penal, a apontar para um Direito Simbólico⁷⁵ no sentido de acolher as pretensões reiteradas da sociedade, onde pessoas e instituições - com algum tipo de interesse - julgam em função de seus próprios interesses e consoante a utilidade aferida pelo resultado pretendido.

Bem assim discorre o professor Doutor José de Faria Costa⁷⁶:

“O Sujeito que decide em total autonomia, não pode ser compreendido como um sujeito que decide solipsisticamente. O obnubilamento, o efectivo e real desaparecimento do sujeito dá-se, paradoxalmente, quando este, por fenómenos de corrupção autista, crê que o mundo se centra e gira em torno do seu “eu” ideal e descarnado que ele próprio julga representar em plenitude. Nada mais falso. Por isso, este é um dos maiores perigos – se não o maior – de uma errada compreensão do que seja a autodeterminação”.

Tal pensamento encontra limites no que há muito tempo afirmou o filósofo Immanuel KANT⁷⁷ quando, a partir da análise de autodeterminação e liberdade, tida como resultado de uma autolegislação perfez o entendimento de que as leis autopromulgadas só poderiam gerar liberdade se fossem estabelecidas a partir de um exame dos motivos concretos e racionais, bastando a vontade humana como comprovação de que a ele seja facultada a capacidade de ser livre.

⁷⁴ Ferdinand Lassale introduziu no estudo constitucional a compreensão de constituição real – que seria o conjunto de fatores reais de poder que regem o país e constituição formal ou “folha de papel”. Segundo esse autor o valor e a durabilidade da Constituição escrita dependem da sua coerência com os fatores sociais existentes na Constituição real, sob pena de se tornar inócua, resultando em seu descumprimento. Assim, a essência de uma Constituição estaria na incorporação a uma folha de papel dos fatores reais de poder, mas o que lá se escreve só terá valor se o conteúdo se justificar pelos fatos reais e efetivos de poder.

⁷⁵ GODINHO, Inês Fernandes apud Faria Costa – **Problemas da Lesão do Bem Jurídico da Vida Humana In Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p.36.

⁷⁶ COSTA, José de Faria. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos. Alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 129.

⁷⁷ KANT apud HONNETH. **O direito da liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 63.

Na percepção de que essa liberdade deva obediência ao princípio da universalidade em relação a todos os indivíduos, com a ideia de que se devem tratar todos os sujeitos da mesma maneira, como seres autónomos, assim como se esperaria cada um ser tratado por todos, chegamos assim, no ponto crucial de que:

“(...) a pessoa que propõe resistir ou desobedecer a algum item de legislação está afrontando a própria ideia de direito”, pois mesmo supondo que a dissidência seja conscienciosa e baseada em argumentos morais impecáveis, ainda equivale a voltar as costas à ideia de compartilharmos uma visão sobre o direito ou a justiça e de implementá-la em nome da comunidade”⁷⁸

Com isso, temos de um lado a lei em carácter absolutamente impositivo de respeitar o direito à vida e de outro a possibilidade, em restritiva e peculiar situação, que mesmo continuando a privilegiar o carácter absoluto da vida, autorize-se uma intervenção no sentido de prover pela não punibilidade da regra a que se viola, recorrendo-se a ficções para mitigar a severidade da lei para que se permita morrer de forma digna.

Ao perscrutarmos a Constituição da República Portuguesa no título II – Dos direitos, liberdades e garantias pessoais, temos que:

“Art. 24º, 1 – *A vida é inviolável*, 2 – Em caso algum haverá pena de morte
Art. 25º, 1 – *A integridade moral e física das pessoas é inviolável* (...).
Art. 26º, 1 – A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal ao *desenvolvimento da personalidade*, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e a reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.
(...), 3 – A lei garantirá a *dignidade da pessoa* [...]”.

Com isso, ao tempo em que se diz que a vida é inviolável, concede-se ao homem um direito à formação da personalidade de forma livre, dota-o de autodeterminação decisória e da disposição de um direito de personalidade fundado numa garantia de sua esfera jurídico pessoal, no que essa proteção de liberdade serve de supedâneo para o direito à autodeterminação nos moldes do direito à vida.

O problema é que para o estudo voltado à finitude da vida, essa dicotomia gera um conflito de valores no âmbito da Constituição Portuguesa, em que de um lado se observa o

⁷⁸ KANT *apud* WALDRON – O positivismo de KANT *In A dignidade da legislação*. Tradutor: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 73.

direito à vida e a saúde de um cidadão e de outro o direito à sua autodeterminação em não querer, por exemplo, exercer os dois direitos anteriormente citados em caso de estar em estado terminal.

Pela concordância prática e em aplicabilidade do que se dispõe na força jurídica do art. 18º, nº 2: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Assim, embora fique claro que o respeito a um dos bens em conflito importe na violação do outro, é de bom alvitre esclarecer que trata de um conflito relativo a uma mesma pessoa, ou seja, a escolha entre o respeito à vida de uma pessoa e a autodeterminação dessa mesma pessoa, no que a autonomia, a dignidade e os demais direitos são inerentes a mesma pessoa e não transcende, por si, a prejudicar interesses alheios, evidenciando que o Estado Democrático Português seja um Estado tachado de não paternalista⁷⁹.

Sobre isso, o teórico social Isaiah Berlin⁸⁰ considera o pensamento do filósofo Kant⁸¹, citado anteriormente, como sendo despótico e tirânico, um insulto à sua concepção de si mesmo como ser humano, sendo tal entendimento também seguido pelo Professor Ronald Dworkin⁸² quando mencionou: “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”.

Portugal e Brasil assentam seus Estados Democráticos na dignidade da pessoa humana, respectivamente nos artigos 1º da CRP e 1º, III da CRFB, preservando a autonomia de cada ser e modificando as relações, notadamente a que envolve médico e paciente, pois esse, em razão de sua autonomia, passou a participar das decisões sobre sua saúde e até

⁷⁹ Refere-se ao que JORGE REIS NOVAIS entende por àquele Estado que se arroga na pretensão de proteger de forma sistemática o cidadão contra si próprio, deixando muitas vezes de reconhecer direitos decorrentes de cidadania, da liberdade e da dignidade. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**, p. 235.

⁸⁰ BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.) Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.17.

⁸¹ Op. Cit, p.42.

⁸² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009. ISBN: 9788578270780, p. 307.

mesmo de sua morte em vida, contando-se de sobremaneira a vontade do paciente/doente pelo direito de autodeterminação.

Numa perspectiva constitucional portuguesa, esclarece a professora Doutora Inês Godinho⁸³ que:

“O direito à autodeterminação prevalece sobre o direito à vida. E este ponto e, precisamente, a vontade informada do paciente nos casos de eutanásia passiva e da eutanásia indirecta ou, por outras palavras, (pelo menos) até o homicídio a pedido da vítima (punível).

[...] a autodeterminação sobre a própria vida termina no momento a partir do qual se trate de um homicídio.

[...] A CRP refere-se à vida como sendo inviolável, mas [...] o direito a vida não pode ser compreendido como direito absoluto, podendo-se falar numa disponibilidade sobre a própria vida, o que se traduz no suicídio (que não é punível) e na necessidade de consentimento do doente para administração de medidas de sustentação da vida. Consequentemente, não pode dizer-se “in totó” que existe qualquer disponibilidade sobre o bem jurídico – vida - por parte do seu titular”.

Nesse sentido, também em relação ao assunto tratado na Constituição Brasileira, muito bem argumentam os Professores Doutores Flávia Piosevan e Roberto Baptista Dias sobre a autodeterminação quando mencionam o seguinte⁸⁴:

“Conclui-se que a ordem constitucional de 1988, inspirada no princípio da dignidade humana a iluminar e a redimensionar todo o universo de direitos – com destaque aos direitos à vida e à liberdade-, assegura o direito à morte digna como um direito constitucional implícito, decorrente de seus valores, regimes e princípios. No Estado Democrático de Direito, pautado no pluralismo e no secularismo, autoriza ao titular do direito à vida que possa dela dispor, decidindo, livremente, com fundamento em sua concepção de dignidade, sobre a intenção de continuar a viver e o modo como pretende morrer. O reconhecimento constitucional do direito à morte digna decorre dos direitos à liberdade, à autonomia, ao respeito e à vida, no marco de um Estado laico, no que impera a razão pública secular”.

Por fim, a compreensão de autodeterminação/autonomia em termos de fim da vida perpassa pela alteração no sentido de ato médico⁸⁵, pelo “consentimento (*strictu sensu*), testamento biológico e consentimento presumido”⁸⁶.

⁸³ GODINHO, Inês Fernandes apud Faria Costa – Problemas da Lesão do Bem Jurídico da Vida Humana *In Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p.106-107.

⁸⁴ PIOSEVAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna. *In Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p.77.

2.3 A ortotanásia no Brasil e em Portugal

2.3.1 A ortotanásia e seu processo de regulamentação no Brasil

No Brasil não vigora ainda nenhum diploma legal em nível nacional que regule a eutanásia e a ortotanásia. Esclarece-se que a ortotanásia não antecipa a morte, mas deixa que a mesma se concretize de forma natural, evitando os tratamentos não paliativos de prolongamento da vida de doentes sem condição de cura.

O foco da ortotanásia é também o de evitar intervenções médicas ineficazes que se consubstanciem em desgastes e em ofensa à dignidade daquele que já não tem mais perspectiva de viver por muito tempo, resguardando-se com isso o respeito à dignidade, à saúde promotora do bem-estar (art. 6º e 196 da CRFB), à liberdade/autonomia privada (art. 6º da CRFB), o direito do paciente de não ser submetido contra sua vontade a tratamento médico (art. 15 do Código Civil Brasileiro).

Não se pode esquecer que a falta de regramento legal para a legalização da ortotanásia ensejou a busca de várias alternativas de tratativas sobre o tema, graças, em boa parte, à sua urgente necessidade devido às reiteradas experiências com doentes em estágio terminal em diversos hospitais do país.

Em âmbito nacional temos a Resolução nº 41, de 31 de outubro de 2018, que dispõe sobre as diretrizes para a organização dos cuidados paliativos, à luz dos cuidados continuados

⁸⁵ A definição encontra-se de forma expressa na Discussão Pública referente ao Projeto de Regulamento que define o ato médico, constante no **Diário da República** n.º 62/2019, Série II de 2019-03-28 aviso nº 5392/2019 da seguinte forma: “O ato médico consiste na atividade diagnóstica, prognóstica, de investigação, de perícias médico-legais, de prescrição e execução de medidas terapêuticas farmacológicas e não farmacológicas, e de técnicas médicas, cirúrgicas e de reabilitação relativas à saúde e à doença física, mental, social das pessoas, grupos ou comunidades, no respeito pelos valores deontológicos da profissão médica. 2 - Constituem ainda atos médicos as atividades técnico-científicas de ensino e formação, de assessoria, governação e gestão clínicas, e de educação e organização para a promoção da saúde e prevenção da doença, quando praticadas por médicos”.

⁸⁶ Na visão de Inês Godinho (*Ibidem*) citando Jorge de Figueiredo Dias, o consentimento *stricto sensu* para o ordenamento português, em verdade, seria uma instituição complexa por se manifestar como causa de afastamento da tipicidade penal ou causa de exclusão de ilicitude, agindo da última forma quando a lei penal resolve o conflito concedendo prevalência à realização do sistema social e confere a consequente justificação ao fato tipicamente praticado. Em relação ao testamento biológico trata de um documento onde se presta a vontade do doente e ao consentimento presumido, tacha-se aquele em que não há um prévio consentimento do paciente e há de se considerar como critério o que corresponder, sob juízo objetivo a decisão de um paciente em utilização a parâmetro razoável.

integrados no âmbito Sistema Único de Saúde (SUS), mencionado entre outras disposições as seguintes:

(...)

Art. 2º Cuidados paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais. Será elegível para cuidados paliativos toda pessoa afetada por uma doença que ameace a vida, seja aguda ou crônica, a partir do diagnóstico desta condição.

Art. 3º A organização dos cuidados paliativos deverá ter como objetivos: I - integrar os cuidados paliativos na rede de atenção à saúde; II - promover a melhoria da qualidade de vida dos pacientes; III - incentivar o trabalho em equipe multidisciplinar; IV - fomentar a instituição de disciplinas e conteúdos programáticos de cuidados paliativos no ensino de graduação e especialização dos profissionais de saúde; V - ofertar educação permanente em cuidados paliativos para os trabalhadores da saúde no SUS; VI - promover a disseminação de informação sobre os cuidados paliativos na sociedade; VII - ofertar medicamentos que promovam o controle dos sintomas dos pacientes em cuidados paliativos; e VIII - pugnar pelo desenvolvimento de uma atenção à saúde humanizada, baseada em evidências, com acesso equitativo e custo efetivo, abrangendo toda a linha de cuidado e todos os níveis de atenção, com ênfase na atenção básica, domiciliar e integração com os serviços especializados.

Art. 4º Serão princípios norteadores para a organização dos cuidados paliativos: I - início dos cuidados paliativos o mais precocemente possível, juntamente com o tratamento modificador da doença, e início das investigações necessárias para melhor compreender e controlar situações clínicas estressantes; II - promoção do alívio da dor e de outros sintomas físicos, do sofrimento psicossocial, espiritual e existencial, incluindo o cuidado apropriado para familiares e cuidadores; III - afirmação da vida e aceitação da morte como um processo natural; IV - aceitação da evolução natural da doença, não acelerando nem retardando a morte e repudiando as futilidades diagnósticas e terapêuticas; V - promoção da qualidade de vida por meio da melhoria do curso da doença; VI - integração dos aspectos psicológicos e espirituais no cuidado ao paciente; VII - oferecimento de um sistema de suporte que permita ao paciente viver o mais autônomo e ativo possível até o momento de sua morte; VIII - oferecimento de um sistema de apoio para auxiliar a família a lidar com a doença do paciente e o luto; IX - trabalho em equipe multiprofissional e interdisciplinar para abordar as necessidades do paciente e de seus familiares, incluindo aconselhamento de luto, se indicado; X - comunicação sensível e empática, com respeito à verdade e à honestidade em todas as questões que envolvem pacientes, familiares e profissionais; XI - respeito à autodeterminação do indivíduo; XII - promoção da livre manifestação de preferências para tratamento médico através de diretiva antecipada de vontade (DAV); e XIII - esforço coletivo em assegurar o cumprimento de vontade manifesta por DAV.

Art. 5º Os cuidados paliativos deverão ser ofertados em qualquer ponto da rede de atenção à saúde, notadamente: I - Atenção Básica: ordenadora da rede e coordenadora do cuidado, será responsável por acompanhar os usuários com doenças ameaçadoras de vida em seu território, prevalecendo o cuidado longitudinal, ofertado pelas equipes de atenção básica, conjuntamente com o Núcleo Ampliado de Saúde da Família (NASF-AB), com a retaguarda dos demais pontos da rede de atenção sempre que necessária; II - Atenção Domiciliar: as equipes de atenção domiciliar, cuja modalidade será definida a partir da intensidade do cuidado, observando-se o plano terapêutico singular, deverão contribuir para que o domicílio

esteja preparado e seja o principal locus de cuidado no período de terminalidade de vida, sempre que desejado e possível. Será indicada para pessoas que necessitem de cuidados paliativos em situação de restrição ao leito ou ao domicílio, sempre que esta for considerada a oferta de cuidado mais oportuna. III - Atenção Ambulatorial: deverá ser estruturada para atender as demandas em cuidados paliativos proveniente de outros pontos de atenção da rede; IV - Urgência e Emergência: os serviços prestarão cuidados no alívio dos sintomas agudizados, focados no conforto e na dignidade da pessoa, de acordo com as melhores práticas e evidências disponíveis; e V - Atenção Hospitalar: voltada para o controle de sintomas que não sejam passíveis de controle em outro nível de assistência. Art. 6º Os especialistas em cuidados paliativos atuantes na RAS poderão ser referência e potenciais matriciadores dos demais serviços da rede, podendo isso ser feito in loco ou por tecnologias de comunicação à distância.

Art. 7º O acesso aos medicamentos para tratamentos dos sintomas relacionados aos cuidados paliativos, notadamente opióides, deverá seguir as normas sanitárias vigentes e observar as pactuações entre as instâncias de gestão do SUS.

Art. 8º O financiamento para a organização dos cuidados paliativos deverá ser objeto de pactuação tripartite, observado o planejamento e a organização dos cuidados continuados integrados na RAS (...).

Nesse mesmo sentido, vários Estados do Brasil estão a promulgar leis com azo a implantar uma atenção aos cuidados paliativos podendo-se citar:

A Lei nº 15277, de 31 de janeiro de 2019 do Estado do Rio Grande do Sul que prevê, entre outras medidas, as seguintes:

A instituição de uma política estadual de Cuidados Paliativos visando à atenção integral de saúde das pessoas com doenças ameaçadoras à vida, define o tempo do emprego dos cuidados paliativos: “**Parágrafo único.** Os cuidados paliativos devem ser ofertados o mais precocemente possível no curso de qualquer doença potencialmente fatal, com o objetivo de garantir melhor qualidade de vida de indivíduos e de suas famílias, mediante prevenção e alívio de sofrimento físico, psicológico, social e espiritual, estendendo à fase de luto”, enumera os princípios que norteiam os cuidados paliativos, desde que seja respeitada a vontade dos indivíduos e representantes, estabelece as diretrizes da política estadual de cuidados paliativos, prevê que a organização dos serviços, os fluxos, as rotinas e a formação dos profissionais de saúde sejam os mesmos preconizados pelos órgãos gestores do Sistema Nacional de Saúde Brasileiro e que as despesas decorrentes da execução da lei fiquem a cargo de dotações próprias do Estado.

O projeto de Lei nº 231 de 2018, do Estado de São Paulo, dispendo sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento em fase terminal, com destaque ao seguinte:

Objetivo de: regular e proteger o exercício do direito das pessoas quanto à informação e à tomada de decisão durante o processo de enfermidade terminal, de modo prévio ou concomitante a ela, os deveres e direitos dos profissionais de saúde

e as garantias que os serviços de saúde públicos e privados estão obrigados a oferecer nesse processo.

Ao público alvo: pacientes em seu processo de enfermidade terminal, seja nos serviços de saúde ou em seu domicílio, aos seus representantes, familiares, profissionais de saúde e estabelecimentos de saúde com sede no Estado, sem distinção entre serviços públicos e privados

Fundamentos da Lei, no respeito à dignidade da pessoa em seu processo de grave enfermidade, na garantia de sua autonomia, na intimidade, na confidencialidade de seus dados de saúde sob todas as formas e liberdade na expressão de sua vontade, em acordo aos seus valores, crenças e desejos

O modo de manifestação da vontade do paciente: expressa durante o processo de enfermidade terminal ou de forma antecipada, na forma desta Lei, tanto para aceitar como para recusar tratamentos, interrompê-los, mediante informação adequada dos profissionais de saúde

As definições de: a) consentimento informado sobre o processo terminal da vida b) cuidados paliativos c) documentos com instruções prévias de vontade d) adequação de esforço terapêutico e) obstinação terapêutica e diagnóstica f) representante g) processo terminal da vida, diferenciando situação terminal de situação de agonia h) prontuário clínico do paciente

Os direitos da pessoa em seu processo de enfermidade tais como: a) direito de receber a informação sobre seu diagnóstico e prognóstico b) direito de ser informada sobre a possibilidade de formular instruções prévias de vontade sobre sua saúde, de receber por escrito o diagnóstico

O direito de concordar ou negar-se a receber uma intervenção ou tratamento, ou a decisão de interrompê-lo,

A revogabilidade do consentimento informado

A negativa esclarecida do paciente, deve ser feito de modo documentado, assinado por si ou por seu representante, devendo essa manifestação do paciente ser anotada em seu prontuário clínico para compor a sua história clínica.

A ordem sucessória para suprir o consentimento de acordo com o Código Civil Brasileiro

A garantia do direito ao paciente de planejar sua manifestação de vontade

A conduta do médico e dos profissionais de saúde

Os cuidados paliativos

Disciplinamento do Comitê de Ética Assistencial

Acompanhamento de implantação da Lei

Observe-se que tratam de disposições recentes datadas de 2018 em diante. Desse modo, em se considerando o lapso temporal entre a primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 1805, do ano de 2006 (ainda vigente) e o ano assinalado anteriormente, fácil é a constatação de que houve um lapso temporal de mais de doze anos no sentido de alargar a discussão sobre o tema e de ver aprovadas, pelo menos duas leis, em dois Estados, de vinte e seis e um Distrito, da Federação brasileira.

Não se pode esquecer de que nem mesmo a Resolução nº 1805/2006 do CFM foi recepcionada sem discussão no âmbito do meio jurídico brasileiro, uma vez que a mesma, em menos de seis meses de sua instituição, veio a ser suspensa, em sede de antecipação de tutela, nos autos do processo nº 2007.34.00014809-3 da 14ª vara da Justiça Federal do Distrito Federal, em razão de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal que

argumentou se tratar a ortotanásia de “um artifício homicida, expediente de razões lógicas e violador da Constituição Federal, um mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu”. A antecipação de tutela teve por fundamento o fato de que com a prática da ortotanásia se estaria diante da prática de homicídio por omissão e não de exercício regular da medicina.

O fato é que, somente após 4 (quatro) anos de instituição da citada resolução e com a revogação da medida de antecipação de tutela pela 14ª Vara da Justiça Federal, com a consequente negação de provimento, foi que a Resolução nº 1805/2006 do CFM voltou a ter validade em 05 de abril de 2011, quando se deu por definitivo o arquivamento dos autos do referido processo.

Em análise perfunctória, levando-se em consideração que o Art. 13 do CPB, § 2º prevê que a omissão é penalmente relevante quando o omitente deve e pode agir para evitar o resultado, subtende-se que o fundamento para a concessão da tutela antecipada foi a consideração de que a conduta do médico em não praticar a distanásia/obstinação terapêutica consistia em homicídio por omissão.

No entanto, como bem esclarece o professor Doutor José de Oliveira Ascensão⁸⁷, tal entendimento é totalmente equivocado do ponto de vista analítico das normas deontológicas médicas, segundo as quais, o médico não tem o dever de tentar curar a todo custo e nem de postergar inadvertidamente a morte do doente já em fase terminal, ao prolongar o estado de agonia do mesmo.

Afora a Resolução do CFM citada anteriormente, não se pode esquecer de que o Código de Ética Médica do Brasil⁸⁸ (antiga Resolução do CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009, hoje substituída e mantida nesse ponto pela Resolução nº 2217, de 27 de setembro de 2018) há tempo vem rechaçando a possibilidade de aceitação da eutanásia quando previu no art. 41 ser vedado ao médico “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu

⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira - **A terminalidade da vida**. In Estudos de Direito da Bioética Volume 4. Lisboa: Almedina, 2012, p. 170 e ss.

⁸⁸ Código de Ética Médica: **Resolução CFM nº 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

representante legal”, bem como vem aceitando e autorizando a ortotanásia, vedando-se contudo, a distanásia, ao dispor no parágrafo único do mesmo artigo o seguinte:

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

Ressalte-se que além das citadas disposições estão a tramitar alguns projetos de Lei no Congresso Nacional Brasileiro, a exemplo do projeto de Lei nº 6715/2009 com o fito de legitimar as condutas médicas de práticas de ortotanásia no Brasil, fazendo inserir ao Art. 136 o item “A” no Código Penal Brasileiro para passar a dispor da seguinte maneira:

“Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 136-A:

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

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos. § 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal”.

Analise-se ainda que os outros projetos que tratavam do mesmo tema, sendo eles os de nºs 352/2019, 116/2000, 3002/2008, 5008/2009 e 6544/2009 ou foram apensados ou arquivados e que o projeto de Lei nº 236/2012 que propõe a mudança do Código Penal Brasileiro ainda está em trâmite e caso seja aprovado antes do PL nº 6715/2009 trará, no mesmo sentido, a exclusão da ilicitude para a ortotanásia, fazendo constar tal fato no Art. 122, § 2º do CPB, da seguinte forma:

(...)

Exclusão de ilicitude

“Art. 122, § 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”.

Com isso, observa-se que o projeto de lei que pretende a mudança do CPB já é motivo de crítica em razão de que em vez de considerar a ortotanásia como causa de exclusão de tipicidade, faz constá-la como causa de exclusão de crime, situação que leva ao mesmo equívoco de entendimento já exposto quando da discussão sobre a suspensão da Resolução nº 1805/2006 do CFM, tendo em vista que o médico não possui o dever de garante nos termos aqui pesquisados, pois, embora empregue ele todos os meios para salvar a vida do doente, todos eles tornar-se-ão inócuos, em razão de o doente se encontrar em fase terminal e predestinado à morte.

Por óbvio, é necessário frisar que o que vem a causar a morte do doente em fase terminal não é a abstenção do médico de proceder a tratamentos ineficazes mas a doença a que estava acometido o mesmo, sem chances de reversão.

Em relação à prática da eutanásia, surge, com bastante novidade, no referido projeto, a possibilidade de concessão de perdão judicial consoante se vê no artigo 122, § 1º a seguir:

Eutanásia

“Art. 122 Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos

§ 1º o juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estritos laços de afeição do agente com a vítima”.

Da análise acurada sobre a mudança pode-se observar uma perigosa discricionariedade no poder de decisão do juiz ante a elasticidade interpretativa propiciada pela norma, o perdão não é voltado ao profissional médico, mas a qualquer pessoa que tenha laços de afeição com a vítima, a qual, seguramente, por não ser médica, sequer saberá delimitar o sofrimento físico insuportável para praticar o ato de forma segura.

2.3.2 A ortotanásia e o processo de regulamentação em Portugal

A ortotanásia tem a ver com a prática profissional dita pelo professor Doutor Rui Nunes⁸⁹ como adequada e diligente, com suspensão ou abstenção de meios desproporcionados de tratamento, o que pode incluir as ordens de não reanimar e cristalizar uma noção de que a vida humana, no final de sua existência tem que ser respeitada com dignidade em contraposição a uma má prática médica, no que se deve envolver aos pacientes para esclarecê-los sobre as decisões a serem tomadas de modo a respeitar às suas vontades, visando o seu melhor interesse.

Em Portugal, houve recente mudança legislativa da Lei de Bases de Saúde, vindo a Lei nº 95, de 2019 de 04 de setembro a revogar a Lei nº 48/90, de 04 de abril, não tendo havido alteração quanto ao entendimento já apregoeado anteriormente no sentido de que o ordenamento jurídico português continua a reconhecer a autonomia da vontade em relação a questões de saúde.

Em linhas gerais, a nova lei passa a: a) incluir no atendimento do Sistema Nacional de Saúde como beneficiários os cidadãos nacionais de países terceiros ou apátridas, requerentes de proteção internacional e migrantes independentemente de constarem com situação legalizada no país, b) mencionar pela primeira vez os cuidadores informais, sem a ideia inicial de fazer constar a necessidade de um estatuto de cuidadores, b) vedar a facilitação de mobilização dos médicos entre o setor público e o setor privado, d) continuar a manutenção das taxas moderadas para poder controlar a procura desnecessária, prevendo algumas exceções em caso de doença com vulnerabilidade especial e falta de recursos e) prever a redução de recursos para o setor privado em relação também aos acordos de cooperação e convenções realizadas com instituições no setor social.

Não se pode esquecer, haja vista entrar no foco da presente pesquisa que a Nova Lei Portuguesa reforça a necessidade das pessoas de serem informadas de forma adequada, acessível, objetiva e completa sobre os benefícios e os riscos das intervenções propostas, bem como sobre a evolução do seu estado de saúde, sobre o direito que tem o paciente de decidir

⁸⁹ NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira. **Testamento Vital**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 66.

de forma livre e consciente sobre os cuidados de saúde que lhes são propostos e o de emitir diretivas antecipadas de vontade, evidenciando em várias partes da lei a questão da autonomia do paciente, constando a informação com “uma propriedade da pessoa”, senão vejamos:

(...)

“Base 2

Direitos e deveres das pessoas

1 - Todas as pessoas têm direito:

(...)

e) A ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar;

f) A decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excecionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde;

g) A aceder livremente à informação que lhes respeite, sem necessidade de intermediação de um profissional de saúde, exceto se por si solicitado;

(...)

l) **À promoção do bem-estar e qualidade de vida** durante o envelhecimento, numa perspectiva inclusiva e ativa que favoreça a capacidade de decisão e controlo da sua vida, através da criação de mecanismos adaptativos de aceitação, **de autonomia** e independência, sendo determinantes os fatores socioeconómicos, ambientais, da resposta social e dos cuidados de saúde.

e) **A ser informadas de forma adequada**, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e **riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano** de cuidados a adotar;

f) **A decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos**, salvo nos casos excecionais previstos na lei, **a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde;**

(...)

Base 12

Literacia para a saúde

1 - O Estado promove a literacia para a saúde, permitindo às pessoas compreender, **aceder e utilizar melhor a informação sobre saúde**, de modo a decidirem de forma consciente e informada.

Base 15

Informação de saúde

1 - **A informação de saúde é propriedade da pessoa”.**

Em relação à prática da ortotanásia em Portugal subteende-se que a mesma nunca foi proibida e já tomando por experiência a aceitação sobre o assunto, o país há tempo vinha discutindo sobre o tema.

Nesse sentido, ainda no ano de 2009 o professor Doutor Rui Nunes em seu artigo denominado “proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais”⁹⁰ discutia sobre o tema, clarificando o fato de que o assunto já havia sido discutido no ano de 2005 pela UNESCO – junto à Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, recordando que desde 1976 por meio do *California Natural Death Act* o “living will” havia sido legalizado naquele Estado americano.

Interessante esclarecer ainda ao que se seguiu após, na legislação das demais unidades federadas estadunidenses e em muitos países europeus, assim como a Espanha, que havia legislado sobre a matéria e que, portanto, também urgia a legalização das Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal, em decorrência de ser um vetor de afirmação dos direitos individuais dos doentes em estado terminal, pois isso reforçaria o sentimento de autodeterminação e de independência face as intervenções médicas que não eram desejadas.

Tratou-se de um alerta que punha em causa a questão da legitimidade nos planos ético e jurídico das Diretivas Antecipadas de Vontade, como espécie de instruções para que os pacientes, naquelas situações pudessem opinar e decidir sobre os tratamentos que desejavam recusar ou aderir, referindo-se às práticas já adotadas até então em vários países como Estados Unidos e Espanha.

Ressalte-se ainda a grande contribuição dada pelo Professor Doutor Rui Nunes para que fosse consagrado em Portugal, em Junho de 2005, o respeito pelo direito de se morrer em paz e com dignidade, como bem lembrado pela Professora Doutora Stela Barbas⁹¹ ao referenciar sobre o art. 43º da Carta do Utente dos Serviços de Saúde da Entidade Reguladora de Saúde onde na época era o nobre professor, o Presidente.

Passados sete anos, em 2012, foi aprovada em Portugal a Lei nº 52/2012, de 05 de setembro, chamada de Lei de Base dos Cuidados Paliativos, com previsão entre outras medidas da regulação de acesso aos cidadãos aos cuidados paliativos, criando uma rede

⁹⁰ NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. **Revista bioética**. v. 17 n.º 1. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/77/81

⁹¹ NUNES *apud* STELA Barbas – **Ortotanásia, dignidade da vida e dignidade da morte**. In Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida. Coordenação: Rui Nunes, Guilhermina Rego e Ivone Duarte. Coimbra: Gráfica Coimbra 2. ISBN 978-972-603-456-8, p.92.

nacional para funcionar sob a tutela do Ministério da Saúde, trazendo conceitos, princípios, diretrizes, direitos, deveres, fixando responsabilidades, senão vejamos alguns trechos:

(...)

BASE II

Conceitos

Para efeitos da presente lei, entende-se por:

Cuidados paliativos: os cuidados ativos, coordenados e globais, prestados por unidades e equipas específicas, em internamento ou no domicílio, **a doentes em situação em sofrimento decorrente de doença incurável ou grave, em fase avançada e progressiva, assim como às suas famílias**, com o principal objetivo de promover o seu bem-estar e a sua qualidade de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento físico, psicológico, social e espiritual, **com base na identificação precoce e do tratamento rigoroso da dor e outros problemas físicos, mas também psicossociais e espirituais;**

Ações paliativas: as medidas terapêuticas sem intuito curativo, isoladas e praticadas por profissionais sem preparação específica, **que visam minorar, em internamento ou no domicílio, as repercussões negativas da doença sobre o bem-estar global do doente, nomeadamente em situação de doença incurável ou grave, em fase avançada e progressiva;**

(...)

Obstinação diagnóstica e terapêutica: os procedimentos diagnósticos e terapêuticos que são desproporcionados e fúteis, no contexto global de cada doente, sem que daí advenha qualquer benefício para o mesmo, e que podem, por si próprios, causar sofrimento acrescido;

(...)

CAPÍTULO II

Cuidados paliativos

BASE III Cuidados paliativos

1 — **Os cuidados paliativos centram-se na prevenção e alívio do sofrimento físico, psicológico, social e espiritual, na melhoria do bem-estar e no apoio aos doentes e às suas famílias, quando associado a doença grave ou incurável, em fase avançada e progressiva.**

2 — **Os cuidados paliativos devem respeitar a autonomia, a vontade, a individualidade, a dignidade da pessoa e a inviolabilidade da vida humana.**

BASE IV

Princípios

Os cuidados paliativos regem-se pelos seguintes princípios:

- a) **Afirmação da vida e do valor intrínseco de cada pessoa, considerando a morte como processo natural que não deve ser prolongado através de obstinação terapêutica;**
- b) Aumento da qualidade de vida do doente e sua família;
- c) Prestação individualizada, humanizada, tecnicamente rigorosa, de cuidados paliativos aos doentes que necessitem deste tipo de cuidados;
- d) Multidisciplinaridade e interdisciplinaridade na prestação de cuidados paliativos;
- e) **Conhecimento diferenciado da dor e dos demais sintomas;**

- f) Consideração pelas necessidades individuais dos pacientes;
- g) Respeito pelos valores, crenças e práticas pessoais, culturais e religiosas;
- h) Continuidade de cuidados ao longo da doença

(...)

BASE XXXII

Obstinação terapêutica

A obstinação terapêutica definida na base II constitui má prática clínica e infração disciplinar, nos termos da legislação geral e deontológica aplicável.

Assim, de acordo com a evolução da sociedade e as novas concepções adquiridas em relação à percepção da morte e do reconhecimento da existência de limites à intervenção das condutas médicas surge, no entender do professor Doutor Rui Nunes⁹², uma nova abordagem sobre a doença em estágio terminal e a importância dos cuidados paliativos como uma imprescindível política de saúde, devendo haver: qualidade nesses cuidados e justa distribuição aos cidadãos, uma conscientização de que os idosos precisam mais do que os jovens desses cuidados, os quais em que pese serem mais direcionados a essa faixa etária, servem aos doentes crónicos em geral porque tem como finalidade propiciar conforto e bem-estar a quem precise.

Historicamente, segundo relata a Professora Doutora Stela Barbas⁹³:

“A efetiva introdução/concretização prática dos cuidados paliativos em Portugal é relativamente recente, tendo lugar somente em 1992 no Hospital do Fundão, graças ao contributo pioneiro e decisivo do médico Dr. Lourenço Marques que conseguiu criar uma unidade de dor com internamento. A esse marco fundamental (atualmente Serviço de Medicina Paliativa) seguiu-se à criação de mais serviços paliativos, ao mais alto nível, em várias zonas do país”.

Consta ainda que em Portugal os cuidados paliativos tiveram sua importância reconhecida desde 15 de julho de 2004 com o despacho do Ministro da Saúde e criação do Programa Nacional dos Cuidados Paliativos, podendo tais cuidados dar-se tanto em âmbito hospitalar como em âmbito familiar.

⁹² NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira. **Testamento Vital**. Lisboa: Almedina, 2012, p. 59.

⁹³ BARBAS, Stela. Legislação *In Enciclopédia luso brasileira de cuidados paliativos*. Coordenação: Rui Nunes, Francisca Rego e Guilhermina Rego. Coimbra: Almedina, 2018.

Não se pode esquecer jamais é de que o contexto da ortotanásia em Portugal engloba necessariamente não somente a abordagem sobre os cuidados paliativos, mas também as Diretivas Antecipadas em Portugal (DAV) em matéria de cuidados de saúde.

2.4 Manifestações prévias em cuidados de Saúde.

2.4.1 No Brasil - Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV - gênero), testamento vital (espécie)

O Testamento vital na verdade trata de documento em que o interessado é juridicamente capaz deixa declarado quais os tratamentos médicos deseja aderir ou recusar em situações futuras de penúria em sua saúde e que venha a impossibilitá-lo de manifestar sua vontade, com eficácia ainda em vida.

No Brasil, verifica-se ainda uma ausência de um suporte legal e ético para que o médico resolva por si só ou em colaboração somente com a família sobre a medida terapêutica em casos dos quais, a despeito das tentativas médicas, não responda mais o paciente a nenhum dos tratamentos desvelados, sendo isso ainda um ponto de discussão recorrente entre familiares, comunidade médica e jurídica de todo o mundo.

Seria de excelente iniciativa que o médico tivesse à sua disposição uma forma legal de permissão para que os doentes sob cuidados em estado terminal já tivessem transmitido suas decisões sobre os cuidados que desejariam ter em fim de vida.

O Brasil não conta com legislação específica sobre o assunto, embora conte com a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1995/2012 para estabelecer critérios para que qualquer pessoa, desde que maior de idade, capaz e consciente, possa definir junto ao médico quais os limites de aplicação terapêutica na fase terminal.

Em razão da ausência de norma regulamentadora no Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1995/2012 tem sido utilizada pelos médicos como uma direção a ser seguida, estando nela a previsão, dentre outras diretrizes, de que caso o paciente manifeste interesse em registrar sua diretiva antecipada de vontade poderá fazê-la em prontuário ou em

Cartório, sendo o primeiro, no entanto, suficiente e acima de contestação por parte de familiares.

A Resolução nº 1995/2012 toma por base a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética dos médicos em face dos mesmos, visa à questão da autonomia do paciente no contexto médico-paciente, resolvendo dentre outras medidas as seguintes:

(...)

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

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

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

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

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

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

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

A Resolução nº 1995/2012 define 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 a sua vontade”, prevendo que o médico leve em consideração as diretivas do paciente e, caso o mesmo tenha um representante há de se levar também as considerações dessa pessoa previamente indicada, podendo o médico deixar de considerar as diretivas do paciente ou do representante quando as vontades manifestadas estejam em desacordo com os preceitos do Código de Ética Médica.

Na mesma regulamentação previu-se que “as diretivas antecipadas do paciente devem prevalecer sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”, devendo ser registradas, tais diretivas, em prontuário, e caso não tenha o paciente manifestado suas vontades de forma prévia e nem deixado representante ou ainda havendo falta de consenso entre familiares ou representante, pode o médico recorrer ao Comitê de Bioética da instituição, à Comissão de ética Médica do Hospital ou Conselho Regional e Federal de Medicina quando a medida se mostrar conveniente.

Observa-se com isso que as diretivas antecipadas de vontade no Brasil nada mais são do que as manifestações prévias em cuidados de saúde que denotam os desejos dos pacientes – materializado ou de forma escrita ou armazenados em vídeos ou outras formas que emitam clareza sobre a forma com que querem ser cuidados e os tratamentos que autorizam ou desautorizam em momento posterior quando tiverem incapacitados de comunicação.

Pela leitura da Resolução percebe-se que o médico deve levar em consideração as diretivas de vontade do paciente, somente podendo recusá-las em caso de desacordo com os preceitos ditados no Código de Ética Médica, e, caso o paciente esteja apto a exprimir tais vontades em sua presença, o médico deve registrá-las em prontuário.

Em complemento a tal disciplinamento, recentemente, de forma precisa em julho de 2019, foi publicada pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil a Resolução nº 2232, de 07 de julho, estabelecendo normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

As principais novidades podem ser mais bem visualizadas a partir da transcrição de alguns trechos a seguir, tomando-se por base que a resolução se dá em consideração ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos direitos e deveres dos médicos e a autonomia do paciente, aos casos de exclusão de tipicidade com intervenção médica sem o consentimento que se justifica pelo iminente perigo de morte, ao rechaçamento do abuso de direito, a proteção aos direitos das pessoas com transtorno mental e os casos de tratamento involuntário:

(...)

“Resolve:

Art. 1º **A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.**

Art. 2º **É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.**

Parágrafo único. **O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.**

Art. 3º **Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.**

Art. 4º **Em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.**

Art. 5º **A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.**

§ 1º **Caracteriza abuso de direito:**

I - A recusa terapêutica que **coloque em risco a saúde de terceiros.**

II - A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que **exponha a população a risco de contaminação.**

§ 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Art. 6º **O médico assistente em estabelecimento de saúde, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta Resolução, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto.**

Art. 7º **É direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente.**

Art. 8º Objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

Art. 9º **A interrupção da relação do médico com o paciente por objeção de consciência impõe ao médico o dever de comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, visando garantir a continuidade da assistência por outro médico, dentro de suas competências.**

Parágrafo único. Em caso de assistência prestada em consultório, fora de estabelecimento de saúde, **o médico deve registrar no prontuário a interrupção da relação com o paciente por objeção de consciência, dando ciência a ele, por escrito, e podendo, a seu critério, comunicar o fato ao Conselho Regional de Medicina.**

Art. 10. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente.

Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.

Art. 12. **A recusa terapêutica regulamentada nesta Resolução deve ser prestada, preferencialmente, por escrito e perante duas testemunhas quando a falta do tratamento recusado expuser o paciente a perigo de morte.**

Parágrafo único. **São admitidos outros meios de registro da recusa terapêutica quando o paciente não puder prestá-la por escrito, desde que o meio empregado, incluindo tecnologia com áudio e vídeo,** permita sua preservação e inserção no respectivo prontuário.

Art. 13. Não tipifica infração ética de qualquer natureza, inclusive omissiva, o acolhimento, pelo médico, da recusa terapêutica prestada na forma prevista nesta Resolução”.

A respeito da nova resolução e, em atendimento a questionamento da jurista Luciana Daldato⁹⁴, respondeu o Conselho Federal de Medicina, por meio do seu presidente Dr. Mauro Luiz de Britto Ribeiro a algumas perguntas direcionadas àquela autarquia com azo a esclarecimento de dúvidas por parte da referida estudiosa:

“Luciana Daldato - Pergunta nº 1 - Se a recusa terapêutica for feita por um paciente em sua diretiva antecipada de vontade, estando esse paciente em processo ativo de morte, a recusa poderá ser aceita pelo médico ou nessa situação aplica-se o artigo 11 da resolução CFM 2232/2019?

Resposta do Conselho à pergunta nº 1: a Resolução CFM 2232/2019 não revogou o artigo 42 do Código de Ética Médica, tampouco a Resolução CFM 1805/2006 e a Resolução CFM 1995/2013.

Luciana Daldato - Pergunta nº 2 - O que são as “situações de risco relevante à saúde”, dispostas no artigo 3º da referida resolução?

Resposta do Conselho a pergunta nº 2 - Risco é evento futuro, é “possibilidade de perigo” (Simônides Bacelar *et al.* Expressões Médicas: Glossário de dificuldades em terminologia médica. Brasília: CFM, 2018, p. 338). Situações de risco relevante à saúde são aquelas que, na evolução do quadro, ao qual opôs-se a recusa a terapêutica indicada, apresentam a possibilidade comprometimento do “estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para sua forma de vida e para a sua fase do ciclo vital.” (Houaiss, 2009).

Luciana Daldato - Pergunta nº 3 - A resolução trata da objeção de consciência no âmbito da recusa terapêutica, contudo, há a possibilidade fática de o médico discordar de um pedido de terapêutica, notadamente quando o paciente deseja obstinação terapêutica. Nesses casos, o médico poderá se utilizar da objeção de consciência ou deverá cumprir o solicitado pelo paciente?

Resposta do Conselho a pergunta nº3 - A objeção de consciência é um direito do médico ante a posição do paciente, aplicável quando se impõe um fazer ou um não fazer contrários à sua consciência. A posição do médico, nesse caso, é a mesma que consta do §2º, do art. 2º da Resolução CFM 1995/2012: “§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.”. Essa situação está prevista, com o mesmo sentido, na lei portuguesa que tratou das diretivas antecipadas de vontade (Lei n.º 25/2012, de 16 de julho): “Artigo 5.º Limites das diretivas antecipadas de vontade. São

⁹⁴ DALDATO, Luciana. Conselho Federal de Medicina esclarece a interpretação da resolução nº 2232/2019. **Testamento Vital**, 2019. [Em linha]. (Consult. Dez. 2019) Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/conselho-federal-de-medicina-esclarece-a-interpretacao-da-resolucao-2232-2019/>.

juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade: a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas; (...)"

Luciana Daldato - Pergunta nº 4 - O artigo 12 da resolução 2232/2019 trata da formalização da recusa terapêutica quando a recusa expuser o paciente a perigo de morte. Esse artigo não contradiz o artigo 11 que afirma que nas situações de iminente risco de morte a recusa terapêutica não será válida?

Resposta do Conselho a pergunta nº4 - Há duas situações essencialmente distintas. A exposição a perigo de morte é um evento futuro que decorre do agravamento do quadro, cujo tratamento foi recusado. Ainda não há risco de morte. No iminente risco de morte o quadro está presente e a expectativa de salvação está no tratamento indicado e recusado pelo paciente, imediatamente. Não há contradição.

Luciana Daldato - Pergunta nº 5 - Sendo a paciente mulher e gestante e estando ela em estado vegetativo persistente com diretiva antecipada na qual recusava procedimentos invasivos, por exemplo, nutrição e hidratação artificial, é dever do médico realizar os procedimentos com a finalidade manter a vida biológica da paciente afim de proporcionar a continuidade da gestação?

Resposta do Conselho a pergunta nº05 - Nem toda recusa terapêutica da mãe caracteriza abuso de poder em desfavor do nascituro. A Resolução diz "pode", ou seja, depende do caso concreto, real.

Por essa razão, não se deve rotular situações teóricas como abusivas; e se não são abusivas, a recusa terapêutica deve ser acolhida nos termos do art. 13 da Resolução.

Quando há abuso de poder, instaura-se um conflito de interesses (de direitos e de expectativa de direitos) de dois pacientes, designados na Resolução pelo binômio mãe/feto. A Resolução não avança uma posição sobre o status jurídico do nascituro, contudo, reconhece que, para o médico, no pré-natal, o feto também é um paciente.

A recusa terapêutica, com abuso de poder materno, não autoriza o médico a realizar o tratamento indicado à força. Nenhum caso de abuso de poder será resolvido à força, pelo médico, mas legitimará a quebra do sigilo para comunicar o fato às autoridades elencadas na Resolução, salvo em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, em que o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.

Um exemplo frequente nos hospitais brasileiros facilita a compreensão do abuso de poder materno: uma mulher grávida, com feto viável, sofre um acidente, com risco iminente de morte. Nas suas diretivas antecipadas, instrumento utilizado na pergunta formulada, ela se opôs ao parto cesariano. Posto que não há como se realizar parto vaginal nesse caso, qual é o papel esperado do médico: – fazer uma cesariana de emergência e salvar o feto ou cumprir a vontade da mãe de deixá-lo morrer?

Evolua-se o quadro. A mesma mãe entra em morte encefálica. A mãe está juridicamente morta. Não falaremos de diretivas antecipadas de vontade para não viabilizar discussões acadêmicas. Mas ela deixou documento escrito, um codicilo, por exemplo, em que não aceita a realização de cesariana para salvar o filho, que pretende "levar" consigo. Os familiares pedem o cumprimento da disposição de última vontade. No dia a dia esse pedido é teórico. Acontece exatamente o contrário. Isso não exclui a possibilidade. Indaga-se: qual é o papel do médico? Deixar o feto morrer e cumprir a decisão da mãe ou salvá-lo com uma cesariana?

Anote-se que algumas soluções preconizadas pela Resolução têm inspiração em modelos estrangeiros, perfeitamente compatíveis com o sistema jurídico brasileiro. Uma dessas soluções é conhecida como conflito de deveres, prevista no artigo 36.º do Código Penal português:

“Artigo 36º Conflito de deveres 1 – Não é ilícito o fato de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar. (...)”

A Resolução tem o paciente como essa “autoridade” ética e moral, sujeita, contudo, a ter algumas ordens, ainda que legítimas, descumpridas para satisfazer um dever igual ou superior, a depender do caso concreto”.

Ainda em suas preliminares conclusões sobre a nova resolução do Conselho Federal de Medicina sobre o assunto, a estudiosa Luciana Daldato, em manifestação em sítio eletrônico denominada “indignos, mas imortais: uma breve análise da resolução CFM 2232/2019 sob o prisma do fim da vida”⁹⁵ tece severa crítica ao Conselho Federal de Medicina ao afirmar “que o mesmo veio a editar, mais uma vez, uma norma deontológica que dá a entender ser a vida biológica mais importante do que a vida biográfica do indivíduo e que a dignidade do doente encontra limites no risco de vida, pois diante de tal construção argumentativa dos que fazem dita autarquia, mostra-se mais valoroso preservar a vida do que a dignidade do paciente”, citando para corroborar com a sua visão, a partir dos questionamentos suscitados o seguinte:

(...)

“O Conselho Federal de Medicina disse para toda a sociedade que a dignidade da pessoa humana encontra limites no risco de vida e que diante desse risco é mais valoroso salvar a vida do que preservar a dignidade do paciente.

Confesso que como advogada, consigo compreender esse erro, pois **trata-se de falta de conhecimento do ordenamento jurídico brasileiro**. Contudo, como bioeticista e como pesquisadora que há mais de dez anos **estuda autonomia do paciente em fim de vida não consigo aceitar que o Conselho Federal de Medicina tenha, mais uma vez, editado uma norma deontológica que entende ser a vida biológica mais importante do que a vida biográfica do indivíduo**. Que o CFM tenha, mais uma vez, ignorado a realidade que os médicos paliativistas enfrentam todos os dias diante da recusa de tratamento de um paciente que está com uma doença terminal. Que o CFM tenha, mais uma vez, acreditado que, diante da morte iminente, é papel do médico ser a força que não deixa o fato natural acontecer”.

É de bom alvitre esclarecer que o Conselho Federal de Medicina não revogou as resoluções anteriores sobre o mesmo tema, a exemplo da Resolução nº 1995/2012, do Código de Ética Médica (Resolução nº 2217, de setembro de 2018), significando que continua em

⁹⁵ DALDATO, Luciana. Indignos, mas imortais: uma breve análise da resolução CFM 2232/2019 sob o prisma do fim da vida. Testamento vital. 2019. [Em linha]. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/indignos-mas-imortais-uma-breve-analise-da-resolucao-cfm-2232-2019-sob-o-prisma-do-fim-de-vida/>

vigor sobre a ortotanásia o parágrafo único do Art. 41 da Resolução do Código de Ética Médico que assim preceitua:

(...)

“É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

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

Nesse mesmo sentido, em que pesem as dissonâncias, no próprio esclarecimento do Conselho às indagações, cita-se a inspiração para as resoluções em alguns temas que foram tomados com base em legislações estrangeiras, notadamente a Portuguesa, evidenciando-se relevante a discussão da matéria para sugerir futuras mudanças em acompanhamento a evolução de cada dia.

Outro fator que merece relevo e que encontra paradigma com o ordenamento português é a abertura de possibilidade de se estabelecer a vontade do paciente por meio de vídeos e outros usos de tecnologias que deixem clara a expressão da vontade do paciente nesse sentido, simplificando o processo nesse sentido.

2.4.2 Em Portugal - Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) sob a forma de testamento vital e de um procurador de saúde

As diretrizes prévias no entendimento da Professora Doutora Stela Barbas⁹⁶ “constituem um exemplo paradigmático dos princípios da autonomia privada” e “pretendem ser um instrumento que garanta o respeito pela vontade do paciente quando se encontrar incapacitado para a exprimir”.

⁹⁶ CONVENÇÃO para a proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina. Oviedo, 1997. [Em linha] [Consult. 10 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Oviedo.pdf>

Nesse sentido ainda enumera a mesma as vantagens e desvantagens de tais diretivas: -
Vantagens: a) a proteção do direito à autodeterminação b) o conhecimento sobre o que o doente faria em dada situação concreta c) servir de instrumento para evitar indecisões e outros problemas aos familiares e aos médicos em tempo hábil para a tomada de decisões –
Desvantagens: a) a impossibilidade de se decidir de outro modo não se perfazendo a real diferenciação entre a teoria (quando se está bem de saúde) e a prática (quando se está doente) b) a possibilidade entre a data da manifestação da vontade e da incapacidade aparecer novas tratamentos eficazes c) a possibilidade de as manifestações de vontade serem vagas e pouco servir às decisões ou serem muito específicas e não conseguir por essa razão serem implementadas.

Frise-se, por oportuno, que desde a Resolução nº 01/2001 da Assembleia da República Portuguesa com a aprovação da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina (**Convenção de Oviedo**) se trouxe com profunda recomendação a questão do consentimento do paciente no domínio da saúde, com a previsão no Art. 4º, de que qualquer intervenção na área de saúde deveria ser efetuada com observância das normas e das obrigações profissionais das regras de condutas aplicáveis, dentre elas a observância de que qualquer intervenção no domínio de saúde só pudesse ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido⁹⁷.

Após profundas discussões e sob grande influência da citada Convenção, Portugal, resolveu a questão do adiantamento do consentimento prestado pelo paciente sobre a adesão ou não a atos médicos futuros, ao pacificar tal tratativa, por meio da edição da Lei de nº 25/2012, também denominada de Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade.

⁹⁷ Cf. Art. 5º da Resolução nº 01/2001 que veio a ratificar a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998, aprovados, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, em 19 de Outubro de 2000. **Diário da República nº 02/2001**. Série I (2001-01-03)

A Lei tem menção no texto do enunciado ao nome “Testamento Vital” (nome usual e espécie), o qual junto com o procurador de saúde compõe as denominadas Diretivas Antecipadas de Vontade.

Esclarece a professora Doutora Stela Barbas⁹⁸ que “os tipos de diretrizes mais comuns são a nomeação ou a designação de um representante – (espécie de procurador para as decisões de saúde) e os testamentos de vida” e que ao se designar um representante se está nomeando uma pessoa para decidir sobre os cuidados de saúde do representado enquanto que no testamento de vida são registradas indicações sobre como se deve agir sem necessariamente nomear um representante ou procurador.

Destarte, em que pese a tendência à proteção do consentimento e da autonomia do paciente, nem sempre foi assim, porque o Direito de decidir sobre a morte, ou melhor, sobre o final da vida, como o cerne do instituto, trouxe ao longo da discussão, muitas celeumas.

Em Portugal, o instituto foi mais bem designado como Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade – DAV (Testamento vital mais a nomeação de um procurador em cuidados de saúde) enquanto no Brasil, os pesquisadores defendem nomes como Diretivas antecipadas de Vontade e Declaração Prévia de Vontade.

O desiderato do instituto seja em que ordenamento se der, é, enfim, reconhecer o direito do paciente de manifestar sua vontade sobre tratamentos médicos a serem implementados em caso de diagnóstico de doença em estado terminal que impossibilite a sua capacidade de decidir por si, tendo inicialmente a biocientista Luciana Deldato definido o instituto como sendo:

“Em linhas gerais, diretivas antecipadas, é um documento escrito por pessoa capaz, que objetiva dispor de tratamentos em geral aos quais por ventura venha a submeter-se. Portanto, as diretivas antecipadas são gênero e suas espécies, o mandato duradouro e a declaração prévia de vontade do paciente terminal”.⁹⁹

⁹⁸ BARBAS, Stela Marco de Almeida Neves. **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 377-379

⁹⁹ PENALVA, Luciana Daldato – **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. [Em linha]. Belo Horizonte. Vol.3, nº 17 (2009), p.523-543. [Consult. 13 Out. 2015]. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br>.

A finitude da vida está relacionada à ausência de possibilidade de regenerar a saúde e a iminência da morte como algo certo que não se pode evitar. Inobstante a isso, a própria dignidade da pessoa humana e sua autonomia de vontade, faz tornar imprescindível o acesso de quem esteja em situação de doença terminal a um suporte médico adequado e condizente com suas expectativas de manutenção da vida.

Frise-se que esse prolongamento da vida do paciente não pode se dar a qualquer custo (distanásia ou obstinação terapêutica), mas a um custo que alie bem-estar, respeito, dignidade e conforto em um momento tão peculiar.

Após a superação do equívoco entre ser a ortotanásia um ato lícito ou ilícito (eutanásia omissiva) abriu-se uma lacuna no sentido de normatizar um instrumento propício a materializar a vontade do paciente acerca da aceitação ou da rejeição a atos médicos.

Neste panorama foi editada a Lei nº 25/2012 em Portugal, regulamentando as diretivas antecipadas da vontade, definindo as diretrizes como sendo:

“(..) o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente”.

A referida Lei especifica a formulação dos documentos, estabelece os requisitos de capacidade, os limites das diretivas antecipadas de vontade, a eficácia do documento, os modos em que se dá a modificação ou revogação do documento, a forma como se dá o direito de objeção de consciência médica, define quem pode ser procurador de cuidados de saúde, regula os efeitos da representação e o modo de sua extinção, bem como cria o registro nacional de testamento - RENTEV.

Com a edição da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto, a qual veio criar o regime jurídico do maior acompanhado e eliminar os institutos da interdição e da inabilitação previstos no Código Civil Português (Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966) houve mudanças na Lei nº 25/2012 nos seguintes termos:

- a) “Retirou-se o item “b” do Artigo 4º da Lei - que tratava dos requisitos de capacidade e constava que poderiam outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que “não se encontrem interditas ou inabilitadas (...)”. Como houve a eliminação do instituto da interdição e da inabilitação, esse item do artigo de Lei também foi suprimido.
- b) Inseriu o item 3 no artigo 14º, fazendo constar o seguinte: “a procuração pode ser revogada por decisão do tribunal que instaurou o acompanhamento de maior”
- c) Regulou com a edição da portaria nº 96/2014, de 05 de maio do RENTEV”.

Pode-se considerar meritória a citada Lei Portuguesa e já serve inclusive como modelo de inspiração à recente resolução nº 2332/2019 do Conselho Federal de Medicina no Brasil, tendo gerado repercussão positiva por ter reconhecido tanto as diretivas antecipadas como a procuração de cuidados em saúde, por ter imposto limites à confecção, afastando com isso os atos desvirtuados da teleologia do instituto, por ter previsto de forma razoável que por razões de convicção pessoal possa o médico proceder à recusa da vontade declarada pelo paciente, desde que fundamente sua decisão e haja com responsabilidade em relação ao paciente, mantendo-o informado e oportunizando que o mesmo possa cumprir seu desiderato com outro profissional.

A Lei nº 25/2012 também chegou a barrar apenas os atos de provocar a morte que não seja natural e a que se pode evitar porque a ortotanásia visa apenas que o processo da morte se dê até seu ultimato quando não for mais possível a cura, resguardando com isso, em face de aparecimento de novos métodos capazes de interromper o processo de morte, o bem-estar dos doentes.

A citada Lei ainda previu prazo certo para a vigência do documento de testamento vital, tendo inclusive, pela leitura do que se vê no art. 16º, evidenciado que o registro junto ao RENTEV - tem efeito declaratório, produzindo efeito, mesmo quando não estejam constando inscritas no cadastro, ficando assim privadas de efeito somente as declarações de vontade que não seja conscientemente esclarecida.

2.4.3 Na Itália – Disposições Antecipadas de Tratamento (DAT – gênero) sob a forma de testamento (espécie) e de um fiduciário de saúde.

As Disposições Antecipadas de Tratamento equivalem, em termos, às Diretivas Antecipadas de Vontade de Portugal – igualando-se ao testamento vital ou biológico mais à indicação de procurador denominado fiduciário.

Interessante mencionar que em dezembro de 2017 o Senado Italiano havia aprovado a lei do testamento vital, abrindo oportunidade a que enfermos pudessem dispor de um testamento prévio e vinculante para médicos, familiares e pessoas próximas, possibilitando que a decisão sobre recusa a tratamento e alimentação ou demais atos relacionados constassem em um documento tido por DAT – (Disposições Antecipadas de Terapia.).

A Lei italiana de nº 2801, de 14 de dezembro de 2017, prevê que nenhum tratamento possa ser realizado sem o consentimento pleno, livre e informado, de forma escrita ou através de outros meios por parte do paciente, familiares ou responsáveis no caso de pessoas menores de idade.

Dentre as regulamentações referenciam a citada norma as seguintes questões:

1) Consentimento informado – prevendo que os tratamentos de saúde devem ser iniciado, continuados e recusados com o consentimento livre e esclarecido do paciente, que a relação entre médico e paciente deve ser estabelecida na confiança, que a nutrição artificial e hidratação artificial (inovação dentre as normas europeias anteriores sobre o tema) são considerados tratamentos de saúde, já que administrados por prescrição por conduta médica e, portanto, podem ser recusados, que o médico tem obrigação de respeitar a vontade expressa do paciente e está isento de responsabilidade civil e criminal, que a sua vontade não é impositiva no sentido de exigir tratamentos de saúde contrários à lei e a ética profissional, que se faz necessário contínuo tratamento a todos os profissionais da saúde sobre as condutas a serem empregadas.

2) Terapia de dor, proibição de obstinação terapêutica e dignidade na fase final da vida – esclarece sobre a necessidade quanto ao reconhecimento da importância dos

cuidados paliativos no alívio do sofrimento do paciente em fim de vida, admitindo-se o uso da sedação, desde que tenha sido dada permissão pelo paciente, o qual tem o direito de também recusá-la, havendo ainda a expressa proibição da obstinação terapêutica em pacientes com prognósticos com iminência de morte.

3) Menor incapaz – a lei traz no artigo 3º o direito do menor e do incapaz de verem respeitadas as suas tomadas de decisão, podendo expressar suas vontades, cabendo aos pais ou responsáveis a prestação do consentimento informado, com visto ao resguardo e respeito de suas dignidades, cabendo ao juiz a discordância.

4) Disposições Antecipadas de Tratamento – esse é o termo utilizado pela lei da Itália – DAT e não Diretivas, estabelecendo que a pessoa de confiança do paciente– denominado **fiduciário deve ser capaz e ter aceito a nomeação**, sendo suscetível a renunciar a qualquer tempo. A DAT, segundo consta na norma deve ser feita por escritura pública, instrumento particular certificado ou escrito privado, entregue de forma pessoal no registro civil do outorgante e prevê, também de forma pioneira que a disposição antecipada de tratamento possa ser feita mediante gravação em vídeo ou outros dispositivos que permitam a comunicação de pessoal com deficiência, podendo ser revogável da mesma forma com assistência de testemunhas.

5) Planejamento compartilhado de cuidados – planejamento entre médico e paciente.

6) Regra transitória – reconhecendo válidas as manifestações de vontade registradas anteriormente.

7) Cláusula de invariabilidade financeira, relatório às câmaras – previsão orçamentária dentro do que já se dispõe nas áreas afins, estabelecimento de prazos para encaminhar relatórios anuais sobre a aplicação da lei do Ministério da Saúde às Câmaras.

2.5 O Mandato duradouro

Inicialmente vale ressaltar que esse tipo de manifestação prévia não é usado em Portugal. Nesse sentido discorre Luciana Dalato¹⁰⁰ que as diretivas antecipadas de vontade seriam o gênero de documentos de manifestação de vontade para cuidados médicos, tendo sido criado no ano de 1960 nos Estados Unidos. Tal gênero, segundo a referida biocientista e advogada, possui duas espécies, sendo elas: testamento vital e procuração para cuidados de saúde – que é conhecida também em outros ordenamentos como MANDATO DURADOURO.

Dessa forma, quando tanto o Testamento Vital quanto a Procuração para cuidados de Saúde ou Mandato Duradouro estão previstas em um único documento e são assim chamados (em conjunto) de Diretivas Antecipadas de Vontade, sendo que o primeiro é o local onde se registram as vontades e o outro é a nomeação de dada pessoa para defender os interesses de saúde do nomeante.

O Mandato duradouro então, segundo a biocientista Luciana Dalato surge nos Estados Unidos sob o nome *Durable Power of attorney* (procuração para cuidados de saúde), vindo os instrumentos citados a serem positivados no ordenamento americano por intermédio da Lei de âmbito federal *Patient Self Determination Act* onde consta na terceira sessão as Diretivas Antecipadas de Vontade com nome original *Advanced Directives*, consistindo, em verdade, gênero de documentos em que são espécies o testamento vital e o mandato duradouro ou procuração para cuidados de saúde.

Dessa forma, quando o paciente, em um documento uníssono expressa sua vontade sobre os cuidados médicos que aceita ou rejeita em situação terminal ou quando não puder exprimir seu desejo e ao mesmo tempo indicar um procurador – que é uma pessoa que possa em tais casos cumprir a sua vontade -, estar-se-á com uma Diretiva Antecipada.

Explana tal doutrinadora que o equívoco não é inerente ao ordenamento jurídico brasileiro, mas o é também na França, na Itália e na Espanha e que vem do fato de terem

¹⁰⁰ DALDATO, Luciana. Das falácias que contam. Testamento Vital [Em linha]. 2018. [Consul. 10 Dez 2019]. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/das-falacias-que-nos-contam/>

traduzido erroneamente o termo *will* de *living will*, o qual em verdade, pode expressar desejo, vontade e testamento, no que em vez de terem traduzido como disposições de vontade de vida, traduziram por testamento, o que causou inclusive uma inapropriedade tendo em vista que testamento é um termo que usualmente se emprega a fatos ocorridos após a morte, enquanto que o expressar da manifestação de uma vontade é dado em vida e não após a morte.

Portugal, antes da edição da Lei nº 25/2012, era um dos países que acertadamente empregava a terminologia, fator esse que de certa forma influenciou para que o Conselho Federal de Medicina, ao editar a Resolução nº 1995/2012 usasse corretamente o termo e não mencionasse a palavra “testamento vital”. Contudo, na Edição da Lei nº 25/2012 a nova redação denominou o instrumento como Regime de Diretivas Antecipadas de Vontade e fez constar ao lado o termo “testamento vital” (que na verdade é uma das espécies que compõe juntamente com o procurador de cuidados de saúde as DAV).

Embora tal fato possa parecer fútil para muitos, esse não é o pensamento da pesquisadora supramencionada em razão de a mesma alertar estar a se falar de um documento, consistente em instrumento jurídico apto a produção de efeitos na vida do paciente.

Perscrutando sob tal ótica verifica-se que como Portugal normatizou apenas a procuração em saúde em sua legislação junto com o testamento vital possibilitou assim a instituição de DAV – Diretivas Antecipadas de Vontade, enquanto que o Brasil, ao tecer a Resolução do CFM e apenas mencionar a possibilidade de nomeação de um procurador sem ordenar sua atuação, parece ter regulado somente o testamento vital enquanto umas das espécies do DAV e não propriamente estabeleceu uma DAV, em que pese ter denominado a Resolução de Diretivas Antecipadas de Vontade.

Por fim, alertou a biocientista brasileira que não há de se confundir institutos como: autonomia no fim da vida, direitos de se manifestar quanto à vontade por cuidados médicos, tratamentos e procedimentos de saúde.

Ainda sobre o mandato duradouro cita o professor Doutor Adriano Godinho¹⁰¹ que o mesmo pressupõe a constituição de um mandatário, também denominado de “procurador de cuidados de saúde”, o qual recebe poderes de forma expressa para agir em nome do doente e de acordo com as instruções por ele delineadas passa a admitir ou não as intervenções ou tratamentos a si ofertados.

Não existe previsão legal do mandato duradouro no ordenamento jurídico brasileiro e nem no Português, embora haja uma menção vaga sobre a possibilidade de nomeação de um procurador na Resolução nº 1955/2012 do Conselho Federal de Medicina, não havendo, contudo, nenhum tipo de vedação nesse sentido.

Ainda a título precário, mas com justificativa de algum amparo aos usuários de saúde do Brasil, pode-se citar a existência de uma Portaria do Ministério da Saúde, ainda vigente, que contempla, em termos mais amplo, o seguinte enunciado, que acaba por reconhecer o direito de se indicar uma espécie de procurador:

“Portaria nº 1820/2009

(...) art. 5º

Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

(...) VII – a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia”.

Supõe-se que em razão da indicação de um procurador, possivelmente pessoa mais próxima e interessada na saúde do paciente e de sua confiança, seja mais fácil de se ver respeitada a sua vontade, tendo em vista que, com rapidez, o outorgado consegue dirimir as dúvidas e tomar as decisões, tendendo a reduzir os conflitos por acaso existentes por dever conhecer o perfil biográfico do outorgante, considerando ser o mesmo da extrema confiança do outorgante.

¹⁰¹ GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, ortotanásia e Diretivas antecipadas de vontade. O sentido de Viver e Morrer com Dignidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 143-146.

CAPÍTULO 3 – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA TERMINALIDADE DA VIDA

O princípio da dignidade da pessoa humana devido ao seu caráter aberto sobre o ser humano não deixa de ser genérico e por conter um cariz apelativo nem sempre se amolda a significância reservada a ele, por exemplo, pelo pensamento de Kant¹⁰² em sua visão ética individual da dignidade quando assenta que “cada ser deve atuar como se fosse um legislador para todos, sempre sujeito a um postulado da razão e ter sempre em vista que a prática do bem pressupõe tratar cada pessoa como um fim em si mesmo, como um sujeito em sua plenitude e não como um meio para atingir algum fim¹⁰³” não podendo ser instrumento de manipulação.

Essa dignidade individual, por outro lado, não poderia atentar, porém, contra a dignidade dos demais homens em convivência na sociedade, no que o fato de respeitar a dignidade da humanidade, segundo Vera Raposo¹⁰⁴ pode se confundir com autonomia enquanto capacidade de escolha moral, havendo-se de respeitar os diferentes modos de pensar, com a observância de se impor um limite para que não se evidencie o livre arbítrio ao ponto de mal interpretar Kant, o qual jamais teria se oposto à instrumentalização do homem, mas ao fato de usá-lo somente como instrumento (meio).

Assim, considerando o sentido material¹⁰⁵ conferido à dignidade humana diz-se que a mesma assume duas vertentes, sendo uma delas negativa, que é a que se veda qualquer tipo de diminuição do sentimento humano (como humilhações e ofensas) e uma outra positiva, que seria a que leva ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em observância ao foco da pesquisa, entende-se que a vertente adotada para a resposta à indagação sobre se pode ou não decidir sobre a própria morte seria a positiva. Contudo, a vertente mais adotada na maior parte das Constituições pátrias, o que inclui Brasil e Portugal, é a negativa, cujo método interpretativo parte de situações nas quais a dignidade é violada. Chega-se com isso ao ponto cerne da investigação: sendo a vida um direito absoluto, qualquer

¹⁰² KANT *apud* Diogo Freitas do Amaral. **História do pensamento político ocidental**. Coimbra: Almedina, 2018, p.304.

¹⁰³ Diogo Freitas do Amaral. **História do pensamento político ocidental**. Coimbra: Almedina, 2018, p.304

¹⁰⁴ KANT *apud* RAPOSO. **O direito à imortalidade**. Teses. Coimbra: Edições Almeida, 2014, p. 328.

¹⁰⁵ REBBOLLO *apud* RAPOSO. **O direito à imortalidade**. Teses. Coimbra: Edições Almeida, 2014, p. 331.

violação seria uma violação da dignidade da humanidade (isso sob a vertente negativa). Destarte, adotando-se a vertente positiva de dignidade temos que o valor vida humana, se visualizado sob o contexto individual, não tem valor absoluto, perde para o direito à autonomia e, por conseguinte, torna o direito à vida relativizado ao direito à própria morte.

Nesse sentido, bem explica Vera Raposo¹⁰⁶ quando esclarece o seguinte:

(...) Não existe violação de uma suposta dignidade da humanidade, mas sim da dignidade de cada um dos membros da humanidade. Logo, as ações suscetíveis de lesar a humanidade no seu todo, mas não cada um de nós em particular, não se podem dizer atentatórias da dignidade humana.

Bem assim decidiu, por exemplo, o Tribunal Constitucional Alemão quando considerou inconstitucional a “Lei de Segurança Aérea” promulgada pelo parlamento alemão quanto à possibilidade de autorizar as forças armadas de abater aviões de passageiros transformados em bomba, sob o argumento de proteger um maior número de pessoas, tendo à época (2006) o citado Tribunal entendido que a morte de passageiros por meio de órgãos estatais seria inconstitucional porque o dever do Estado, inserto no Art. 2, 2, da Constituição Alemã seria o de proteger a vida do maior número de pessoas, mas não se utilizando para a consecução disso do meio, concretizado na ignorância da consideração da dignidade humana daqueles passageiros tidos como reféns, no que o respeito da dignidade de cada pessoa humana, notadamente as que estejam no avião vai de encontro aos interesses do Estado e o proíbe de dispor de qualquer homem como meio se for o caso, de salvar a vida de muitos outros homens¹⁰⁷.

Com isso, observa-se que “o princípio da dignidade da pessoa humana protege um núcleo muito restrito de sua existência e tem caráter subsidiário em face das demais garantias fundamentais”¹⁰⁸, desempenhando um papel de superioridade nos discursos dos direitos

¹⁰⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. **O direito à imortalidade**. Teses. Coimbra: Edições Almeida, 2014, p. 333.

¹⁰⁷ HABERMAS, Jurgen. **Sobre a Constituição da Europa**. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo. Ed. Unesp, 2012, p.8-9.

¹⁰⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. **O direito à imortalidade**. Teses. Coimbra: Edições Almeida, 2014, p. 333.

humanos e nas retóricas jurisprudenciais, sendo a “fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem o seu conteúdo¹⁰⁹”.

Foi com base nessa linha de pensamento que Habermas¹¹⁰ muito bem explica o seguinte:

(...) A origem dos direitos humanos a partir da fonte moral da dignidade humana explica a força política explosiva de uma utopia completa em defesa contra a rejeição total dos direitos humanos.

(..) Em virtude da sua universalidade abstrata, os direitos humanos precisam ser concretizados em cada caso particular. Com isso, legisladores e juízes chegam a resultados muito distintos em contextos culturais diferentes. [...] um bom exemplo disso é a regulação de questões éticas controversas como é o caso da eutanásia.

3.1 A dignidade da pessoa humana como fator propulsor dos interesses da sociedade na finitude da vida

É interessante mencionar que o TEDH tem como síntese jurisprudencial, baseada em decisões anteriores, que todo aquele que goza de um direito nem sempre dispõe do poder de renunciar a ele, em contraposição à Suprema Corte Americana que tem seguido uma tendência de que a dignidade humana funda-se na autodeterminação pessoal.

No ordenamento jurídico Português é fato que a Constituição tem a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico, sendo base do Estado que unifica a gama de direitos fundamentais.

O ordenamento brasileiro, na mesma toada, tem a dignidade humana como valor supremo, constando no texto constitucional, no Art. 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil, sendo, portanto, fonte material de todo o ordenamento jurídico.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo. Ed. Unesp, 2012, p.11.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Não se pode esquecer de que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana não implicam um dever que obriga nenhuma pessoa a viver. A prática de eutanásia é proibida no ordenamento jurídico brasileiro e evolui para que não seja, em termo, proibida no ordenamento jurídico português. Contudo, a prática da ortotanásia não é ilegal e é a pessoa que deve decidir sobre o tratamento que deseja recusar ou aderir, não cabendo interferência do Estado nesse sentido, sob pena de comprometer as liberdades individuais.

Em verdade, deve o Estado se posicionar dentro das limitações constitucionais, como garante e protetor da vida, desde que nessa seara de garantia e de proteção não se transforme numa máquina de imposição, pois caracteriza uma arbitrariedade o fato de o Estado obrigar alguém a se tratar, a se submeter a algum procedimento cirúrgico, enfim, a fazer o que não deseja, sob pena de tal comportamento incidir em constrangimento ilegal na vida das pessoas doentes com prognóstico de morte próxima.

Interessante ressaltar que as Constituições, quando instituem o direito à vida não geram a expectativa de que, com isso, instituíram o dever à vida¹¹¹, o que não pode é ninguém ser privado da vida de forma arbitrária, por ser a mesma, em termos jurídicos, indisponível.

Coíbe-se a ação contra a vida alheia, abrindo-se assim a possibilidade para que a pessoa, enquanto ser autônomo e individual, escolha seu caminho no que diz respeito à sua vida e à sua própria morte, sendo tal escolha disponível para o seu próprio titular e passível de controle pelo princípio da razoabilidade e de ponderação entre dignidade e liberdade da pessoa humana.

Com isso, insta esclarecer que o princípio da dignidade da pessoa humana protege o ser humano como “aquele que é detentor de personalidade jurídica, sendo uma manifestação singular da autodeterminação”¹¹² consciente e responsável da própria vida e que “traz consigo

¹¹¹ Entendimento retirado da decisão nos autos do processo de **apelação nº 70054988266**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Irineu Mariani, julgado em 20 de novembro de 2013. [Consult. 03 Jan. 2020]. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs>

¹¹² MELO, Nehemias Domingos- O Direito de morrer com dignidade *In Tratado Brasileiro sobre direito fundamental à morte digna*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978858493214-6, p.92.

a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar¹¹³.

A conclusão é a de que quando se fala em dignidade no fim da vida e “morte digna” não se está, ao menos na seara dessa investigação, a focar-se no sentido de legalizar a eutanásia direta nem de se deixar morrer em condições minimamente viáveis de busca pela vida, mas de empreender esforços visando à garantia de disponibilidade de tratamentos aos doentes terminais de acordo com suas vontades prévias e conscientemente respeitadas, evitando-se tratamentos sofríveis e inúteis ante o prognóstico de morte iminente.

Por tratamentos sofríveis e inúteis pode-se dizer àqueles em que os médicos, a despeito de salvar vidas, empregam métodos que acabam proporcionando uma morte lenta, dolorosa, oriunda da obstinação terapêutica ante o inevitável, posto que sem meta de cura. Sobre isso¹¹⁴ Stela Barbas e Zeneida Puga acrescentam o seguinte:

A cura da doença e o alívio do sofrimento são aceitos como objetivos da medicina. A doença destrói a integridade do corpo e a dor e o sofrimento destroem a integridade geral da pessoa humana. Entretanto, por mais que tente, a medicina não pode afastar a morte indefinidamente. Quando a terapia médica não mais pode atingir a meta de cura, insistir no tratamento apenas para manter a pessoa viva é uma futilidade. Tal dilema indica a necessidade de parar o que está sendo inútil e intensificar os esforços para reduzir o desconforto de morrer.

Do ponto de vista jurídico, pode, na atual conjectura do Direito Penal Brasileiro, a depender da ausência ou do vício de consentimento a tratamentos desproporcionados, evidenciar crime de constrangimento ilegal a ser imputado ao médico que nessas condições insistir nos tratamentos em pacientes em situação terminal.

¹¹³ MORAIS, Alexandre. Constituição Brasileira Interpretada. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2013. 978-8522474813, p.16.

¹¹⁴ BARBAS, Stela; OLIVEIRA, Maria Zeneida Puga Barbosa. Autonomia do Idoso e Distanásia. **Revista de Bioética**. Artigos de Pesquisa, 2013; 21 (2), p. 330.

Da mesma forma, existe relato¹¹⁵ de que ainda na Antiguidade, com Hipócrates,¹¹⁶ se o médico tentasse prolongar a vida de uma pessoa, sem perspectiva de viabilidade, estaria a agir com falta de ética.

Por fim, no âmbito dos direitos humanos, em patamar internacional, a tendência tem sido “uma menor interferência no momento final da vida quando não se pode mais reverter o processo da morte¹¹⁷”, fato que vem sido verificado em diversos documentos ao longo do tempo, dentre eles os seguintes: a) A Recomendação 779/1976 do Conselho Europeu: Direitos dos doentes e moribundos; b) O II Concílio Ecumênico do Vaticano, 1980: Declaração sobre a eutanásia c) O Comunicado de Tóquio, Cúpula Global de Comissões Nacionais de Bioética, 1998; d) Recomendação 1.418/1999, Conselho Europeu: Proteção dos direitos humanos e da dignidade dos doentes incuráveis e terminais; e) V Assembléia Geral, Pontifícia Academia da Vida, 1999 f) Parecer 63/2000, Comitê Consultivo Nacional de Ética da Saúde e Ciências da Vida da França: Final de vida, terminando a vida, eutanásia.

3.2 A Ortotanásia como medida sob medida e cuidados paliativos

Ortotanásia é definida por Figueiredo Dias¹¹⁸ como sendo o auxílio médico à morte quando o doente já está incurso no processo da morte, aceitando-se que os tratamentos ao mesmo sejam deixados sob a *leges artis*¹¹⁹, consistente em tornar o processo da morte em processo sem sofrimento.

Insta esclarecer que tanto em Portugal, como no Brasil, a Ortotanásia não faz incorrer o médico que a pratica em responsabilidade jurídico penal, sendo razoável explicar que, de

¹¹⁵ AMUNDSEN apud BARBAS. In Autonomia do Idoso e Distanásia. **Revista de Bioética**. Artigos de Pesquisa, 2013; 21 (2), p. 330.

¹¹⁶ Hipócrates, considerado pai da medicina viveu no século V antes de Cristo e na antiguidade grega surgiu o Juramento em sua homenagem (cerca de 400 a.C) e que até os dias atuais serve de base

¹¹⁷ VILLAS-BOAS, Maria Elisa- Eutanásia. In **Tratado Brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. Coimbra: Almedina, 2017, p.126.

¹¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno - “Art. 131.º”, In **Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I**. 2.ª ed., (Jorge de Figueiredo DIAS dir.). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 35.

¹¹⁹ Compreendem um agregado de normas e princípios profissionais que não se encontram compilados em apenas um diploma, estando antes disseminados na *práxis* médica, acompanhando o estado da ciência médica num preciso momento histórico. Definição pode ser vista Cf: MOREIRA, Sara Leitão. A responsabilidade penal do médico interno In **Direito da Saúde. Estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. II. Profissionais de Saúde e pacientes responsabilidades**. Coimbra: Almedina, p. 227.

modo geral, as intervenções médicas não têm o objetivo de acelerar a morte do doente, mas fornecer ao mesmo tratamentos paliativos.

Portugal, com a edição da Lei nº 31/2018, de 18 de julho regulamentou os direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, previu um conjunto de direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, consagrando o direito a não sofrerem de forma mantida e desproporcionada, prevendo medidas para a realização de tais direitos com a inclusão dos familiares também.

Dessa forma, no contexto da lei, conceitua-se uma pessoa em contexto de doença avançada e em fim de vida quando a mesma for portadora de uma doença grave, que esteja a ameaçar-lhe a vida em estágio avançado, sem perspectiva de cura e com prognóstico vital assinalado de 6 (seis) a 12 (doze) meses.

Da análise da novel legislação portuguesa, pode-se concluir que dentre os direitos elencados e com foco nesse paciente estão: o direito à informação e ao tratamento, com visio à ciência quanto à natureza da doença, ao prognóstico estimado, aos diferentes quadros clínicos e tratamentos disponíveis, à participação dos doentes de forma ativa nos planos terapêuticos, com explicitação de medidas a serem implementadas, mediante consentimento informado, com direito à recusa nos termos da lei e sem prejuízo às competências dos profissionais de saúde, à tratamento rigoroso de sintomas e, em caso de evidente estado confusional agudo, que lhe sejam disponibilizados fármacos apropriados, mediante prescrição médica.

Nessa senda, houve ainda a previsão de vedação à obstinação terapêutica, declinando-se o legislador para um tratamento de acordo com os objetivos de cuidados definidos no plano de tratamento de cada doente, desde que previamente discutido e acordado, evitando-se com isso o emprego da distanásia¹²⁰.

¹²⁰ Distanásia foi conceituado pela Professora Stela como neologismo de origem grega que conjuga o prefixo dys, que significa ato defeituoso, e o complemento thanatos, entendido como morte, sendo sua tradução literal “morte defeituosa”, referindo-se a morte difícil ou penosa devido ao prolongamento exagerado e desproporcional do ato de morrer mediante tratamento que prolonga a vida biológica do paciente. Cf: BARBAS, Stela; OLIVEIRA, Maria Zeneida Puga Barbosa. Autonomia do Idoso e Distanásia. **Revista de Bioética**. Artigos de Pesquisa, 2013; 21 (2), p. 330.

Em se considerando que o consentimento do paciente é expressão maior de sua autonomia e que serve de critério legitimador das intervenções médicas, foi extremamente coerente o novel disciplinamento português sobre o assunto quando evidenciou o necessário consentimento informado do paciente nos seguintes termos:

“(…) Art. 5º As pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida têm direito a dar o seu consentimento, contemporâneo ou antecipado, para as intervenções clínicas de que sejam alvo, desde que previamente informadas e esclarecidas pelo médico responsável e pela equipa multidisciplinar que a acompanham.

2 - O consentimento previsto no número anterior deve ser prestado por escrito, no caso de intervenções de natureza mais invasiva ou que envolvam maior risco para o bem-estar dos doentes, sendo obrigatoriamente prestado por escrito e perante duas testemunhas quando estejam em causa intervenções que possam pôr em causa as suas vidas.

3 - As pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, **desde que devidamente informadas sobre as consequências previsíveis dessa opção pelo médico responsável e pela equipa multidisciplinar que as acompanham, têm direito a recusar, nos termos da lei, o suporte artificial das funções vitais e a recusar a prestação de tratamentos não proporcionais nem adequados ao seu estado clínico e tratamentos, de qualquer natureza, que não visem exclusivamente a diminuição do sofrimento e a manutenção do conforto do doente, ou que prolonguem ou agravem esse sofrimento”**.

Tal disciplinamento chama a atenção para o fato de o ordenamento jurídico português, assim como o brasileiro, atribuir relevância para o consentimento no âmbito da antijuridicidade, tendo em vista que é aplicável aos crimes cujo bem jurídico tutelado pertence à própria pessoa e não ao Estado, cuja proteção se reveste no bem em si e não na liberdade de dispor.

Com isso se quer dizer que a autorização concedida pelo doente em fim de vida ou com doença em estágio avançado objetivando recusa a suporte artificial, por exemplo, ou a outros tipos de tratamentos ou ainda ao médico para que possa proceder a intervenções outras não alteraria o fato de que a integridade física do doente estaria tipicamente lesada, em razão do fato de que por mais que o bem jurídico venha a ser lesado é fato que a conduta do médico seria mesmo assim considerada lícita com base no sentimento justificante.

Não se pode esquecer de que a Lei foi extremamente razoável ao tratar do esclarecimento prévio ao paciente tendo em vista que esse nada mais é do que um pressuposto

de validade do consentimento e fundamental para que o doente possa exercer seu direito à autodeterminação.

Tais medidas, de ordem legal, trouxeram segurança tanto ao paciente quanto ao médico, notadamente a esse último na medida em que a análise de sua responsabilidade penal fica submetida ao esclarecimento a contento e suficiente ao exercício da autonomia do paciente. Dessa forma, desde que cumpra fielmente os normativos postos, estará nesse aspecto seguro em seu modo de trabalhar.

Outro disciplinamento relevante consta no artigo 6º e 7º da Lei nº 31/2018 por meio dos cuidados paliativos¹²¹, entendido pela Organização Mundial de Saúde, já no ano de 1990, como sendo: “cuidado ativo e total para pacientes cuja doença não é responsiva a tratamento de cura”.

Tal conceito veio a ser atualizado em 2002 para que todos entendessem tais cuidados como “a abordagem que aprimora a qualidade de vida dos pacientes e família que enfrentam problemas ameaçadores da vida, através da prevenção e alívio do sofrimento, por meio de identificação precoce, avaliação correta de tratamento da dor e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual¹²²”.

Sobre essa questão, relembra a Professora Doutora Stela Barbas¹²³ que de acordo com o “documento elaborado pelo *National Consensus Project for Quality Palliative Care*¹²⁴ e com a nova noção dada pela OMS em 2002, o âmbito dos cuidados paliativos não se circunscreve aos doentes incuráveis em fase terminal”.

¹²¹ Manual de cuidados paliativos. **Academia Nacional de Cuidados Paliativos** – Rio de Janeiro, 2009.p. 16.

¹²² Cf. Organização Mundial de Saúde, 2002. **Manual de cuidados paliativos**. Academia Nacional de Cuidados Paliativos – Rio de Janeiro, 2009. p. 16.

¹²³ BARBAS, Stela. Legislação *In Enciclopédia Luso-Brasileira de Cuidados Paliativos*. Coordenação: Rui Nunes, Guilhermina Rego, e Ivone Duarte. Coimbra: Almedina, 2018, p. 360-361.

¹²⁴ Cf. National Coalition for Hospice and Palliative Care. Clinical Practice Guidelines for Quality Palliative Care, 4th edition . 2018. [Consult. 10 Mar. 2020]. Disponível em: https://www.nationalcoalitionhpc.org/wp-content/uploads/2018/10/NCHPC-NCPGuidelines_4thED_web_FINAL.pdf

Tal observação tem a sua importância porque desmistifica o equívoco de que são os cuidados paliativos voltados exclusivamente para doentes em estado irreversível de cura, ideia essa defendida pela mesma doutrinadora quando assim se posiciona:

“(...) os cuidados paliativos não podem ser remetidos para uma ideia de fim de linha, numa dicotomia marcada entre eles e os cuidados curativos, mas sim assumir-se como uma intervenção estruturada e rigorosa nas doenças crônicas e progressivas, nas que provocam grande sofrimento, podendo intervir desde o diagnóstico e assumindo uma dimensão cada vez maior à medida que as necessidades dos doentes assim o justificam”.

Nesse sentido e com o desiderato de implementar melhor prestação de cuidados em Saúde, já tão recomendada pela OMS e no sentido de implementar todo um conjunto de estratégias para a implantação e indispensabilidade dos Cuidados Paliativos no Sistema de Saúde Português veio o legislador a contemplar tais cuidados como um direito das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, inclusive prevendo tais cuidados para o âmbito familiar, senão vejamos:

“(...)

Art. 6º.

1 - As pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida têm direito a receber cuidados paliativos através do Serviço Nacional de Saúde, com o âmbito e forma previstos na Lei de Bases dos Cuidados Paliativos.2 - Considera-se ainda prestação de cuidados paliativos o apoio espiritual e o apoio religioso, caso o doente manifeste tal vontade, bem como o apoio estruturado à família, que se pode prolongar à fase do luto.3 - Os cuidados paliativos são prestados por equipa multidisciplinar de profissionais devidamente credenciados e em ambiente hospitalar, domiciliário ou em instituições residenciais, nos termos da lei.4 - Para os efeitos do disposto no número anterior, cabe ao médico responsável e à equipa multidisciplinar que acompanham a pessoa doente contribuir para a formação do respetivo consentimento informado, com base numa rigorosa avaliação clínica da situação no plano científico, e pela adequada ponderação dos princípios da beneficência e da não maleficência, no plano ético.

Art. 7º.

1 - Os cuidadores informais da pessoa em contexto de doença avançada e em fim de vida que recebe cuidados paliativos em ambiente domiciliário têm direito a receber formação adequada e apoio estruturado, proporcionados pelo Estado através da articulação entre o Ministério da Saúde e o Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social.

2 - Os profissionais de saúde devem requerer o direito ao descanso do cuidador informal da pessoa em contexto de doença avançada e em fim de vida que se encontra em ambiente domiciliário sempre que tal se justifique.

3 - Para efeitos do disposto nos n.ºs. 1 e 2, a pessoa em contexto de doença avançada e em fim de vida tem de estar devidamente sinalizada na Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados e ou na Rede Nacional de Cuidados Paliativos.

4 - No âmbito dos cuidados de saúde primários, os profissionais de saúde têm a obrigação de sinalizar todos os casos de pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida que se encontrem em ambiente domiciliário sem acesso ao devido apoio estruturado e profissionalizado”.

É necessário frisar que, para os casos de prognóstico breve, considerando a lei como sendo aquele que ocorre em semanas ou dias e cujos sintomas causam sofrimento não controlado pelas medidas paliativas acima enumeradas foi prevista a disponibilidade de fármacos para a contenção do quadro clínico, mediante prescrição médica.

Ressalte-se ainda a louvável intenção do legislador português em prevêr direitos não clínicos às pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida, tais como: a) a realização de testamento vital, b) nomeação de procurador de cuidados de saúde, c) previsão de confidencialidade em relação a prever que seja o doente o único titular do direito à informação clínica relativa à sua situação, d) possibilidade de tecer manifestação sobre a disposição e destino do corpo e dos órgãos para depois da morte, observadas as disposições legais, e) designação de familiar ou de cuidador de referência que o possam assistir e, em caso de possibilidade de procurador ou representante legal, f) percepção de apoio e de prestações sociais que lhes sejam devidas ou à família em função da doença ou da perda de autonomia.

Em relação às tomadas de decisões terapêuticas o mesmo disciplinamento legal deixou claro que, caso as pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida consentam, as mesmas poderão ser assistidas por familiares ou cuidadores quando forem decidir sobre seus processos terapêuticos. Contudo, em caso de tais pessoas não estarem mais em pleno uso de suas faculdades mentais e não se verificando o consentimento prévio para a assistência familiar, a previsão é de que o médico responsável e a equipe de saúde que acompanha o doente tomem as decisões clínicas, ouvindo a família no melhor interesse do mesmo e de acordo com a vontade conhecida dele.

A atuação dos conselhos de saúde prestados fica por conta, na forma facultativa, de casos apresentados de discordância insanável entre os doentes ou seus representantes legais e profissionais de saúde em relação às medidas a aplicar ou entre aqueles e as entidades prestadoras quanto aos cuidados de saúde prestados.

Diferente ocorre quando a assistência seja prestada no domicílio ou em entidade que não disponha de conselho de ética, porque no caso será facultado ao doente e a seu representante o acesso aos órgãos competentes em matéria de ética a exemplo da Ordem dos médicos, dos enfermeiros e dos psicólogos.

Não se pode esquecer de que tais medidas vieram a corroborar com o mandamento constitucional português, previsto no Art. 64º da CRP, que assim dispõe: “todos têm direito à proteção de saúde e o dever de a defender e promover” , subentendendo-se que daí se encontra estabelecido um conjunto de garantias, depreendidas como verdadeiros direitos fundamentais inerentes ao tema em debate, o que se vê em relação ao direito à integridade pessoal (Art. 25º da CRP), ao reconhecimento do desenvolvimento da personalidade (Art. 26º, 1 da CRP) e à liberdade de consciência (Art. 41º da CRP).

Exsurge-se, com isso, um direito de autodeterminação na Saúde em Portugal, mostrando-se relevante para a recusa de tratamentos médicos, findando que o consentimento do paciente é capaz de afastar a incriminação das ofensas corporais causadas por intervenções médicas, a exemplo do que consta no Art. 156º do CPP, tema já comentado anteriormente.

No Brasil, não há legislação sobre a permissividade de prática de ortotanásia. Destarte, não se quer com isso dizer que não ocorra a prática e que haja ilicitude alguma em seu emprego, pelo contrário, a regularidade da conduta vem sendo respaldada a partir de Resoluções do Conselho Federal de Medicina, podendo-se citar desde a Resolução nº 1805/2006 (Ortotanásia), como a de nº 1995/2012 (Diretivas Antecipadas de Vontade), a de nº 2217/2018 (Código de ética médica) e 2232/2019 (Normas éticas para a Recusa Terapêutica).

Na Resolução CFM nº 1805, de 2006, encontra-se estabelecida a permissão para que o médico possa limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, desde que respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal, prevendo-se a obrigação do médico de esclarecer ao doente ou a seu representante legal sobre as opções de modalidades terapêuticas para o caso em específico. Contudo, deve a decisão ser fundamentada e registrada em prontuário, ficando assegurado ainda o direito do paciente em solicitar outra opinião médica.

Nessa regulamentação prevê-se ainda que o doente continue a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que possam causar sofrimento, assegurando assistência integral, o que inclui conforto físico, psíquico, social e espiritual, com direito a alta hospitalar (ou seja, cuidados paliativos).

Em relação à Resolução nº 2217/2018, temos que se trata do Código de Ética Médica Brasileiro que estabelece limites, compromissos e direitos para os profissionais médicos com atuação no Brasil, dá ênfase ao respeito à autonomia do paciente, inclusive na fase de terminalidade da vida, à obrigatoriedade do médico de elaborar um sumário de alta e proceder à sua entrega ao paciente quando solicitado, para que o mesmo tenha à sua disposição as orientações sobre a continuidade de tratamento se for o caso e facilite assim a comunicação entre profissionais e entre serviços médicos de diferentes naturezas.

Interessante mais uma vez consignar o Artigo 41 e seu parágrafo único e 42 do Código de Ética Médica que faz constar:

É vedado ao médico:

(...)

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

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

Art. 42 Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método

Trata do capítulo que regula questões entre pacientes e familiares e proíbe a prática de eutanásia no Art. 41, permite a prática da ortotanásia, prevê o oferecimento de cuidados paliativos aos doentes e proíbe a obstinação terapêutica ou distanásia no parágrafo único do Art.41, bem como enfatiza o dever de respeito do médico pela autonomia do paciente no Art. 42.

Por fim, a última Resolução, de nº 2232, de 2019, já comentada anteriormente em item 2.4.1, trata de recusa terapêutica por parte dos doentes e do direito de objeção de consciência do médico na relação médico-paciente, com evidência ao lugar do paciente como “autoridade” ética e moral, embora sujeito a ter algumas de suas vontades - ainda que legítimas- descumpridas nos casos de necessária satisfação de um dever igual ou superior do médico, a depender do caso concreto, de acordo como bem prevê o artigo 36º do Código Penal Português que trata de conflitos de deveres.

Não se pode esquecer de que sob alegativa de que o Art. 5º § 2º, 6º e 10º da Resolução CFM nº 2232/2019 não possuía amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, ingressou o Ministério Público Federal com a Ação Civil Pública¹²⁵ nº 5021263-50.2019.4.03.6100 na 8ª Vara Federal de São Paulo pleiteando a suspensão de tais dispositivos porque segundo o autor da ação a referida norma estaria a abrir espaço para que a autonomia da gestante na escolha de procedimento durante o parto pudesse ser caracterizada como abuso de direito da mulher em relação ao feto, mesmo que não houvesse risco iminente de morte.

Em transcrição para melhor entendimento, consta de forma expressa na resolução:

“(…)

Art. 5º

A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

I - A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II - A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

§ 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Art. 6º

O médico assistente em estabelecimento de saúde, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta Resolução, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto.

(…)

Art. 10. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente”.

Segundo o Ministério Público Federal, tais artigos (5º, §2º, 6º e 10º da Resolução), da forma como estão redigidos, estão a permitir que o médico não aceite a recusa da gestante em se submeter a determinadas intervenções e que o profissional pode adotar medidas para coagir

¹²⁵ HEN, Hong Kou. Norma que autoriza intervenções médicas sem consentimento da gestante é suspensa. Justiça Federal de São Paulo. Ação Civil Pública 5021263-50.2019.4.03.6100. JFSP. [Em linha]. [Consult. 02 Jan. 2020]. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoos/2019/2019-12-17parto.pdf>

a paciente a receber tratamentos que não deseja, o que inclui a possibilidade de internações compulsórias ilegais.

Acrescenta ainda o autor da ação que a disposição expressa na resolução quanto aos casos de recusa terapêutica por “abuso de direito” da mulher, oportuniza que o médico comunique tal fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, fato que implica violação de sigilo médico.

Em decisão liminar, o magistrado¹²⁶ do caso veio a suspender a eficácia do § 2º do Artigo 5º da Resolução CFM nº 2232/2019, assim como suspendeu parcialmente os artigos 6º e 10º para que as gestantes brasileiras não sejam obrigadas a passar por intervenções médicas com as quais discordam.

Dentre as razões de decidir consignou o magistrado que a resolução editada pelo Conselho, mesmo que de forma indireta, resulta em restrição à liberdade de escolha terapêutica da gestante em relação ao parto, medida essa que se configura ilegal, considerando-se que o termo “abuso de direito” é amplo e comporta múltiplas hipóteses nas quais o médico pode impor à gestante algum tipo de procedimento terapêutico.

Explicou que a liberdade de escolha terapêutica conta com proteção legal, tendo mencionado como exemplo os seguintes dispositivos de lei vigentes no ordenamento jurídico brasileiro:

“Art. 15 do CC: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Art. 7º, III da Lei nº 8080/90:

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;

Art. 17 da Lei nº 10741/2003: “Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”.

Artigos 22, 26 e 31 da Lei nº 8078/90:

¹²⁶ *Ibidem*.

(...)

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

(...)

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

(...)

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”.

Concluindo assim o magistrado:

“Em exame perfunctório, a ampliação das hipóteses de afastamento da opção terapêutica eleita pelo paciente, no caso a gestante, promovida pela Resolução 2.232/2019, **possui vício material por violar o Princípio da Legalidade**, pois flagrantemente menospreza as balizas delineadas em inúmeras leis e que asseguram a prevalência da escolha terapêutica do paciente, nas hipóteses em que não caracterizada situação de risco à saúde e/ou vida”

Ao que parece, o cerne da decisão que motivou a suspensão da eficácia do Art. 5º, § 2º, e parcialmente a dos artigos 6º e 10º está no descumprimento pela Resolução CFM nº 2232/2019 da observância do Princípio da Legalidade, quando da regulamentação dos bens jurídicos previstos no Artigo 5º, II da CF/88, que assim está devidamente expresso:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Violando-se, de forma transversa, a norma constitucional que fixa o direito à autonomia dos cidadãos.

A explicação se mostra bastante pertinente porque a autodeterminação do paciente tem grande relevância no estudo da Ortotanásia, à medida que o traz como centro de todos os atos médicos dando a ele o poder de consentir e de recusar a prática médica.

Ao que parece, segundo a percepção de Manuel da Costa Andrade¹²⁷ a permissão para a prática de Ortotanásia no ordenamento jurídico Português não conflita com a disposição do art. 156º do Código Penal, na medida em que “não há nenhum imperativo-ético, médico ou jurídico – que obrigue a prolongar a vida a todo custo, explorando exasperadamente as possibilidades técnicas hoje disponíveis de prolongar a vida com dignidade”.

Nesse sentido não há como confundir a ortotanásia (eutanásia passiva ou indireta) com o homicídio a pedido da vítima cometido a título omissivo, porque, no primeiro, a partir do consentimento e do desejo do paciente de forma prévia, o médico não estaria na posição de garante, não caracterizando assim a prática descrita no Art. 156º do Código Penal lusitano.

Ao final é a ortotanásia uma medida a ser adotada sob medida por não afrontar o ordenamento jurídico, ao respeitar o direito à vida ao tempo em que faz respeitar a autodeterminação humana de não ter como dever a obrigatoriedade de viver, sendo a eutanásia um caminho extremo pelo qual discorda esse pesquisador.

3.3 A Mistanásia e a perigosidade social decorrente das consequências da legalização da eutanásia

Diz-se morte mistanásica¹²⁸ àquela que é precoce e evitável, estando a partir desse conceito o papel da bioética, do direito e da economia focado em propostas e contribuições objetivadas no equilíbrio e intuito de defender a vida biológica e biográfica do homem enquanto ser portador de dignidade, notadamente àqueles menos abastados.

Importa denominar ainda de mistanásica¹²⁹ a morte possuidora de conotação ética não natural, ou seja, anormal e que tanto sob a ótica voltada ao Brasil como à que se refere a Portugal, em que pese duas distintas realidades, há de se merecer, em alguns pontos, uma propícia reflexão.

¹²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, p. 384.

¹²⁸ PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antonio Lopes – O que entender por mistanásia. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN: 978-858-49-4314-6, p.168.

¹²⁹ *Idem*.

Enquanto no Brasil vigora um gravoso quadro de desigualdade social, responsável pela extrema vulnerabilidade em múltiplas áreas, notadamente na seara de Segurança e de Saúde a atingir irremediavelmente vários brasileiros, percebe-se um quadro não muito diferente em relação à priorização de políticas públicas voltadas à Saúde no Estado Português.

Sob essa perspectiva prelecionam as Dras. Mariana da Silva e Sofia Crisóstomo¹³⁰ que em razão da saúde ser a segunda maior componente de despesas sociais, culmina no fato de ser uma das áreas em que a dependência externa é considerável, e apresenta dificuldades específicas no controle de despesas, fruto das características de dispersão e autonomia no assumir de compromissos de despesa de Saúde.

Em razão desse panorama e visando a sustentabilidade dos sistemas de saúde foi que para a assinatura, em maio de 2011, do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF) entre a Comissão Europeia (CE), o Banco Europeu (BCE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI) definiu-se como foco a redução de despesa e da dívida pública no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, incluindo o Sistema de Saúde em Portugal.

Consoante acordo exposto no memorando de entendimento sobre condicionalidades de Política Económica decidiu-se por se objetivar um aumento na eficiência e eficácia do sistema nacional de saúde, com previsão mais racional dos serviços, redução da despesa pública com medicamentos para 1,25% do PIB até final de 2012 e para cerca de 1% do PIB em 2013, devendo esse patamar estar em linha com a média da União Europeia para que assim pudessem gerar poupanças adicionais nos custos dos hospitais e definir uma estratégia para pagamento de dívidas nesse setor.

Segundo a pesquisa sobre trajetória do programa de ajustamento no setor de saúde¹³¹ na Europa, relativo ao tempo de vigência do PAEF - a evidência relativa aos impactos em relação aos indicadores da saúde mostrou-se reduzida, em que pese o surgimento de

¹³⁰ SILVA, Mariana Vieira; CRISÓSTOMO, Sofia – Trajetória do Programa de Ajustamento no Setor da Saúde *In Governar com a Troika: Políticas Públicas em tempo de austeridade*. Coimbra: Almedina, 2015, p.345-409.

¹³¹ *Idem*.

indicadores preocupantes, tendo constado no Relatório¹³² da Comunidade Europeia existir a possibilidade de que as reduções na saúde pública afetem a adequação do acesso a serviços de cuidados de saúde, em especial para os grupos de baixos rendimentos e as pessoas em situação de vulnerabilidade.

O relatório citado anteriormente não fez constar dados relativos a 2011 (período anterior aos cortes mais significativos) e alguns dados posteriores a 2011 como o aumento da taxa de incidência por ano contendo a estimativa dos primeiros anos de queda nos cuidados de saúde primários sugeriram uma necessidade no sentido de monitorar o impacto do agravamento das condições sociais e económicas em Portugal.

A partir da situação portuguesa assinalada por Antonio Costa Silva¹³³ ao mensurar:

Estamos, portanto a debilitar umas das alternativas fulcrais para construir o futuro do país que é o capital humano. E isso combina-se com o desemprego de longa duração, desigualdade crescente na repartição de rendimentos, proletarização crescente da classe média, alastramento da pobreza e estas são as questões vitais em termos de futuro.

O fosso crescente na repartição de rendimentos leva ao aumento da desigualdade no país. E a desigualdade é corrosiva, a extrema desigualdade cria problemas graves porque pode fazer apodrecer o país por dentro.

Por outro lado, a maneira com que se trata a pobreza em Portugal também não é aceitável. [...] temos que debater em que condições é possível e digno viver neste país, para aqueles milhões de pessoas que estão na linha de pobreza. A questão da decência é crucial. O filósofo de origem portuguesa Baruch Espinoza, escreveu na parte final do seu livro sobre ética: “a essência da liberdade humana é a dignidade”. Isto é: sem dignidade não há liberdade, não há democracia, não há economia, e essa é uma questão crucial que nós temos para o futuro.

Verificou-se urgência em alguma política de correção dessas distorções.

Não tendo sido uma coincidência, justamente após esse contexto, Portugal lançou a Lei de Bases (nº 95/2019), cujo projeto¹³⁴ foi embasado em uma leitura constitucional global

¹³² Cf. Projeto de relatório conjunto sobre emprego que acompanhou a campanha de comunicação da Comissão relativa à análise anual de crescimento 2014. Disponível em: http://repositório.insa.pt/ritrieve/6679/observações_7_2014_artigo8.pdf. citado por SILVA, Mariana Vieira; CRISÓSTOMO, Sofia – Trajetória do Programa de Ajustamento no Setor da Saúde *In Governar com a Troika: Políticas Públicas em tempo de austeridade*. Coimbra: Almedina, 2015, p.345-409.

¹³³ SILVA, Antonio Costa- Portugal da Troika e do Futuro *In Governar com a Troika: Políticas Públicas em tempo de austeridade*. Coimbra: Almedina, 2015, p.632.

¹³⁴ Relatório da Comissão da Revisão da Lei de Bases da Saúde. Out. 2018. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2018/12/Relatorio_Proposta_LeiBases.pdf

e integrada do Art. 64º da CRP, além do que está disposto nos artigos 1º, 8º, 9º, 13º, 18º, 24º, 25º, 26º, 61º, 63º, 66º, 227º, 237º, 267º e 268º e nas jurisprudências internacionais de proteção à saúde.

Segundo o texto de resumo do citado documento o projeto reflete uma natureza com orientação para uma política de bases, com disposições substanciais a ser reforçada por outras leis específicas, desde que o conjunto tenha assento na dignidade das pessoas em contexto de saúde.

Dentre as pretensões que ao final gerou a Lei nº 95/2019 vale a pena enumerar:

- a) A realização de prestações de saúde com foco nas pessoas, levando-se em consideração a importância social e económica da saúde e a utilização de critérios determinantes económicos, sociais, culturais, ambientais e laborais, com foco na responsabilidade estatal na proteção da saúde enquanto bem individual e coletivo.
- b) Em relação aos direitos e deveres das pessoas em contexto de saúde o projeto visou o reconhecimento do direito fundamental à proteção da saúde como direito humano e previsão de que a lei atenda às específicas vulnerabilidades decorrentes das alterações demográficas ocorridas em Portugal ao longo dos tempos.
- c) Sobre a possibilidade de verificação do dever de indenizar dos danos decorrentes da proteção de cuidados em saúde foi prevista a adoção de meios de resolução de litígios em contexto de saúde, com previsão ainda de ressarcimento autónomo e socialização do risco.
- d) O Reconhecimento do direito de associação de pessoas, do papel do cuidador informal, sua responsabilização e capacitação.
- e) A centralização da política de saúde pública sempre em consideração a compreensão de que a pressão financeira sobre o sistema só tende a diminuir caso haja uma prioridade política e efetiva na promoção de saúde pública, com

reconhecimento da importância primeira da promoção de saúde, com modelo de política de saúde além da prestação de cuidados de saúde.

- f) Previsão de avaliação dos impactos na saúde pública das diferentes políticas (social, de trabalho, de obras, de habitação entre outras), com reconhecimento da relevância da saúde mental e foco nas necessidades específicas das pessoas que dela necessitem.
- g) Definição de princípios orientadores de regulação pelo legislador da genômica no âmbito das prestações em saúde, valorização ocupacional, promoção na educação em saúde e esforço para a literacia em saúde.
- h) Afirmação de que o Serviço Nacional de Saúde constitui-se em garantia primeira do direito de proteção à saúde, com garantia de acesso atempado e equitativo de todos a prestações de saúde e com esforço da importância da garantia constitucional de cobertura nacional e disponibilização de informações atualizadas para consulta pública.
- i) Estabelecimento de modelo de prestação do funcionamento em rede, com integração e continuidade de cuidados centrados na pessoa e com articulação entre os setores da economia social e privado para concentrar os esforços que visem ganhos em saúde.
- j) Reclamação por uma gestão transparente, eficiente e criteriosa dos recursos disponíveis, subordinando os mesmos a critérios de necessidade e de rigor para a realização das prestações públicas.
- k) Vinculação de prestações públicas a entidades com acordo ou convenção com o Sistema Nacional de Saúde, sujeitas a fiscalização e atendimento de regras de especificidades exigidas pelo setor.
- l) Reconhecimento de criação de planos de saúde através de sistemas locais, em determinada área geográfica, com previsão das escolhas dos titulares dos órgãos de

administração e fiscalização subordinados a critérios de mérito, obediência à princípio de concorrência, publicidade, transparência e igualdade.

- m) Previsão de modelo de financiamento assentado em matriz solidária com base em transferência de orçamento de Estado, programação plurianual do investimento, infraestrutura e equipamentos, com visto ao atendimento da previsão aproximada dos valores da média de despesas “per capita” da União Europeia (UE).
- n) Imposição de limites às taxas moderadas, previsão de avaliação periódica das prestações públicas de saúde e reconhecimento da importância das tecnologias da saúde, da inovação e da saúde digital.
- o) Reclamação por uma diferente gestão pública, dinâmica e flexível, competente e qualificada que faça uso dos princípios orientadores do desenvolvimento das carreiras, que reconheça a relevância da função social dos profissionais de saúde.
- p) Reconhecimento de relação combinada de integração com subsidiariedade, reforço de articulação entre governo e governo federal, poder local e autarquias locais no âmbito de interação das regiões autónomas e poder local.
- q) Previsão de cooperação com a relação internacional no quadro da união europeia, conciliação da política de saúde com outras políticas setoriais.

Da análise do projeto, verifica-se que a disposição da Lei é no sentido de manter uma política de contenção de gasto, fator esse que somado à evolução demográfica, o aumento de doenças crónicas e da multimorbilidade devido a alongada expectativa de vida em Portugal revela-se preocupante, em nível do que já ocorre no Brasil caso seja aprovada a legalização da eutanásia.

Não se pode esquecer que a mistanásia ou eutanásia social, bastante frequente em países como o Brasil, onde o sistema de saúde nem de longe satisfaz a necessidade da população, pois por si já enseja a concreta possibilidade de morte de pessoas em decorrência da falta de condições de atendimentos médico, de realização de exames e percepção de

tratamentos adequados, pode se disseminar ante as condições de austeridade e de custo dos tratamentos de pacientes que se encontrem em contexto de morte breve.

A diferença entre esse tipo de eutanásia e os demais tipos conceituados é que a rigor não estamos a tratar de eutanásia mas de homicídio por omissão estatal, em que pese a existência de garantias constitucionais propiciadoras de políticas públicas destinadas a evitar tais mortes.

Figura em tais casos o Estado como autor das mortes prematuras, sutis e provocadas por políticas de saúde que não atendem às necessidades das pessoas em contexto de vulnerabilidade, diferenciando dos demais casos em razão da vítima não ter sequer o direito de consentir ou de recusar a qualquer tipo de tratamento, tendo em vista que eles são inexistentes.

A professora Doutora Adriana Maluf¹³⁵ chama de anacrotanásia a morte que é oriunda do descaso, fazendo incluir a ela os casos decorrentes de altas taxas de mortalidade infantil, baixa expectativa de vida, violência alarmante, falta de medicina preventiva e de saúde pública organizada e eficiente, mencionando o Doutor Christian de Paul Barchifontaine ao transcrever:

Na atualidade, com a medicalização da morte, um dos impasses criados na discussão sobre a eutanásia e as alternativas é provocado pelo que se entende como saúde, a qual não é a mera ausência de doença, mas fruto de uma compreensão de saúde como bem-estar global da pessoa no plano físico, psíquico, social e espiritual.

A morte social pode ser propícia a ocorrer em Portugal, levando-se em consideração o alto custo dos tratamentos dos cuidados paliativos, a política de contenção de gastos, a impaciência e desgaste físico e psíquico de quem se encontra em contexto de morte iminente e as dificuldades causadas por um atendimento condizente.

Em tempo de racionamento de recursos se exige mais informações, humanidade, transparência, mais discussões para as estratégias de sustentabilidade da Saúde em Portugal.

¹³⁵ BARCHIFONTAINE *apud* MALUF - Direito à morte digna na Inglaterra: análise jurídica do caso Lilian Boyes. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p.250.

A edição de Lei, sem o alcance humanitário e eficaz das proposituras de melhorias faz tornar a norma obsoleta e inócua se não houver em concomitância uma mudança de paradigma com foco na diminuição da morte hospitalizada, em substituição à morte domiciliar com o devido auxílio de equipamentos mecânicos e a devida prestação do serviço pública de saúde.

Sem isso e sem esforço não será nem mesmo necessária a legalização da eutanásia, posto que em simples ação possibilita-se a ocorrência da mistanásia.

Ao que parece, não faltam normativos, prova disso é que ainda no ano de 1976 a Assembleia do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos¹³⁶, por meio da recomendação nº 779/1976, falava sobre os seguintes direitos: direito ao respeito da vontade do paciente em relação a tratamentos médicos, direito à dignidade e à integridade física, direito à informação, à cura e ao não sofrimento.

No mesmo sentido, em 1999 foi estabelecida a Recomendação 1418 relativa a Proteção dos Direitos Humanos e à Dignidade dos doentes terminais e moribundos¹³⁷ com estabelecimento de medidas aptas a dar eficácia ao direito da pessoa em fase terminal à informação completa ou ao direito de recusar tal informação.

Então o que está a faltar são políticas de saúde não utilitaristas, voltadas à boa gestão entre os recursos auferidos e a crescente demanda por prestação de saúde a uma população com elevada expectativa de vida. O olhar do homem para tais questões com foco na dignidade alimenta uma esperança para novos paradigmas do ponto de vista ético e jurídico.

Os consensos sobre a consideração da mera sobre(vivência) em desconsideração a qualidade de vida do paciente não é, segundo o que consta em um dos princípios¹³⁸ de Ética

¹³⁶ Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa no domínio do direito biomédico são as seguintes: Recomendação 613 (1976) relativa aos direitos dos doentes e dos moribundos; Recomendação 779 (1976) relativa aos direitos dos doentes e dos moribundos. [Consult. 03 Mar. 2020]. Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016807a258e>

¹³⁷ Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Recomendação 1418 (1999). Relativa Protecção dos direitos humanos e da dignidade dos doentes terminais e dos moribundos - Recomendação 1418 (1999) da Assembleia Parlamentar [Consult. 03 Mar. 2020]. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805027a5

¹³⁸ Cf. André Gonçalves Dias Pereira – Valor do consentimento no Estado Terminal *In Estudos de Direito de Bioética*. V. 4. Coimbra: Almedina, 2012, p.39.

Médica Europeia um objetivo em si, exigindo-se uma adequação do princípio da autonomia para que se possa solucionar a demanda do direito de não obrigar o homem a querer viver em circunstâncias de terminalidade.

CONCLUSÃO

É bem verdade que a função do Direito não mais se respalda em uma unidade meramente funcional, vai além, preocupa-se para que à lei não falte autoridade moral para compelir as pessoas a observar o que ela lhe impõe¹³⁹. Continuemos a preservar a vida a qualquer custo, a negar o direito de decidir para que alguém lhe tire a vida sem importe do seu consentimento ou quando este se mostrar viciado ou ainda lhe tire a vida de forma arbitrária ou a um pedido sem vontade.

Por tudo exposto, pode-se afirmar com segurança que no Ordenamento Jurídico Brasileiro ainda não se admite a eutanásia e que Portugal caminha para uma liberação da eutanásia mediante polêmica, controvérsia, discussões e pedido de referendo.

Pontua-se que a Ortotanásia é a medida que se impõe a todos aqueles em contexto de morte iminente desde que não recusem os cuidados paliativos e tenham previamente consentido algum tratamento ou a sua falta, e desde que estejam no uso de suas faculdades mentais.

A pesquisa discutiu os institutos sobre a existência de um direito a decidir sobre a própria morte, dentre eles a eutanásia, a ortotanásia, a distanásia e, por fim, a mistanásia, no que foram explanados aspectos históricos, conceituais, procedido à análise de estudo comparativo.

No segundo capítulo foi possível defender que há uma necessidade de sobrevivência para que se lute por autodeterminação, sob argumentos de prós e contras à liberação da eutanásia, sob a percepção da questão da autodeterminação em confronto com a inviolabilidade da vida e o aprofundamento no instituto da ortotanásia no Brasil e em Portugal.

¹³⁹ HURD, Heidi M. **O Combate moral**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.12

Foram analisadas as nomenclaturas e aspectos diferenciais entre testamento vital, diretivas antecipadas de vontade e disposições antecipadas de tratamento, bem como o mandato duradouro, com ênfase à análise dos normativos legais e instrumentais.

Tratou-se do tema da dignidade da pessoa humana ante a terminalidade da vida e como fator de propulsão dos interesses da sociedade, o estudo mais aprofundado da prática da ortotanásia como medida justa e a questão da mistanásia e da perigosidade que a cerca e tende a aumentar caso se opte pelo caminho utilitarista e distópico de simplesmente legalizar a eutanásia sem assegurar a implementação das condições para a liberdade do homem quanto a possibilidade de escolher entre morrer de forma antecipada e de viver em curto prazo com dignidade e cuidados que lhe proporcionem conforto quando se está na iminência da morte.

A morte com dignidade deve ser um direito soberano do homem. Destarte, não pode a mesma, nessas condições, ser confundida com a eutanásia, mesmo porque proceder à decisão da escolha sobre o momento da morte pode ensejar na própria ponderação da dignidade humana, enquanto que a mesma, enquanto valor de irradiação principiológica essencial à proteção humana em todas as suas dimensões não deve estar sujeita a ponderações.

Nesse sentido, por mais que se reconheça o direito à morte digna como resultado do conjunto de direitos como liberdade e autonomia não se visualizam garantias de que uma decisão com azo à liberação da eutanásia vem chancelada de uma autonomia ética do ser humano e não de práticas utilitaristas que hoje resultam de um interesse estatal em privilegiar os mecanismos de poder em detrimento da correção de seus erros e abusos quando da violação de suas próprias regras mais mezinhas como por exemplo, o de tornar a vida, de fato, inviolável.

O discurso da morte por dignidade, preconizado pelo uso da razão, da autonomia e da liberdade para a justificação da eutanásia tende a funcionar quando o autor da decisão, doente, teve em todo o contexto de sua vida uma situação privilegiada, de acesso a mediano conhecimento jurídico e fruição de direitos fundamentais, e pode, assim, validamente, consentir, discordar e proceder às anotações de suas diretivas antecipadas de vontade, da mesma forma com que pode acessar de forma irrestrita os cuidados paliativos e portar toda a

condição descrita na idealidade das normas escritas que muito se distanciam da realidade dos hospitais e dos homicídios por omissão estatal (mistanásia).

Por todas as razões expostas, reitera-se o rechaçamento à legalização da eutanásia ao tempo em que deixam sugeridas medidas de acessibilidade dos doentes em estágio de doença avançada e iminência de morte aos cuidados paliativos e diretivas antecipadas de vontade, com a reiteração de que a ortotanásia é a medida sob medida para esses casos.

REFERÊNCIAS

I - Legislação

I-1) Legislação Portuguesa/Europeia

BÉLGICA — Lei que regulamenta a eutanásia na Bélgica, de 28 de maio de 2002. Wet betreffende de euthanasie. 28 MEI 2002. [Consult. 29 Dez. 2019].Disponível em: http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2002/06/22_1.pdf#Page16.

CÓDIGO Civil e legislação complementar. 19ª ed. Lisboa: Almedina editora, 2015. ISBN 978-972-40-5926-6.

CÓDIGO Penal. 2ª ed. Lisboa: Almedina editora, 2015. ISBN 978-972-40-6087-3.

Constituição da República Portuguesa (1976). *Diário da República* nº 86/1976. Série I.

ESPAÑA – Constituição Espanhola de 31 de outubro de 1978. [Consult. 02 Dez. 2019]. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugués.pdf

ESPAÑA – Lei nº 10, de 23 de novembro de 1995. Código Penal. [Consult. 03 Dez. 2019]. Disponível em: <https://boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

FRANÇA – Código de Saúde Pública da França. Article R4127-38, de 29 de julho de 2004. [Consult. 03 Dez. 2019]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006912901&dateTexte=&categorieLien=cid>

FRANÇA – Lei nº 99477, de 09 de junho de 1999. Visa garantir os cuidados paliativos. [Consult. 03 Dez. 2019]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000212121&categorieLien=id>

HOLANDA – Lei relativa ao término da vida sob solicitação e Suicídio Assistido de 01 de abril de 2002. [Consult. 29 Dez. 2019]. Disponível em: http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf

ITALIA – Lei nº 2801, de 14 de dezembro de 2017. (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento). [Consult. 13 Dez. 2019]. Disponível em: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/41250.htm>

PORTUGAL. LEI n.º 25/2012. **Diário da República I Série**. N.º 136 (16-07-12).

PORTUGAL. LEI n.º 31/2018. **Diário da República I Série**. N.º 137 (18-07-2018)

PORTUGAL. LEI n.º 52/2012. **Diário da República**. 1ª Série. N.º 172 (05-09-12).

PORTUGAL. LEI n.º 95/2019. **Diário da República**. 1ª Série. N.º 169 (04-09-2019).

PORTUGAL. LEI n.º 49/2018. **Diário da República**. 1ª Série. N.º 156 (14-08-14).

PORTUGAL. Projecto da Lei nº 418/XIII/2ª – Representação parlamentar **PAN** –Pessoas, Animais, Natureza. [Em linha]. Lisboa. [Consult.02 Jan.2020]. Disponível em: < [>>](https://www.dn.pt/DNMultimedia/DOC+PDFS/Eutan%C3%A1sia%20-%20Projeto%20PAN.pdf)

PORTUGAL. Projecto de Lei nº 832/XIII/3ª – Grupo parlamentar **Partido Socialista**. [Em linha]. Lisboa. [Consult.02 Jan.2020]. Disponível em: <https://www.dn.pt/DNMultimedia/DOC+PDFS/Eutan%C3%A1sia%20-%20projeto%20PS.pdf>.

PORTUGAL. Projecto de Lei nº 838/XIII/3ª – Grupo parlamentar **Os verdes**. [Em linha]. Lisboa. [Consult.02 Jan.2020]. Disponível em: <https://www.dn.pt/DNMultimedia/DOC+PDFS/Eutan%C3%A1sia%20-%20projeto%20PEV.pdf>

REINO UNIDO - Offences Against the Person Act 1861, 6th August 1861. [Consult. 01 Dez 2019]. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100>

1.2) Legislação do Brasil

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1805, de 28 de novembro de 2006.** Dispõe sobre a suspensão e a limitação de tratamentos que prolonguem a vida de doentes, garantindo-lhes os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou do seu representante legal. [Em linha].[Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1931, de 24 de setembro de 2009.** Dispõe sobre o Código de Ética. [Em linha].[Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1995, de 09 de agosto de 2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente. [Em linha].[Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=244750>

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2217, de 01 de novembro de 2018.** Aprova o Novo Código de Ética Médica. [Em linha].[Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2232, de 16 de setembro de 2019.** Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeções de consciência na relação médico-paciente. [Em linha].[Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>

BRASIL. **Portaria nº 1820, de 13 de agosto de 2009.** Dispõe sobre os deveres e os direitos dos usuários de saúde. [Em linha]. [Consult. 02 Out. 2019]. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf

BRASIL. **Projeto de Lei 6515-A**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia; tendo parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, pela aprovação deste e dos de nºs 3002/08, 5008/09 e 6544/09, apensados, com substitutivo (relator: DEP. JOSÉ LINHARES). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A35F598EEDCBC0CDAF34E70F264DE167.proposicoesWebExterno1?codteor=1716895&filename=Avuls+o+-PL+6715/2009

BRASIL. Resolução nº 41, de 31 de outubro de 2018. Dispõe sobre as diretrizes para a organização dos cuidados paliativos, à luz dos cuidados continuados integrados, no âmbito Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília. **Diário Oficial da União**. nº 225 (23-11-2018), p. 276 Brasília.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 15277, de 31 de janeiro de 2019**. Institui a política Estadual de Cuidados Paliativos e dá outras providências. [Em linha].[Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-15277-2019-rio-grande-do-sul-institui-a-politica-estadual-de-cuidados-paliativos-e-da-outras-providencias>

BRASIL. SÃO PAULO. **Projeto de Lei nº 231, de 2018**. Dispõe sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidade em fase terminal de vida. [Em linha].[Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/12/PL-2312018-SP.pdf>.

Livros e Revistas

AMARAL, Diogo Freitas. **História do pensamento político ocidental**. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-4768-3.

ANDRADE, Manuel da Costa - Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. **Comentário Conimbriciense do Código Penal, Tomo I**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-322-061-2.

ARAÚJO, Fábio Roque; ARGÔLO, Caroline. **Direito Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2019. ISBN 978-85-442.2735-0.

ASCENSÃO, José de Oliveira - A terminalidade da vida. In **Estudos de Direito da Bioética**. Volume 4. Lisboa: Almedina, 2012. ISBN 9789724046884.

BARBAS, Stela – Morte e Dignidade humana numa Perspectiva Jurídica. In **Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida**. Coordenação: Rui Nunes, Guilhermina Rego, e Ivone Duarte. Associação Portuguesa de Bioética. Porto: Gráfica de Coimbra 2. 2009. ISBN 978-972-603-456-8.

_____. **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3250-4, p. 377-379

_____. Legislação In **Enciclopédia Luso-Brasileira de Cuidados Paliativos**. Coordenação: Rui Nunes, Guilhermina Rego, e Ivone Duarte. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7484-9. p. 360-361.

_____; OLIVEIRA, Maria Zeneida Puga Barbosa. Autonomia do Idoso e Distanásia. **Revista de Bioética**. Artigos de Pesquisa, 2013; 21 (2). ISSN 1983-8042.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial em busca da segurança perdida**. Lisboa: Almedina, 2015. ISBN 978-972-44-1885-8.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.) Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. ISSN 1806-9053.

BRITO, Teresa Quintela [*et.al*] - Homicídio Privilegiado: algumas notas In **Direito Penal parte especial: lições, estudos e casos**. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1476-5.

CÓDIGO de Ética Médica: **Resolução CFM nº 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. ISBN 978-85-87077-14-1.

COLECTÁNEA Bioética. **Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida**. Coimbra: Gráfica Coimbra 2. 2009. Coordenação: Rui Nunes, Guilhermina Rego e Ivone Duarte. ISBN 978-972-603-456-8.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5322-6.

COSTA, José de Faria – Consenso, Verdade e Direito. In **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**. Coimbra: Coimbra editora, 2005. ISBN 972-32-1331-1.

_____. O fim da vida e o direito penal in **Linhas de Direito Penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1331-1, p. 127.

_____. Bioética e Direito Penal (reflexões possíveis em tempo de incerteza) in **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias** por Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (organizadores). Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. I Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.111.

CUNHA, M Conceição Ferreira da. **Vida contra vida. Conflitos existenciais e limites do direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. ISBN 978-972-32-1752-0.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral Tomo I Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-2108-4.

_____. **Liberdade Culpa Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. ISBN: 972-32-0670-6.

_____. O problema da ortotanásia- introdução à sua consideração jurídica. In **As modernas técnicas de reanimação. Conceito de morte. Aspectos médicos teleológicos morais e jurídicos**. Conselho Distrital do Porto. Ordem dos Advogados do Brasil, 1973.

_____; BRANDÃO, Nuno - “Art. 131.º”, in **Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I**. 2.ª ed., (Jorge de Figueiredo DIAS dir.). Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-322-061-2.

DOS ANJOS, Márcio Fabri. **Eutanásia em chave de libertação**. ICAPS Nº 57, jun de 1989.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009. ISBN: 978-857-82-7078-0.

FREIRE, Paulo. **Ação cultural para a liberdade e outros escritos**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 1984. ISBN: 371-3-374-7-376-76.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade. O sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN: 978-85-362-6212-3.

HABERMAS, Jurgen. **Sobre a Constituição da Europa**. Tradução: Denilson Luís Werle. São Paulo. Ed. Unesp, 2012. ISBN: 978-85-393-0247-5.

HILGENDORF, Eric - Tratamento jurídico da eutanásia In **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. Tradução: Orlandino Gleizer. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. ISBN 978-566-722-666.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. ISBN 978-858-063-2378.

HOPE, Tony; DUNN, Michael. **The moral rights of the authors have been asserted**. 2ª ed. United Kingdom, 2018. ISBN: 980-019-881560-0.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários do Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: GZ editora. Vol. V. ISBN 8595240450.

HURD, Heidi M. **O Combate moral**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-1679-1.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito à morte digna na Inglaterra: análise jurídica do caso Lilian Boyes. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN: 978-858-49-4314-6.

MANUAL de cuidados paliativos. **Academia Nacional de Cuidados Paliativos** – Rio de Janeiro, 2009. ISBN 978-85-89718-27-1.

MELO, Nehemias Domingos- O Direito de morrer com dignidade in **Tratado Brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978858493214-6.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques de. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. ISBN 85-7674-348-5.

MOLLER, Letícia Ludwing – Discussões sobre o Direito de Morrer no Direito Comparado
Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampredo. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN 978-858-49-3214-6

MOREIRA Sara Leitão. A responsabilidade penal do médico interno In **Direito da Saúde. Estudos em homenagem ao prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. II. Profissionais de Saúde e pacientes responsabilidades**. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-6549-6.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. ISBN 978-972-321-4451.

NUNES, Rui. **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina. 2017. ISBN 978-858-49-3214-6.

ORGANIZAÇÃO Mundial de Saúde, 2002. **Manual de cuidados paliativos**. Academia Nacional de Cuidados Paliativos – Rio de Janeiro, 2009. ISBN 978-85-89718-27-1.

PEREIRA, André Gonçalves – Valor do consentimento no Estado Terminal In **Estudos de Direito de Bioética**. V. 4. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4688-4.

PERELMAN, Chaim – Considerações morais In **Ética e Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. Tradução: João C. S Duarte, 2002. ISBN 972771563-X.

PESSINI, Léo - A filosofia dos cuidados paliativos: uma resposta diante da obstinação terapêutica. In **A humanização e cuidados paliativos**. 3ª ed. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2006. ISBN 85-15-02854-9.

_____; RICCI, Luiz Antonio Lopes – O que entender por mistanásia. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN: 978-858-49-4314-6.

PIOSEVAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna. In **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN: 978-858-49-4314-6.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Do ato médico ao problema jurídico. Breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional**. Coleção Vieira de almeida. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-4936-6.

_____. **O direito à imortalidade**. Teses. Coimbra: Edições Almeida, 2014. ISBN 978-972-40-5194-9.

REIS, Jorge - A mobilização confessional da Dignidade Humana contra os Direitos Fundamentais. In **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade e Direitos Fundamentais. In 2ªed.vol I. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7591-4.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues – A liberdade de decidir a própria morte. In **Liberdades Públicas**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN 85-336-2256-2.

SILVA, Antonio Costa - Portugal da Troika e do Futuro In **Governar com a Troika: Políticas Públicas em tempo de austeridade**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724060811.

SILVA, Fernando. Direito Penal Especial. Crimes contra as pessoas. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2008. ISBN 978-972-724-373-0.

SILVA, Mariana Vieira; CRISÓSTOMO, Sofia – Trajetória do Programa de Ajustamento no Setor da Saúde In **Governar com a Troika: Políticas Públicas em tempo de austeridade**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724060811.

SIQUEIRA, Flávia. Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. Coleção Direito Penal e Criminologia. 2019. ISBN 978-856-672-2758.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de - O objeto: a personalidade humana enquanto bem jurídico tutelado. In **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 2011 ISBN 972-32-0677-3.

VENTURA, André - Direito Penal e Política Criminal. Uma aproximação ao conceito de perigo em Direito Penal. In **Lições de Direito Penal**. Lisboa: Chiado Editora, 2013. ISBN 978-989-51-0840-4.

VILLAS BOAS, Maria Elisa – Eutanásia. **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina.2017. ISBN 978-858-49-3214-6.

WALDRON, Jeremmy – O positivismo de KANT in **A dignidade da legislação**. Tradutor: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-1896-4.

Revista, documentos eletrónicos

BÉLGICA concedeu eutanásia a menores com 09, 11 e 17. **OBSERVADOR**. Lisboa (08 Ago. 2018).Disponível em: <https://observador.pt/2018/08/08/belgica-concedeu-eutanasia-a-menores-com-9-11-e-17-anos/>

CODIGO Civil Português. Decreto Lei nº 47344/66, de 25 de Novembro [Em linha] [Consult. 10 Dez. 2019]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=

CONVENÇÃO para a proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina. Oviedo, 1997. [Em linha] [Consult. 10 Mar. 2020]. Disponível em: <http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Oviedo.pdf>

CORTE da Itália dá parecer favorável ao suicídio assistido”. [Em linha]**ANSA BRASIL** (Agência Italiana de Notícias). Itália. 2019 [Consult. 03 Jan. 2020]. Disponível em:

http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2019/09/25/corte-da-italia-da-parecer-favoravel-a-suicidio-assistido_06a1d61e-b2db-4145-b4d7-52973d03cbdf.html

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS – **Eutanásia declaration fails at European Parliament**. [Em linhas]. 2016. [Consult. Dez 2019]. Disponível em: <https://nationalrighttolifenews.org/news/2016/01/euthanasia-declaration>

DALDATO, Luciana. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. [Em linha]. Belo Horizonte. Vol.3, nº 17 (2009), p.523-543. [Consult. 13 Out. 2015]. Disponível em [http:// revistabioetica.cfm.org.br](http://revistabioetica.cfm.org.br).

_____. **Conselho Federal de Medicina esclarece a interpretação da resolução nº 2232/2019**. Testamento Vital [Em linha]. 2019.[Consult. Dez 2019] Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/conselho-federal-de-medicina-esclarece-a-interpretacao-da-resolucao-2232-2019/>.

_____. **Das falácias que contam**. Testamento Vital [Em linha]. 2018. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/das-falacias-que-nos-contam/>

_____. **Indignos, mas imortais: uma breve análise da resolução CFM 2232/2019 sob o prisma do fim da vida**. Testamento vital. [Em linha]. 2019.. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/indignos-mas-imortais-uma-breve-analise-da-resolucao-cfm-2232-2019-sob-o-prisma-do-fim-de-vida/>_. [Consult. Dez 2019].

ESTUDO comparado da Eutanásia em **Eutanásia e suicídio assistido – legislação comparada**. Coleção temas nº 60. [Em linha]. Portugal: Divisão de informação legislativa parlamentar. Assembleia da República. Abr 2016, p. 42.[Consult. 10 out de 2019] Disponível em:

https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf

GONÇALVES, Manuel Lopes. **Eutanásia e suicídio assistido – legislação comparada**. Coleção temas nº 60. [Em linha]. Portugal: Divisão de informação legislativa parlamentar. Assembleia da República. Abr 2016, p. 42.[Consult. 10 out de 2019] Disponível em:

https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf

HEN, Hong Kou - Norma que autoriza intervenções médicas sem consentimento da gestante é suspensa. JFSP [Em linha]. São Paulo. (7 Dez 2019). [Consult. Jan. 2020]. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/comunicacao-publica/indice-noticias/noticias-2019/17122019-norma-que-autoriza-intervencoes-medicas-sem-consentimento-da-gestante-e-suspensa/>.

LEGISLAÇÃO Comparada. Eutanásia e Suicídio Assistido. Lisboa: Assembleia da República. Divisão de Informação Legislativa Parlamentar. Coleção Temas. Abril.2016 [Consult. 02 Nov. 2019]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf

MARIANI, Irineu. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJRS. Apelação Cível 70054988266. **Jus Brasil** [Em linha].[Consult.02 Jan. 2020]. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636?ref=juris-tabs>

NATIONAL Coalition for Hospice and Palliative Care. Clinical Practice Guidelines for Quality Palliative Care, 4th edition . 2018. [Consult. 10 Mar. 2020]. Disponível em: https://www.nationalcoalitionhpc.org/wp-content/uploads/2018/10/NCHPC-NCPGuidelines_4thED_web_FINAL.pdf

NUNES, Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. **Revista bioética**. v. 17 n ° 1. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/77/81

PROJETO de relatório conjunto sobre emprego que acompanhou a campanha de comunicação da Comissão relativa à análise anual de crescimento 2014. Disponível em: http://repositorio.insa.pt/ritrieve/6679/observacoes_7_2014_artigo8.pdf.

RELATÓRIO da Comissão da Revisão da Lei de Bases da Saúde. Out. 2018. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2018/12/Relatorio_Proposta_LeiBases.pdf