

MARIA LYDIA GOMES FLORA

**DIGNIDADE E LIBERDADE NOS LIMITES DA VIDA:
UM DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O
TESTAMENTO VITAL**

FDSM - MG
2016

MARIA LYDIA GOMES FLORA

**DIGNIDADE E LIBERDADE NOS LIMITES DA VIDA:
UM DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O
TESTAMENTO VITAL**

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho

FDSM - MG
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Flora, Maria Lydia Gomes.

Dignidade e liberdade nos limites da vida: um debate constitucional sobre o testamento vital / Maria Lydia Gomes Flora- Pouso Alegre-MG, FDSM, 2016.

108f.

Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito.

1. Testamento vital. 2. Ortotanásia. 3. Constitucionalidade. I. Kallás Filho, Elias. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Dignidade e liberdade nos limites da vida: um debate constitucional sobre o testamento vital.

CDU: 340

MARIA LYDIA GOMES FLORA

DIGNIDADE E LIBERDADE NOS LIMITES DA VIDA: UM DEBATE
CONSTITUCIONAL SOBRE O TESTAMENTO VITAL

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca examinadora

Prof. Dr. Elias Kallás Filho – Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM

Prof. Dr. Cícero Krupp da Luz
Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM

Prof. Dr. Denilson Victor Machado Teixeira
Universidade José do Rosário Vellano - UNIFENAS

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Elias Kallás Filho pela disponibilidade, atenção e pela preciosidade de seus ensinamentos, sem o qual não teria concluído esta dissertação.

Ao corpo docente e discente do Mestrado da FDSM, parceiros nesta jornada.

À minha família, pelo apoio incondicional.

“Todos esses pássaros audazes, que voam ao longe, ao mais longínquo – certamente! Em algum lugar não poderão ir mais longe e pousarão sobre um mastro ou um mísero recife – e, além do mais tão gratos por esse deplorável pouso! Mas quem poderia concluir disso que adiante deles não há mais nenhuma descomunal rota livre, que eles voaram tão longe quanto se pode voar. Todos os nossos grandes mestres e precursores acabaram por se deter, e não é com gesto mais nobre e mais gracioso que o cansaço que se detém: também comigo e contigo será assim! Mas que importa isso a mim e a ti! Outros pássaros voarão mais longe! ... E para onde queremos ir? Queremos passar além do mar? Para onde nos arrasta esse poderoso apetite que para nós vale mais que qualquer prazer? Mas por que precisamente nessa direção, para lá onde até agora todos os sóis da humanidade declinaram? Talvez um dia dirão de nós que também nós, navegando para o Ocidente, esperávamos alcançar umas Índias – mas que nosso destino era naufragar no infinito? Ou, meus irmãos! Ou?”

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

FLORA, Maria Lydia Gomes. *Dignidade e liberdade nos limites da vida: um debate constitucional sobre o testamento vital*. 2016. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2016.

A presente dissertação analisa o instrumento do testamento vital, considerando sua importância devido aos avanços da medicina no Brasil, que vem possibilitando a postergação da morte a pacientes terminais. Tais tratamentos podem se mostrar dolorosos e degradantes, sem oferecer chances reais de cura, razão pela qual seria o testamento vital uma forma de tais pacientes, de maneira expressa, determinarem a quais procedimentos médicos desejariam ou negariam se submeter. Ao contrário de tantos outros países, o Brasil não possui legislação específica sobre o tema, devendo a conformidade do testamento vital com o ordenamento jurídico pátrio ser auferida à luz de preceitos constitucionais. Assim, o escopo principal deste trabalho é a verificação da constitucionalidade e, por consequência, da viabilidade de utilização do referido instrumento no Brasil, de acordo com a atual ordem jurídica. Para tanto, foram identificadas normas infra legais sobre o tema, estudadas decisões judiciais de Tribunais Superiores a respeito de assuntos correlatos, quais sejam, referentes a casos limítrofes de vida, bem como foram identificados e analisados os princípios constitucionais que regem a matéria. Segue-se o estudo da teoria de Robert Alexy, eleita no presente trabalho, visando-se verificar a aplicação da teoria da ponderação na eventual solução de conflitos entre princípios inerentes ao testamento vital. Para o referido autor, o critério de solução das colisões de princípios deve se dar por meio da máxima proporcionalidade e realização possível, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas. Entretanto, após a análise e contextualização do direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana ínsitos ao testamento vital, à luz da referida teoria de Alexy, conclui-se inexistir verdadeira colisão entre os mesmos, não se sustentando a tese de sua inconstitucionalidade. Verifica que tais princípios restam efetivados com a elaboração e cumprimento dos testamentos vitais, em medida tão alta quanto fática e juridicamente possível, inexistindo prevalência entre os mesmos. Do exposto, verifica-se tratar-se de trabalho eminentemente teórico, utilizando-se metodologia analítica desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, concluindo-se que, sob os aspectos estudados no presente, as disposições relativas às diretivas antecipadas de vontade, apesar da inexistência de legislação específica sobre o tema, devem ser consideradas forma de efetivação de direitos constitucionais fundamentais.

Palavras-chave: Testamento vital. Princípios. Ponderação. Constitucionalidade.

ABSTRACT

FLORA, Lydia Maria Gomes. *Dignity and freedom within the limits of life: a constitutional debate on the living will*. 2016. 108p. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2016.

This dissertation analyzes the instrument's living will, considering its importance due to the advances of medicine in Brazil, which has allowed the postponement of death to terminally ill patients. Such treatments may prove painful and degrading, without offering real chances of cure, why would the living will a form of such patients, express way, to determine what medical procedures would wish to deny or to submit. Unlike many other countries, Brazil does not have specific legislation on the subject, with the compliance of the living will with the paternal law be earned in the light of constitutional provisions. Thus, the main scope of this work is to verify the constitutionality and therefore the feasibility of using this instrument in Brazil, according to the current law. Therefore, standards have been identified below legal on the subject, studied judgments of higher courts on related matters, namely concerning borderline cases of life as well as the constitutional principles were identified and analyzed governing the matter. Following is the study of the theory of Robert Alexy, who was elected in the present study aimed to verify the application of the weighting of theory in any solution of conflicts between principles inherent in the living will. For that author, the solution criteria of the principles of collisions should be achieved through the maximum possible realization and proportionality, subject to the factual and legal circumstances. However, after the analysis and contextualization of the right to life, liberty and human dignity in the living will, studied in the light of that theory Alexy, it is concluded does not exist real collision between them, not supporting the thesis of his unconstitutionality. Notes that such principles remain effected with the preparation and fulfillment of living wills, in so far as high as factual and legally possible, not existing prevalence among them. From the above, it appears that this is highly theoretical work, using analytical methodology developed through literature, doctrinal and jurisprudential, concluding that, in all aspects studied in this, the provisions relating to living will, despite the absence of specific legislation on the subject should be considered a form of realization of fundamental constitutional rights.

Keywords: Testament vital. Principles. Weighting. Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. TRATAMENTO JURÍDICO DO TESTAMENTO VITAL.....	13
1.1 Aproximação conceitual.....	15
1.2 Tratamento normativo infralegal.....	18
1.3 A experiência do direito estrangeiro.....	26
2. ESTUDO DE DECISÕES DE TRIBUNAIS SUPERIORES RELACIONADAS A SITUAÇÕES DE LIMITE DA VIDA.....	36
2.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF n. 54 – aborto de fetos anencéfalos.....	36
2.2 Ação direta de inconstitucionalidade – ADI n. 3510 – pesquisas com células-tronco embrionárias.....	44
2.3 <i>Habeas corpus</i> n. 268.459 – SP (2013/0106116-5) Superior Tribunal de Justiça – transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová	51
3. UM DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O TESTAMENTO VITAL.....	55
3.1 Princípios jurídicos em conflito nos limites da vida.....	56
3.2 A ponderação entre princípios.....	77
3.3 Da aplicação dos fundamentos dos casos julgados relativos aos limites da vida frente à ortotanásia e ao testamento vital.....	85
3.4 Reflexões sobre a constitucionalidade das disposições infralegais relativas à ortotanásia e ao testamento vital.....	90
CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

Com a crescente evolução da medicina, proporcionando tratamentos que podem garantir maior longevidade a pacientes em estado grave, muitas vezes prolongando por anos a vida de doentes inconscientes, sem chance de cura, tornou-se inevitável o conflito gerado entre o direito indisponível à vida e a autodeterminação de tais pacientes em se negarem à submissão a tratamentos meramente postergatórios da morte.

Tais situações vêm provocando debates filosóficos, éticos e legais a respeito dos limites da autonomia de pacientes sem chances de cura, quanto à sua submissão a intervenções meramente paliativas, tendo sido a matéria regulamentada em diversos países, visando garantir a adoção de parâmetros que permitam a utilização, com regras uniformes, de instrumentos declaratórios de vontade por médicos, pacientes e operadores do direito.

Neste contexto, os referidos instrumentos, documentos outorgados para registrar a quais tratamentos desejam os pacientes se submeter caso sejam acometidos por incapacidade, recebem variadas nomenclaturas: testamento vital, testamento biológico, consentimento informado, diretivas antecipadas de vontade (DAV) e declaração prévia de vontade do paciente terminal.

Serão discutidas questões atinentes à possibilidade de autodeterminação dos pacientes, de maneira antecipada e no uso de sua autonomia, em relação a quais medidas e tratamentos terapêuticos desejam ou não se submeter, ou seja, buscar-se-à verificar viabilidade de, por meio do consentimento informado, os pacientes terminais determinarem a abreviação de sua vida por meio da negativa a tratamentos médicos paliativos.

Trata-se o presente de trabalho eminentemente analítico bibliográfico, utilizando-se metodologia analítica desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

No primeiro capítulo, será realizada aproximação conceitual dos institutos do testamento e da ortotanásia, visando sua melhor compreensão no contexto jurídico pátrio.

Na sequência, será abordado o tratamento normativo infralegal dedicado ao testamento vital e às disposições de vontade acerca de tratamentos médicos

paliativos por parte de pacientes em estágio de doença terminal, com o escopo de verificação de elementos e diretrizes valorados em tais regras.

Realizada tal análise, referente ao direito pátrio, abordar-se-à o tratamento dispensado ao testamento vital em países que possuem legislação expressa sobre a matéria, sem, no entanto, tratar-se de verdadeiro estudo de direito comparado, sendo o principal objetivo a contextualização atual do instrumento naqueles países.

O segundo capítulo tratará do estudo de julgados de tribunais superiores relativos a casos onde os limites da vida e os conflitos entre princípios fundamentais relacionado foram discutidos.

Em primeira análise, serão feitas considerações sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, relativa a aborto de fetos anencefálicos, onde se discutiu a possibilidade de interrupção da gravidez quando verificada a ocorrência de malformação congênita fetal.

Pretende-se, com tal estudo, auferir a valoração atribuída pelo Supremo Tribunal Federal – STF ao direito à vida do ser em formação *versus* o direito à saúde, à dignidade e à liberdade da gestante.

Em seguida, será abordada a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 3510, que trata da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Da análise deste julgado, verificar-se-à se o STF enfrentou questão relativa aos conflitos entre a inviolabilidade do direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, além da laicidade estatal, de maneira a se buscar, na referida decisão, subsídios para embasamento da solução de conflitos no âmago do testamento vital.

O último caso estudado refere-se o *Habeas Corpus* - HC 268.459 – SP (2013/0106116-5) do Superior Tribunal de Justiça–STJ, que trata do tema: transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová.

Será identificado se, na referida decisão, houve a solução de eventual conflito entre o direito à vida frente ao direito à saúde, à liberdade (inclusive religiosa) e à dignidade da pessoa humana, também no intuito de sua aplicação analógica aos testamentos vitais.

No terceiro e último capítulo discutir-se-ão aspectos da constitucionalidade do testamento vital, inicialmente com o estudo dos princípios e direitos fundamentais

envolvidos, passando-se à busca da solução de conflitos entre estes, por meio da ponderação, defendida por Robert Alexy.

Finalmente, visando maiores subsídios para a análise da constitucionalidade do instituto, serão discutidos aspectos da aplicação dos princípios em colisão nos julgados anteriormente estudados, relativos aos limites da vida, frente à ortotanásia e ao testamento vital, encerrando-se com reflexões sobre a constitucionalidade das disposições infralegais relativas ao tema.

Do exposto, pretende-se focar no presente uma reflexão jurídica acerca da autolimitação da vida de pacientes em estágio terminal, à luz dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana, instrumentalizada por meio de testamento vital.

Tratará o presente, em sua essência, de buscar subsídios e, eventualmente, obter respostas robustas acerca da (in)constitucionalidade do testamento vital no atual ordenamento jurídico brasileiro, frente aos eventuais dispositivos normativos infralegais sobre o assunto, verificando-se os princípios constitucionais envolvidos.

Desta forma, no presente estudo, buscar-se-á, por meio da ponderação de tais princípios fundamentais, equacionar o tema no contexto do constitucionalismo moderno, discutindo-se se sua abrangência abarca tão somente o direito de permanecer vivo, ou se, de outra forma, se estenderia ao direito de dignamente morrer, mesmo se com isso houvesse abreviação da vida.

Neste contexto, ressalta-se a transcendência social suscitada pela consideração dos direitos dos pacientes no âmbito de sua saúde e, de maneira mais concreta, as consequências derivadas da aplicação do direito à autonomia da vontade nesta matéria¹.

Tal discussão considerará, em sua essência, uma reflexão jurídica acerca dos limites do direito à vida frente aos princípios constitucionais de liberdade e dignidade da pessoa humana, considerando-se a atual normatização pertinente (ou sua falta).

Assim, pode-se auferir como (possível) contribuição do presente estudo, para o direito brasileiro, a verificação de subsídios teóricos e práticos para uma utilização válida e eficaz do testamento vital, por meio da verificação de sua conformidade com a ordem jurídica pátria.

¹ SÁNCHEZ, Cristina López. *Testamento Vital y voluntad del paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid: Dykinson, 2003. p.11.

Além disso, busca-se eventualmente colaborar, com este trabalho, nas decisões práticas dos profissionais que diretamente elaboram e interpretam o conteúdo dos testamentos vitais, respectivamente: os advogados e tabeliães de Notas, a quem incumbe precipuamente a orientação e a elaboração de instrumentos para a efetivação dos testamentos vitais, de maneira a garantir seu cumprimento futuro; e os médicos, que decidirão, nos casos concretos, a validade e eficácia dos testamentos vitais quanto ao tratamento dos pacientes terminais, encerrando ou reduzindo procedimentos, com o objetivo de não postergar a morte anunciada.

1 TRATAMENTO JURÍDICO DO TESTAMENTO VITAL

No presente capítulo buscar-se-à delimitar o instituto do testamento vital por meio, inicialmente, de aproximação conceitual relativa ao tema, seguida de sua contextualização no direito brasileiro, mediante análise das normas infralegais que atualmente regem o assunto, seguida do estudo de sua aplicação e validade no direito estrangeiro.

A diversidade de fontes se faz necessária para a melhor compreensão dos testamentos vitais, tendo em vista inexistir lei regulamentadora ou uniformizadora deste instrumento no Brasil, ensejando questionamentos não somente acerca de sua aplicação e consonância com o ordenamento jurídico pátrio, mas gerando também dúvidas quanto à amplitude e à verificação de parâmetros seguros para sua utilização.

Neste contexto, o presente capítulo enseja, tanto quanto possível, lançar luz sobre a conceituação do testamento vital para, entre outros, por meio do estudo em espécie as normas infralegais que atualmente regem a matéria, auxiliar a verificação de sua consonância com a ordem constitucional vigente.

A relevância do estudo do testamento vital pode ser vislumbrada pelas diversas disposições normativas infralegais a este respeito, buscando criar subsídios para sua efetiva aplicação em casos concretos, normas estas que serão adiante discutidas.

Tais dispositivos refletem a necessidade social criada a partir da evolução da medicina na postergação da morte, quando, não mais havendo possibilidade de tratamentos curativos, estende-se a vida dos pacientes terminais, por vezes, por longos períodos.

Reside aí a importância do tema: seria absolutamente indisponível o direito à vida ou é legítima a determinação daqueles pacientes que, a despeito da existência de tratamentos paliativos e postergatórios da morte, desejam limitar a atuação médica, por entenderem que o sofrimento a que serão submetidos fere sua dignidade?

Com a finalidade de posteriormente enfrentar este questionamento, no presente capítulo serão abordados inicialmente os conceitos de ortotanásia, eutanásia e distanásia, procedimentos médicos intimamente relacionados com a submissão de pacientes terminais a tratamentos procrastinatórios, seguidos de análise do instituto do testamento vital no Brasil e em outros países, como forma de instrumentalização da vontade de tais pacientes quanto a quais destes procedimentos médicos desejam se submeter.

Tal estudo visa a obtenção de definições a serem usadas como parâmetro neste trabalho, bem como contextualizar a instrumentalização do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, será analisado o tratamento normativo infralegal brasileiro relativo ao tema, ou seja, serão verificadas Resoluções, Provimentos e Enunciados que tratam do testamento vital no Brasil, com vista a se perquirir, em momento oportuno, sobre sua eventual força normativa e vinculante, aplicabilidade em caráter *erga omnes* e constitucionalidade.

Será ainda estudada a normatização do instituto em diversos países, com o fim de noticiar a utilização do testamento vital naqueles, sem, contudo, serem utilizadas verdadeiras técnicas de direito comparado, no intuito de noticiar os limites legais impostos à utilização do instrumento no direito estrangeiro.

Desta forma, busca-se no presente capítulo a obtenção de subsídios de validade e eficácia do instituto do testamento vital, seja diante da verificação das normas infralegais pátrias, seja pela análise do referido instituto no direito estrangeiro.

Tal delimitação será importante para, no capítulo seguinte, estudarem-se decisões de Tribunais Superiores referentes a outros *hard cases* limítrofes da vida.

1.1 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

Anteriormente à análise do testamento vital como instrumento de realização da vontade de pacientes acometidos por doenças graves e incuráveis, mister se faz delimitar conceitos médico-jurídicos intimamente ligados àquele instituto, a saber: ortotanásia, eutanásia e distanásia, elegendo-se definição a ser utilizada neste trabalho.

Em comum, os três conceitos referem-se a condutas médicas a serem aplicadas a pacientes em estado de saúde irreversível, ou seja, sem possibilidade de cura ou recuperação, sendo objeto deste estudo a ortotanásia, que provém das expressões gregas *orthos* (correta) e *thanatos* (morte) e pode ser definida como a morte em seu tempo certo (ou seja, aquele determinado pelo enfermo no exercício de sua autonomia ou por sua família, em caso de incapacidade daquele), buscando-se a manutenção da vida, desde que aceitável sob os aspectos ético e jurídico².

Pode ainda a ortotanásia ser definida como o procedimento de não prolongamento artificial da vida além do tempo e condições consideradas naturais, a ser praticada, idealmente, pelo médico, a fim de evitar-lhe maior sofrimento³: a ortotanásia é a morte não combatida com métodos extraordinários e desproporcionais (utilizados na distanásia, conforme adiante descrito), nem obtida por ação intencional externa, como na eutanásia⁴. Este procedimento é defendido como forma de evitar prolongamentos irracionais e cruéis da vida do paciente, para poupá-lo, e à sua família de todo o sofrimento que a situação envolve⁵.

A eutanásia, a *contrario sensu*, pode ser descrita como prática de abreviar a vida de um doente incurável, também com a finalidade de evitar dor e sofrimento⁶; consiste na antecipação da morte dos pacientes terminais, por motivos humanitários,

² BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia?* in PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010.p. 40.

³ MENEZES, Rachel Aisengart. *Autonomia e decisões ao final da vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo* in PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010. p. 15.

⁴ MARTEL, LETÍCIA DE CAMPOS VELHO. *Direitos fundamentais indisponíveis - os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, 2010. p.337.

⁵ CAMATA, Gerson. *Em defesa da ortotanásia*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart (Coords.) et al. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.* p. 31.

e se subdivide em espécies distintas: ativa ou passiva, voluntária e involuntária, conforme adiante se descreve⁷:

a) a eutanásia ativa envolve a ação de terceiros, consistindo no ato de, deliberadamente, para fins humanitários, provocar a morte sem sofrimento do paciente, tal como na administração de injeção letal;

b) a eutanásia passiva se dá com a supressão de recursos médicos essenciais à manutenção vital, omitindo-se propositalmente cuidado médico que possibilitaria a sobrevivência, tais como hidratação e alimentação;

c) a eutanásia voluntária é aquela realizada em cumprimento a desejo externado pelo próprio paciente;

d) a eutanásia involuntária se dá quando este não mais possui capacidade de se expressar, sendo a decisão tomada por seus familiares, como ocorre quando o paciente está em coma, necessitando de aparelhos para sobreviver e estes são desligados, resultando em óbito.

Cita-se ainda na doutrina⁸ a eutanásia duplo efeito, quando a morte é acelerada por efeitos secundários de tratamentos médicos que buscam o alívio de sofrimento, sendo exemplo a depressão respiratória e consequente óbito gerados a partir do uso de morfina, para controle da dor.

Assim, pratica eutanásia a pessoa que atende à vontade do doente de antecipar a própria morte, devendo-se considerar, neste ato, dois fatores determinantes: a irreversibilidade do quadro clínico do doente (que o conduzirá necessariamente à morte) e a impossibilidade de redução de seu sofrimento, em respeito à autonomia do enfermo⁹.

Enfim, trata-se a distanásia do prolongamento penoso e inútil da vida por meio de utilização de técnicas médicas, significando um processo de extensão da morte, também denominada "obstinação terapêutica".

Há submissão do paciente a um desnecessário sofrimento físico/psicológico, com a utilização de tratamentos desproporcionais, quase desumanos, que desconsideram o bem-estar daquele¹⁰.

Assim, adotar-se-à neste trabalho, quanto a tais procedimentos médicos, a conceituação conforme sua aplicação no tempo: a ortotanásia como a atuação que

⁷ MENEZES, Rachel Aisengart. *Op. cit.* p. 15.

⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.* p. 41.

⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.* p. 47.

¹⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.* p. 40.

proporciona a morte em seu tempo certo, a eutanásia, uma abreviação e antecipação do processo de morte e a distanásia como um prolongamento desnecessário e artificial do tempo de vida.

Cite-se que na doutrina há ainda o conceito de suicídio assistido, onde o próprio doente executa o ato que interrompe sua vida, em geral mediante a utilização de drogas prescritas por médico, para este fim¹¹.

Entre os conceitos acima referidos, destaque-se que a ortotanásia possui forte liame com testamento vital, sendo esta interação a que mais interessa ao presente trabalho.

Feitas tais considerações, passa-se ao estudo do testamento vital como forma de instrumentalização da vontade dos pacientes quanto à submissão a determinados tratamentos médicos.

Conforme acima referido, a abordagem será feita à luz do conceito da ortotanásia, tendo em vista a eutanásia ser considerada verdadeiro crime de homicídio no Brasil, conforme adiante exposto; a distanásia também não será considerada para fins deste estudo, por se tratar primordialmente de decisão tomada pelo profissional de saúde, no intuito de prolongar artificial e indefinidamente a vida, na chamada "obstinação terapêutica".

Insta salientar inicialmente, quanto ao testamento vital, que, nesta pesquisa, optou-se pelo referido termo, embora criticado por parte da doutrina, tendo em vista não se tratar de verdadeiro testamento, já que surtirá seus efeitos ainda em vida.

A eleição da expressão no presente se deu, então, por dois motivos relevantes: o primeiro, para a conformidade e padronização com o direito comparado, tendo sido tal denominação consagrada em países como França e Espanha, entre outros; o segundo, de aspecto mais prático, em razão da funcionalidade da terminologia, quando analisada e utilizada interdisciplinarmente.

Assim, optou-se por adotar o termo "testamento vital" por entender-se ser mais objetivo, eficiente e claro, de forma a facilitar a comunicação entre juristas, médicos e pacientes, em detrimento do rigorismo e formalismo meramente doutrinários acerca do instituto civil do testamento.

Posto isso, apesar da escolha pela denominação ora utilizada, ressalte-se que o testamento vital não pode ser considerado espécie de testamento, mas

¹¹ MENEZES, Rachel Aisengart. *Op. cit.* p. 15.

instituto diverso, que, no entanto, compartilha de várias características comuns: é ato jurídico gratuito, unilateral, personalíssimo e revogável. No entanto, não é ato solene, não pode versar sobre disposições patrimoniais e não produz efeitos *post mortem*.

Quanto à eficácia e validade do testamento vital no ordenamento jurídico pátrio, verifica-se não haver qualquer lei regulamentando o tema, diversamente do que vem ocorrendo em diversos países das Américas e Europa, conforme adiante exposto.

O testamento vital é um instrumento ainda pouco conhecido no país, podendo gerar interpretações e aplicações equivocadas, já que a citada ausência normativa tem como consequência a análise da legalidade do instituto diretamente nos princípios constitucionais¹².

A falta de normatização do tema pode ser considerada fruto da tradição do Poder legislativo pátrio em abster-se de tratar de temas considerados polêmicos, entre outros o aborto e a união de pessoas do mesmo sexo.

Diante desta inércia, contraposta com a necessidade de regulação dos casos concretos, verifica-se que diversos órgãos passaram a tratar das diretivas antecipadas de vontade, na tentativa de assegurar parâmetros mínimos para sua aplicação prática, nos termos das normas infralegais a seguir estudadas.

Assim, apesar de inexistir lei em sentido estrito regulando o tema, há contornos jurídicos delimitados por normas infralegais, que serão a seguir expostos.

1.2. TRATAMENTO NORMATIVO INFRALEGAL

De acordo com o anteriormente exposto, não há legislação específica sobre os temas ortotanásia e testamento vital no ordenamento jurídico pátrio, podendo resultar em questionamento sobre a compatibilidade destes institutos com a Constituição Federal vigente.

¹² TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Op. cit.* p. 72.

Em especial, a ausência de lei vem ocasionando o surgimento de diversas normas infralegais editadas por órgãos e instituições públicos, por meio de resoluções, provimentos, leis estaduais e enunciados normativos.

Tal diversidade normativa infralegal, que ora passa a ser estudada, pode potencialmente e de forma deletéria gerar conflitos e dúvidas aos aplicadores do direito, médicos e pacientes na elaboração e cumprimento dos testamentos vitais, razão pela qual pode-se, em análise preliminar, presumir-se que seria desejável a padronização de seus elementos essenciais, por meio de lei.

Por meio da análise destas normas infralegais, busca-se verificar as principais disposições e requisitos nestas previstos, como forma de melhor compreensão do instrumento do testamento vital.

1.2.1 RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA-CFM

O Conselho Federal de Medicina (CFM) foi criado pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957 e regulamentado pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958; trata-se de um serviço autônomo, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Possui natureza de autarquia especial corporativa, reguladora de categoria profissional; diferentemente das autarquias ordinárias, é uma entidade independente e soberana, que não se sujeita ao controle e tutela por parte da Administração Direta, bem como não se subordina a esta, que não pode revisar diretamente suas ações e omissões¹³.

No mesmo sentido, pode ainda ser definido como autarquia especial pelo fato de seus administradores serem escolhidos diretamente pelos membros da categoria, não existindo qualquer ingerência estatal em sua composição.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Revista dos tribunais. 2013. p. 278

Tal entendimento sobre sua natureza de autarquia pública restou pacificado no Supremo Tribunal Federal, nos termos do Mandado de Segurança n. 22.643-SC¹⁴.

Por ser pessoa jurídica de direito público interno, conforme art. 41 do Código Civil Brasileiro, sua competência é atribuída legalmente, possuindo administração, órgãos, interesses, direitos, responsabilidades e poderes próprios, respondendo diretamente por seus atos¹⁵.

Sua atuação abrange todo o território nacional, onde exerce poder de polícia da profissão médica, inscrevendo e controlando as atividades desenvolvidas, podendo ainda instituir, arrecadar e gerir contribuições de natureza compulsória¹⁶.

Conforme definição do CFM, as Resoluções regulam temas de competência privativa dessas entidades em suas áreas de alcance, sendo seu foco o zelo pelo desempenho ético da Medicina, por adequadas condições de trabalho, pela valorização do profissional médico e pelo bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente e de acordo com os preceitos do Código de Ética Médica vigente¹⁷.

A Lei confere ao CFM funções normativas, às quais se submetem os profissionais da área, editadas por meio de Instruções, Provimentos e Resoluções; estas últimas constituem atos emanados dos plenários do Conselho Federal de Medicina e de alguns dos Conselhos Regionais de Medicina.

No uso de tais atribuições normativas o Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução nº 1.805/2006, posteriormente revogada pela Resolução nº 1.995/2012: ambas previram expressamente aos médicos a prévia oitiva e consideração da vontade de seus pacientes (ou de seus representantes legais), quanto à submissão a determinados procedimentos que somente prolonguem a vida¹⁸.

A referida Resolução nº 1.995/2012 dispôs sobre a possibilidade de se facultar a pacientes valerem-se da ortotanásia, atividade consistente em abdicar-se do emprego de tratamentos médicos que tenham como único resultado o de retardar, artificialmente, sua inevitável e iminente morte: nos termos de seu art 1º, as

¹⁴ MS 22643, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1998, DJ 04-12-1998 PP-00013 EMENT VOL-01934-01 PP-00106

¹⁵ NOHARA, Irene Patricia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. 550.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 278

¹⁷ Resolução CFM nº 1.892/2009

¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Op. cit.* p. 68.

chamadas diretivas antecipadas de vontade são definidas como o conjunto de desejos expressos previamente pelo paciente a respeito de cuidados e tratamentos aos quais deseja ou não se submeter no momento em que estiver incapacitado de expressar sua vontade.

Dispõe que o médico levará em consideração, quanto ao tratamento e cuidados de tais pacientes, sua vontade anteriormente externada ou a de seu representante designado (art. 2º Resolução 1.995/2012), desde que estejam de acordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica, prevalecendo sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

Tais orientações sobre a ortotanásia, constantes na citada Resolução nº 1.995/2012 CFM, estão em consonância com as disposições sobre o tema da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), da Associação Médica Mundial (AMM) e as do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), bem como são compatíveis com o tratamento jurídico dispensado ao tema em diversos países, tais como os Estados Unidos da América, Canadá, Espanha, México, Reino Unido, França, Itália, Suíça, Suécia, Bélgica, Holanda e Uruguai¹⁹.

Quanto à sua compatibilidade com ordenamento jurídico pátrio, o parâmetro a ser utilizado para a verificação da constitucionalidade material da Resolução nº 1.995/2012 CFM são os princípios da liberdade, dignidade da pessoa humana e no direito à vida, a ser discutido no terceiro capítulo do presente estudo.

1.2.2 LEI 10.241/1999 DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Lei 10.241/1999 do Estado de São Paulo regulamentou os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde naquele Estado, prevendo expressamente como direito dos usuários, nos termos do art. 2º, VI, o recebimento de informações claras, objetivas e compreensíveis, entre outros, sobre: hipóteses

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual* in PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010. p. 185.

diagnósticas; diagnósticos realizados; exames solicitados; ações terapêuticas; riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas; duração prevista do tratamento proposto; no caso de procedimentos de diagnósticos e terapêuticos invasivos, a necessidade ou não de anestesia, o tipo de anestesia a ser aplicada, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e conseqüências indesejáveis e a duração esperada do procedimento.

Assim, diante de ampla informação a respeito de seu estado de saúde, diagnóstico e prognóstico, facultou-se ao paciente o consentimento ou recusa, de forma livre, voluntária e esclarecida, a procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados (art. 2º, VII).

A lei paulista dispôs ainda, nos termos do art. 2º, XXIII, previsão expressa do paciente da rede pública estadual de saúde paulista se recusar a "tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida".

Aufere-se da análise dos dispositivos supracitados a regulamentação de preceitos da ortonásia pelo ordenamento jurídico bandeirante, no que diz respeito ao sistema de saúde estadual, prevendo o exercício, pelos pacientes, do direito de escolha de submissão a tratamentos meramente postergatórios da morte.

Deve-se, no entanto, considerar a abrangência da referida lei, ou seja, sua aplicação está limitada aos usuários da rede pública estadual paulista, não incidindo sobre os pacientes do sistema particular ou públicos federais e municipais.

1.2.3 ENUNCIADO 528 DA V JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ainda diante do problema da falta de regulamentação expressa do tema no Brasil, a validade dos testamentos vitais foi reconhecida na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, nos termos do Enunciado 528, realizada entre os dias 8 e 10 de novembro de 2011, *in verbis*:

Arts. 1.729, parágrafo único e 1.857. É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Verifica-se que não houve qualquer referência sobre requisitos de como o ato deva se constituir, o que, de acordo com o artigo 107 do Código Civil, significa liberdade de forma, inexistindo solenidades ou formalidades para sua realização, exacto por se constituir por meio de “documento autêntico”.

Assim, pode-se interpretar que o testamento vital, ato jurídico *stricto sensu* unilateral, nos termos do enunciado, deva seguir ao menos a forma escrita para produzir efeitos, não tendo sido prevista a necessidade de lavratura por meio de escritura pública, da presença de testemunhas ou mesmo de profissional de saúde, quando de sua realização.

Desta maneira, pode-se auferir da leitura do enunciado o reconhecimento da validade do testamento vital pelo Conselho de Justiça Federal de maneira ampla, ou seja, facultou-se ao paciente dispor sobre os tratamentos a que deseja ou não se submeter, desde que o faça por meio de documento autêntico.

1.2.4 ENUNCIADO 528 DA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

A autonomia dos pacientes foi objeto do Enunciado 533 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos:

Enunciado 533 - O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

Justificou-se o referido Enunciado pela verificação, por parte do CJF, do crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos

pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde.

Além disso, salientou-se que manifestações diversas no sentido de reconhecimento desta autonomia podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre testamentos vitais.²⁰

Neste sentido, de acordo com tal enunciado, o artigo 15 do Código Civil deve ser interpretado tendo em vista a autonomia da vontade, na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade. Saliente-se que o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente, pressupondo-se o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão²¹.

1.2.5 ENUNCIADO DE BIODIREITO Nº 37 NA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, aprovou o Enunciado de Biodireito nº 37 na I Jornada de Direito da Saúde, ocorrida em 15 de maio de 2014, nos termos que se seguem:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

De maneira diversa do disposto no Enunciado 528 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o CNJ buscou elencar parâmetro mínimo para

²⁰ ROVER, Tadeu. Jornada de Direito Civil aprova 46 enunciados. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/enunciados-aprovados-vi-jornada-direito-civil-serao-guia-justica>. Acesso em 14 fev 2016.

²¹ ROVER, Tadeu. *Op. cit.*

a elaboração dos testamentos vitais, qual seja: a preferência pela via escrita das disposições.

Atribuiu-se equidade entre os instrumentos particulares - desde que diante da presença de duas testemunhas - e das escrituras públicas, sem previsão de nenhuma outra formalidade.

Além disso, apesar da previsão de preferencialmente tais instrumentos serem redigidos, o disposto no enunciado não exclui qualquer outra maneira de manifestação de vontade, inclusive a mera declaração oral.

1.2.6 ARTIGO 259 DO PROVIMENTO Nº 260/2013 DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

A Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais, no uso de suas atribuições, por sua vez, dispôs sobre o tema no Provimento nº 260/CGJ/2013, adiante transcrito:

CAPÍTULO X

DAS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE

Art. 259. Poderá ser lavrada por instrumento público a declaração antecipada de vontade de pessoa capaz, também denominada diretrizes antecipadas, que se consubstancia em um conjunto de instruções e vontades a respeito do corpo, da personalidade e da administração familiar e patrimonial para a eventualidade de moléstia grave ou acidente que venha a impedir a pessoa de expressar sua vontade.

Art. 260. Pela declaração antecipada de vontade, o declarante poderá orientar os profissionais médicos sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 261. No instrumento público lavrado no Livro de Notas (Livro N) em que for feita a declaração antecipada de vontade, o declarante poderá constituir procuradores para, na eventualidade de não poder expressar sua vontade, administrar seus bens e representá-lo perante médicos e hospitais sobre cuidados e tratamentos a que será submetido, sendo, neste caso, considerados praticados 2 (dois) atos, quais sejam a lavratura de uma escritura pública declaratória e a de uma procuração.

Desta forma, no Estado de Minas Gerais há previsão expressa, em âmbito administrativo, da instrumentalização do testamento vital por parte dos Tabeliães de Notas, inclusive facultando-se a outorga de poderes de procurador no mesmo documento, ou seja, possibilitando-se ao outorgante a nomeação daquele que o possa representar em caso de incapacidade superveniente.

Da análise dos referidos dispositivos vislumbra-se que, na falta de Lei sobre o tema, diferentes órgãos buscam tratar da matéria por meio de Enunciados, Resoluções ou Provimentos, no sentido de legitimar o instrumento do testamento vital, seja por documento escrito público ou particular.

No entanto, tais disposições não restringem à forma escrita a manifestação livre de vontade, podendo-se auferir que, não havendo dúvidas quanto à vontade externada pelo paciente, deverá esta ser considerada nas diretrizes médicas a serem ao mesmo aplicadas.

1.3 A EXPERIÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO

Historicamente, a ideia de que uma pessoa poderia expressar por escrito seu desejo de não se aplicarem determinados tratamentos em caso de enfermidades terminais nasceu nos Estados Unidos em 1967, pelas mãos de Luis Kutner, advogado em Chicago, que concebeu as chamadas diretivas antecipadas de vontade (*advanced directives*)²².

O instrumento hábil para as disposições, também denominado testamento vital, seguiu sendo regulamentado em diversos países, tais como Espanha (Lei n.41, de 14 de novembro de 2002 e Real Decreto n. 124, de 2 de fevereiro de 2007), Portugal (Lei n. 25, de 16 de julho de 2012); Porto Rico (Lei n. 160, de 17 de novembro de 2001), Argentina (Lei n. 26.529, de 21 de outubro de 2009) e Uruguai (Lei n. 18.473, de 3 de abril de 2009).

Apesar da universalidade e atualidade da matéria, conforme acima citado, ainda não há, no Brasil, lei sobre o tema, regendo-se tais decisões médicas pela Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Porém, como a

²² SÁNCHEZ, Cristina López. *Op. cit.* p. 27.

regulamentação por órgão de classe vincula tão somente seus próprios membros, discute-se sua legalidade e constitucionalidade, aspectos a serem vislumbrados no presente estudo.

Passa-se a analisar a regulamentação, no direito estrangeiro, das diretivas antecipadas de vontade - instrumentalizadas por testamento vital - visando abordar seus aspectos mais relevantes, de maneira a se vislumbrar os principais valores e direitos protegidos em tais normatizações.

Serão verificadas legislações de outros países das Américas e da Europa, com o escopo de verificação das semelhanças e divergências na abordagem do tema, de maneira que tais experiências possam servir como parâmetro ou referencial de proposta de regulamentação no Brasil, caso verificada a compatibilidade do testamento vital com as atuais normas constitucionais, assunto a ser desenvolvido em capítulo próprio.

Ressalte-se que, quanto à eutanásia, a abreviação da vida do paciente incurável e que passa por grande sofrimento físico e psicológico, com grave comprometimento de sua qualidade de vida, é criminalizada na maioria dos países, sendo possível sua prática na Holanda e Bélgica²³.

No entanto, é crescente o número de pedidos de autorização de interrupção da vida em vários países, tais como Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália, Espanha e Canadá²⁴, tornando-se premente a necessidade de discussão sobre os limites da vida e da autonomia individual.

Conforme acima referido, o testamento vital (*living will*) tem origem nos Estados Unidos, no fim da década de 1960. Por meio de tal documento, concebeu-se que qualquer pessoa poderia determinar sua recusa a tratamentos médicos em caso de doenças terminais²⁵.

Há casos emblemáticos, que serão adiante tratados, vislumbrando-se uma compreensão da aplicação da autolimitação da vida naquele país.

²³ MENEZES, Rachel Aisengart. *Op. cit.* p. 15.

²⁴ MENEZES, Rachel Aisengart. *Op. cit.* p. 15.

²⁵ SÁNCHEZ, Cristina López. *Op. cit.* p. 27.

O caso Karen Ann Quinlan, de 1976, foi pioneiro na apreciação das declarações prévias de vontade de pacientes terminais pelos tribunais norte-americanos²⁶.

Karen tinha 22 anos quando entrou em coma irreversível, tendo seus pais adotivos solicitado ao médico responsável a retirada do respirador que a mantinha viva. Diante da recusa, buscou-se autorização do Poder Judiciário de Nova Jersey, alegando-se que a jovem havia se manifestado previamente pelo desejo de não ser mantida viva por aparelhos²⁷. Tendo sido verificada a irreversibilidade do quadro por um comitê médico, o Tribunal concedeu à família o direito de solicitar ao médico o desligamento dos aparelhos de manutenção vital. A paciente, apesar disso, viveu mais nove anos, tendo falecido de pneumonia²⁸.

Maria Helena Diniz cita como caso típico de eutanásia passiva ou ortotanásia²⁹ (ato de deixar morrer em seu tempo certo, deixando de usar meios artificiais de prolongamento da vida de um pacientes terminais), nos Estados Unidos, aquela ocorrida quando a esposa de um dermatologista de Michigan, chamado Dr. Messinger, deu à luz, com 25 semanas de gestação, a um menino que pesava somente 750g, sem malformação aparente, que foi prontamente submetido a ventilação artificial. Apesar de o neonatologista ter avaliado as chances de sobrevivência do bebê entre 30 a 50%, após uma hora do parto o Dr. Messinger desligou o ventilador e foi acusado de assassinato³⁰.

No Uruguai as diretrizes antecipadas foram regulamentadas pela Lei nº 18.473, de 17 de março de 2009, intitulada “voluntad anticipada”, dispondo que toda pessoa maior de idade e psiquicamente apta pode se opor a tratamentos e procedimentos médicos, salvo possa com isto afetar a saúde de terceiros (art. 1º).

O país já havia sido pioneiro, na América Latina, em relação à eutanásia, prevista como “homicídio piedoso”, no Código Penal de 1934, art. 37 do Capítulo III,

²⁶ KENNEDY, Ian McColl. *The Karen Quinlan case: problems and proposals*. Journal of Medical Ethics, v. 2, p.3-7, 1976. Disponível em: <<http://www.pubmedcentral.nih.gov/picrender.fcgi?artid=2495105&blobtype=pdf>>. Acesso em: 24 maio 2015.

²⁷ KENNEDY, Ian McColl. *Op. cit.* Acesso em: 24 maio 2015.

²⁸ PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte 2009. p.66.

²⁹ A autora trata os termos eutanásia passiva e ortotanásia como sinônimos.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 310, *apud* ROBERTS, British Medical Journal, 309:430.

ainda vigente³¹. De acordo com a citada legislação, desde que preenchidas três condições básicas por quem realizou o procedimento, quais sejam: ter antecedentes honráveis, ser realizado o ato por motivo piedoso e ter havido, por parte da vítima, reiteradas súplicas, é facultado ao juiz a exoneração da pena³².

A referida Lei nº 18.473/2009 trata, no entanto, de assunto diverso, a eutanásia passiva, prevendo a futura oposição, por parte do enfermo, a tratamentos que prolonguem a vida em detrimento de sua qualidade, em casos de patologias terminais, incuráveis e irreversíveis, sendo tais disposições válidas mesmo que a pessoa seja acometida por incapacidade mental ou legal (art. 2o).

Quanto à forma de disposição, realizar-se-á por escrito particular, com a assinatura do titular e das testemunhas e, caso o primeiro não possa assinar, uma das testemunhas assinará a rogo, bem como por escritura pública ou ata notarial lavrados por Notário.

Como forma de evitar a parcialidade, conforme o art. 3º, estão impedidos de testemunhar os médicos e funcionários da instituição de saúde na qual o outorgante seja paciente.

De acordo com o art 4º, a vontade antecipada poderá ser revogada a qualquer tempo; porém, quanto à forma, tal revogação poderá se dar por forma escrita ou verbal, devendo constar na história clínica.

Quanto ao diagnóstico de doenças incuráveis e irreversíveis, deverá ser realizado pelo médico responsável pelo tratamento e posteriormente ratificado por um segundo médico, tudo constatado na história clínica do paciente (art. 5o).

Na ausência de disposições pelo enfermo terminal e restando este incapaz de se expressar, prevê a Lei que a suspensão dos tratamentos ou procedimentos será uma decisão do cônjuge ou companheiro e, em sua falta, pelos familiares em primeiro grau de consanguinidade.

Tratando-se de crianças ou adolescentes, a decisão caberá aos pais em exercício do poder familiar ou a seu tutor; no entanto, sendo por qualquer motivo incapaz o enfermo, mas se possuir certo grau de discernimento, deverá participar da decisão, juntamente com o médico.

³¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O direito à plenitude da vida e possibilidade de uma morte digna* in PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010. p. 4.

³² TELLES, Marília Campos; COLTRO, Antônio Carlos. *A morte digna sob a ótica judicial*. in PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010. p. 282.

No entanto, o cumprimento das disposições pelo médico dependerá ainda de análise por Comissão de Bioética da instituição, que analisarão o caso em um prazo de 48 horas, que será considerado aprovado caso transcorrido *in albis*.

As instituições de saúde deverão comunicar todos os casos de suspensão de tratamento ao Ministério da Saúde Pública; caso haja objeção de consciência por parte do médico responsável, este deverá ser substituído por outro profissional (art 9o).

A legislação uruguaia é omissa quanto à publicidade dos testamentos vitais, tendo em vista inexistir qualquer previsão de criação de banco de dados nacional, fato este que gera insegurança jurídica, pois em caso de desconhecimento pelo corpo clínico, não se poderá seguir as determinações de vontade dos pacientes terminais.

A discussão a respeito do testamento vital, na Espanha, tomou força após a ratificação da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, ocorrida em 2000³³.

A referida convenção europeia reconheceu o direito à autodeterminação dos pacientes, tendo algumas comunidade autônomas, como a Catalunha e a Galícia, editado leis comunitárias a respeito do tema³⁴.

Em 2002 foi aprovada a Lei Federal nº 41/2002, de âmbito nacional, sobre as diretivas antecipadas de vontade, chamadas "instruções prévias"; anteriormente à referida Lei, normas autônomas se proliferaram sobre o assunto, regulamentado a matéria de forma mais ou menos homogênea, sem, no entanto, possuírem necessária uniformidade³⁵, de maneira similar ao que ocorre no Brasil hodiernamente.

Conforme as peculiaridades da formação política espanhola, o texto de lei final permitiu certa repartição de competência entre as comunidades autônomas, permitindo-lhes certa margem de desenvolvimento normativo destas, possibilitando que regulem a formalização dos testamentos vitais³⁶.

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro* in PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010. p. 66.

³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Op. cit.* p. 66.

³⁵ SÁNCHEZ, Cristina López. *Testamento Vital y voluntad del paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 50.

³⁶ SÁNCHEZ, Cristina López. *Op. cit.* p. 82.

Buscou-se desburocratizar o instrumento, simplificando seus trâmites formais, optando-se pela desnecessidade da forma pública, ou seja, o testamento vital, na Espanha, deve se constituir pela forma escrita, pública ou particular³⁷.

Há previsão, na referida lei, da criação de um Registro nacional, com a finalidade de assegurar que os testamentos vitais tenham eficácia em todo o território nacional daquela país; tal disposição se torna especialmente importante devido à possibilidade de sua execução pela forma particular, tendo como consequência a dificuldade de sua publicidade³⁸.

Para Sánchez³⁹, a ideia de criação de uma lei geral, a ser regulamentada em seus pormenores nas comunidades autônomas, não prosperou em algumas matérias, tratadas de forma extremamente pontuais e concretas, invadindo as competências autônomas.

Conforme a citada autora, dentro da autonomia local, seria possível incluir-se aos testamentos vitais a chamada “declaração pessoal de valores” (*personal values statement o history*), figura até então desconhecida na Espanha. Tal declaração constituiria verdadeiro histórico de vida do paciente, onde se incluiriam aspectos morais, sociais, religiosos e filosóficos, de maneira a permitir a contextualização das disposições constantes do testamento vital com as convicções pessoais dos pacientes, permitindo melhor compreensão acerca de suas preferências⁴⁰.

O Código Penal Italiano tipifica a eutanásia em seu art. 579: “matar alguém ainda que com o consentimento ou a pedido deste”⁴¹.

No entanto, tratando-se de eutanásia passiva, o médico não pode ser considerado penalmente culpado, tendo em vista que, conforme não se pode obrigar um paciente, mediante violência ou coerção a se submeter a tratamento⁴².

Há vedação à eutanásia passiva de paciente incapaz, tendo em vista a proibição de outorga, por este, de testamento vital, sendo igualmente vedada a

³⁷ SÁNCHEZ, Cristina López. *Op. cit.* p. 86.

³⁸ PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. p. 81.

³⁹ SÁNCHEZ, Cristina López. *Op. cit.* p. 89.

⁴⁰ SÁNCHEZ, Cristina López. *Op. cit.* p. 92.

⁴¹ TELLES, Marília Campos; COLTRO, Antônio Carlos. *Op. cit.* p. 288.

⁴² TELLES, Marília Campos; COLTRO, Antônio Carlos. *Op. cit.* p. 288.

retirada de equipamentos de manutenção artificial de vida dos pacientes incapazes⁴³.

O consentimento informado encontra-se consagrado no Direito Português, nos planos constitucional, civil, penal e deontológico, baseada na proteção dos direitos à autodeterminação e à integridade física e moral da pessoa humana⁴⁴.

O testamento vital em Portugal foram inicialmente orientado por três documentos feitos pela Associação Portuguesa de Bioética (APB): Parecer P/05/APB/06, sobre directivas antecipadas de vontade; Projecto de Diploma P/06/APB/06, que regulou o exercício do direito a formular directivas antecipadas de vontade no âmbito de prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional e as Guidelines, sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais⁴⁵.

Atualmente o referido instrumento encontra-se normatizado naquele país pela Lei nº 25/2012, de 16 de julho, podendo ser outorgado por pessoas maiores e capazes, dispondo a respeito dos cuidados de saúde que deseja receber, ou não, no caso dese encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

Possuem prazo de validade de cinco anos a contar da sua assinatura, sucessivamente renovável e, quanto ao conteúdo, os testamentos vitais naquele país podem prever, conforme art. 2º da referida Lei, a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente, *in verbis*:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;
- c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;
- d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;
- e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

⁴³ TELLES, Marília Campos; COLTRO, Antônio Carlos. *Op. cit.* p. 289.

⁴⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil.* Coimbra, 2004. p.104.

⁴⁵ PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal.* Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. p. 81.

Quanto à forma, conforme art. 3º, serão realizadas por documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado pelo órgão: Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV) ou por notário; no caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração dos testamentos vitais, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

Considerar-se-ão juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, os testamentos vitais que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas; cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável ou em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

O outorgante poderá, a qualquer momento e através de simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de testamento vital, devendo esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista.

Há expressa menção à possibilidade de objeção de consciência, assegurada aos profissionais de saúde, que deverão indicar a que disposição ou disposições dos testamentos vitais se referem.

O Capítulo III trata do procurador e da procuração de cuidados de saúde, conforme disposto no art 11, in verbis:

1 — Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2 — Só podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do artigo 4.o, com exceção dos casos previstos no número seguinte.

3 — Não podem ser nomeados procurador de cuidados de saúde:

a) Os funcionários do Registo previsto no artigo 1.o e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela presente lei;

b) Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde.

4 — Excetuam-se da alínea b) do número anterior as pessoas que tenham uma relação familiar com o outorgante.

5 — O outorgante pode nomear um segundo procurador de cuidados de saúde, para o caso de impedimento do indicado.

Quanto à procuração, prevista no art 12, é definida documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade.

Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de testamento vital e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.

A lei Lei nº 25/2012 criou ainda o já citado Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de recepcionar, registrar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao testamento vital e à procuração de cuidados de saúde.

As disposições constantes no testamento vital ou na procuração de cuidados de saúde são sigilosas, mesmo após o termo das respetivas funções; constituindo sua violação ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei daquele país.

O Código Penal Português, por sua vez, no art 156, tipifica as intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, ou seja, realizados sem o consentimento do paciente, bem como estabelece o dever de esclarecimento (art. 157)⁴⁶, possuindo relevância na regulação do direito ao consentimento informado naquele país.

O Novo Código Civil e Comercial argentino, aprovado em 01 de outubro de 2014 pelo Congresso Nacional, em vigor em 01 de janeiro de 2016, prevê em seu artigo 60 que a pessoa plenamente capaz pode antecipar diretivas e conferir mandato a respeito de sua saúde, caso acometida de posterior incapacidade.

Além disso, há previsão de que se designe pessoa(s) que expressem seu consentimento para os atos a que os enfermos devam se submeter, bem como para exercer sua curatela.

Há expressa disposição de que diretivas que impliquem em práticas de eutanásia serão consideradas não escritas, ou seja, somente a chamada ortotanásia, ou eutanásia passiva, podem ser objeto dos testamentos vitais naquele país.

⁴⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Op. cit.* p. 98.

Estipulou-se que as declarações de vontade podem ser livremente revogadas a qualquer tempo.

Não houve qualquer menção quanto ao prazo de validade dos testamentos vitais, ou seja, poderão ser outorgados por prazo indeterminado; além disso, não trata o novo Código Civil argentino da criação de qualquer maneira de publicidade, fato que pode comprometer o cumprimento de instrumentos desconhecidos pelos profissionais de saúde.

Nota-se, verificando-se a normatização do testamento vital nos diversos países acima referidos, que há divergência quanto à forma prescrita, publicidade e prazo de validade; no entanto, vislumbra-se que, em todos os países estudados, a normatização do instituto possui o escopo de criar diretrizes para sua aplicação, permitindo postura ativa do paciente quanto ao próprio tratamento.

A verificação da legalidade do testamento vital naqueles países indica a valoração da garantia das liberdades individuais frente aos questionamentos éticos, religiosos e morais acerca da inviolabilidade do direito à vida, atribuindo ao próprio paciente a decisão a respeito dos tratamentos aos quais deseja ou não se submeter.

2. ESTUDO DE DECISÕES DE TRIBUNAIS SUPERIORES RELACIONADAS A SITUAÇÕES DE LIMITE DA VIDA

O escopo do presente capítulo consiste em estudar decisões de Tribunais Superiores ligadas a situações relativas ao limite da vida, verificando-se os princípios e normas então invocados.

Tal análise se justifica como um dos parâmetros para, no capítulo seguinte, após serem estudados os princípios constitucionais em conflito na ortotanásia, sugerir-se aqueles que devem prevalecer em tais casos limítrofes.

Para tanto, serão abordados os julgados referentes ao aborto de fetos anencéfalos, à lei de biossegurança, traduzida na utilização de células-tronco em estudos científicos e à negativa de submissão a transfusões de sangue por parte daqueles que professam a religião testemunhas de Jeová.

2.1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF N. 54 - ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS

O julgamento da tipificação penal do aborto de fetos anencéfalos foi tratado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que foi ao plenário da Corte em 11 de abril de 2012.

A anencefalia, conforme constou na referida ADPF, se trata de doença congênita letal, caracterizada por malformação do tubo neural, com ausência parcial do encéfalo e do crânio, que não possui atividade cortical, faltando ao feto vida psíquica - consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade - além de sensibilidade, mobilidade e integração de quase todas as funções corpóreas⁴⁷.

⁴⁷ SHEWMON, David A. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep, 1988. 18 (5). p. 11/19.

Buscou-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao procedimento sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado, por meio da chamada interpretação conforme a Constituição.

O relator, ministro Marco Aurélio se referiu à questão como "uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal", ressaltando que a questão única tratava-se de saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coadunava-se com a Constituição, especialmente com os preceitos que "garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde".

Aufere-se de tal pronunciamento a estreita relação do tema, ligado indissociavelmente ao direito à vida em seu estágio inicial, com a ortotanásia, ou seja, os limites da vida diante de doenças terminais.

Assim, os princípios em conflito no aborto de anencéfalos e na ortotanásia podem ser considerados, em sua essência, análogos, razão pela qual optou-se neste estudo por analisar o posicionamento do STF quanto à prevalência destes, no caso concreto, vislumbrando-se a identidade de tratamento das matérias.

Na referida ADPF o Tribunal, em sessão plenária de 12.04.2012, por maioria e conforme o voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.

Em seu voto, salientou o relator ser inegável o confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de

mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

A laicidade do Estado Brasileiro mereceu especial atenção no julgamento da ADPF n. 54, tendo em vista a forte influência histórica religiosa no país, que hodiernamente se irradia pelos mais variados segmentos sociais e políticos. Este fato pode ser verificado pelos pedidos - indeferidos - da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e pela Associação do Desenvolvimento da Família de participação no processo.

Em seu voto, o relator, Ministro Marco Aurélio, inicia abordando a laicidade do Estado Brasileiro, ressaltando definição de De Plácido e Silva: “LAICO. Do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, equivalendo ao sentido de secular, em oposição ao de bispo, ou religioso⁴⁸”.

Ressaltou que a Constituição de 1988 consagrou tanto a liberdade religiosa (VI, artigo 5o) quanto o caráter laico do Estado (I, artigo 19), que estabelecem, respectivamente:

Art. 5o 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: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Além disso, reiterou-se que o preâmbulo da atual Carta, que alude expressamente à “proteção de Deus”, não possui força normativa, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso.

A alusão a tais dispositivos possuiu o intuito de, já em momento inicial do voto, aclarar-se que questões meramente de cunho religioso não seriam consideradas no julgamento, diante da separação Estado-Igreja.

⁴⁸ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico Conciso*. Editora Forense Jurídica. 1a edição, 2008, p. 45.

No mesmo sentido, no julgamento sobre a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias - Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.510, o Supremo Tribunal Federal, por seu Ministro Celso de Mello, enfatizou que no Brasil, República laica de bases democráticas, o Direito não se submete à religião, devendo as autoridades incumbidas de aplicá-lo desconsiderar convicções religiosas.

Finalmente, o relator afastou definitivamente a interferência de concepções morais e religiosas em seu voto, nos termos que se seguem:

A garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não podem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.
(...) as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

Concluiu-se que a crença de determinados setores da sociedade não pode levar à incriminação da conduta das mulheres que optarem pela antecipação do fim da gravidez, já que, sendo o Estado brasileiro laico, as ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.

Também quanto ao direito à vida, é possível analisar-se comparativamente o julgado do STF quanto aos fetos anencéfalos relativamente à ortotanásia, tendo em vista que ambos os casos tratam de situações limítrofes da vida.

Em seu voto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.510/DF, o relator discorreu sobre o "direito à vida" dos fetos anencéfalos, ressaltando, no entanto, que como os fetos acometidos de tais anomalias não possuem potencialidade de vida, não haveria um verdadeiro conflito entre direitos fundamentais - em contraposição aos direitos da mulher gestante.

Ressaltou que, quando a Constituição Federal trata dos "direitos da pessoa humana" como cláusula pétrea, refere-se aos direitos e garantias do indivíduo-

pessoa destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", e que, no caso do anencéfalo, inexisteria indivíduo-pessoa.

Tal entendimento pode ser aplicado àqueles pacientes com morte cerebral diagnosticada, previsto na Lei no 9.434/97, podendo-se concluir que, sendo considerado impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo (natimorto cerebral), também nos casos de morte cerebral a vontade previamente expressa do paciente de não manutenção artificial de suas funções vitais deve ser atendida.

Considerou-se ainda, no referido voto da ADI, que o direito à vida não possui caráter absoluto, inexistindo qualquer hierarquia sobre os demais direitos; tal afirmação baseou-se na própria Constituição Federal, que admite a pena de morte em caso de guerra declarada (artigo 5o, inciso XLVII c/c artigo 84, inciso XIX).

Além disso, citou-se o fato de o Código Penal prever como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade o aborto ético ou humanitário (resultado de estupro), dispositivo este cuja constitucionalidade não tem sido questionada; assim, na ponderação dos valores, prevalecem os direitos da mulher violentada e não o direito à vida do feto.

Para o Ministro, ponderação semelhante deve ser realizada quanto à possibilidade de aborto dos fetos anencéfalos: devendo-se qostinar sobre a prevalência da dignidade, liberdade, autodeterminação, saúde, direitos sexuais e reprodutivos das mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo: "se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo".

Assim, relativamente ao aborto de fetos anencéfalos, ressalte-se que, para o STF, conforme entendimento acima exposto, o direito à vida não possui caráter absoluto.

Ainda na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.510/DF, o relator, em seu voto, ressaltou os direitos à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade em possível confronto com o direito à vida.

Passa-se a analisar os preceitos invocados na referida decisão para verificar-se se os direitos confrontados, tanto nos casos de aborto de anencéfalos quanto na ortotanásia, possuem equivalência e, desta forma, poderiam ser aplicados no estudo desta última.

Quanto à saúde, citou-se no voto o conceito presente no preâmbulo do ato fundador da Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946 como sendo: “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”, bem como o princípio que de toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental - previsto no Plano de Ação da Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento, realizado na cidade do Cairo, Egito, em 1994.

Neste sentido, quanto ao aborto de anencéfalos, questiona-se se haveria mais riscos à saúde da gestante na manutenção da gravidez ou na antecipação do parto.

Deve-se considerar neste questionamento não somente o bem estar físico da mulher, mas os aspectos psicológicos envolvidos, tendo em vista a saúde se tratar de um todo físico e mental.

Naquela oportunidade, diante de pareceres médicos, esclareceu-se que a gestação de feto anencéfalo envolve maiores riscos e a imposição da manutenção da gravidez implica o aumento da morbidade na gestação, com maior incidência de hipertensão, partos prematuros ou gravidez prolongada e hemorragia pós-parto.

Além disso, a manutenção deste tipo de gravidez pode resultar, ainda, conforme descrições médicas trazidas na referida ADI, em consequências psicológicas severas, podendo trazer graves danos à saúde psíquica não somente da mulher, mas de toda a família, gerando sentimentos mórbidos de dor, angústia, impotência, tristeza, luto e desespero, podendo desenvolver grave de depressão, até mesmo com tentativa de suicídio⁴⁹.

Assim, constou nos autos da ADI que o sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que a obrigação de manutenção da gravidez, por ato estatal, poderia ser considerada verdadeira tortura.

Telma Birchall e Lincoln Frias, referidos na ADIn, destacam que⁵⁰:

[...] no contexto, existam outras pessoas envolvidas, o sofrimento de ninguém é maior do que o da gestante, porque o feto anencéfalo é um acontecimento no corpo dela. A gestante, neste caso, nem mesmo

⁴⁹ FERNANDES, Máira Costa. *Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma Análise Constitucional*. p. 111/158. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos* RJ: Lumen Júris, 2007. p. 150 e 152.

⁵⁰ FRIAS, Lincoln & BRICHALL, Telma. *Aborto de fetos anencéfalos in Ethic@*. Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v. 8, n. 1, jun 2009. p. 19/30.

chegará a ser mãe, pois não haverá – nem ao menos há – um filho. Ao obrigar a mulher a conservar um feto que vai morrer, ou que tecnicamente já está morto, o Estado e a sociedade se intrometem no direito que ela tem à integridade corporal e a tomar decisões sobre seu próprio corpo. No caso de fetos saudáveis, pode-se ainda discutir se a mulher é obrigada a ter o filho, pois ele será uma pessoa e, portanto, presume-se que tenha direito a ser preservado. Mas o feto anencéfalo nunca será uma pessoa, não terá uma vida humana, não é nem mesmo um sujeito de direitos em potencial.

Conforme os citados autores, a decisão da mulher deve prevalecer em relação aos anseios do Estado e da sociedade na manutenção a gravidez de fetos anencéfalos.

Em conclusão às considerações acima evocadas, o relator, em seu voto, ressalta caber não ao Estado, mas à mulher, em âmbito estritamente privado e no exercício dos direitos à privacidade e à autodeterminação, a consideração dos valores e sentimentos para decidir pela interrupção, ou não, da gravidez; ainda conforme dita decisão, caberia ao Estado prestar apoio médico e psicológico em suporte à decisão da paciente.

No mesmo sentido, enfatizou o representante do Ministério Público, Dr. Mário Ghisi, na audiência pública:

é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmbito da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam.

Neste sentido, não haveria justificativa para que o Estado impedisse a mulher de exercer seu direito à saúde física e mental, impondo-lhe conduta atentatória a tal direito quando da imposição da manutenção da gravidez, neste contexto.

Conclui o relator que a imposição estatal da manutenção de gravidez em tais condições fere princípios basilares do sistema constitucional, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autodeterminação, a saúde, o direito de privacidade e o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.

Desta forma, afirmou que a manutenção obrigatória da gestação privaria a mulher do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelhando-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

Ressaltou ainda o relator, em seu voto, que "compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero".

Assim, no referido julgado, em resumo, foram considerados os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e o direito à saúde, previstos na Carta Magna, além ter sido reconhecido que o Estado não se submete às questões de ordem religiosa.

Reconheceu-se o direito constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, diante verificação médica da deformidade, rechaçando a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, I e II, do Código Penal.

Finalmente, as principais disposições tratadas na decisão, conforme Bulos⁵¹, podem ser elencadas como: a) a interrupção da gestação de feto anencéfalo não é aborto eugênico (pois não haveria vida em potencial); b) inaplicabilidade de preceitos da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas e da Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, diante da impossibilidade de, ocorrendo o parto, vir-se a cogitar a existência de criança e, posteriormente, de adolescente; c) a anencefalia pode ser diagnosticada na 12ª semana de gestação, por meio de ultrassonografia; tratando-se de um diagnóstico seguro, disponível no Sistema Único de Saúde; d) impossibilidade de doação de órgãos de anencéfalos, devido à vedação de obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos e devido à impossibilidade médica de aproveitamento dos mesmos; e) impossibilidade de tutela do direito à vida de anencéfalos, devido à não potencialidade de vida (o anencéfalo não tem expectativa, bem como não é ou será titular do direito à vida, pois é médica e juridicamente morto); f) inexistência hierárquica do direito à vida sobre os demais direitos, de acordo com a Constituição da República (o art. 5, XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do art. 84, XIX) e conforme o Código Penal (aborto humanitário como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade), podendo-se auferir que se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto

⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e alt. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 545.

anencéfalo; g) preservação dos direitos da mulher, em contraposição à preservação do feto anencéfalo, valorando-se a manutenção da saúde psíquica materna, tendo em vista que, na gestação do feto anencéfalo, por suas características, despertam sentimentos negativos de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto e de desespero, devido à certeza do óbito, chegando estudiosos do tema a classificarem-no como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo; h) negativa de preservação, a qualquer custo, da incolumidade física do feto anencéfalo, em detrimento dos direitos básicos da mulher, tais como a dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia, privacidade, integridade física, psicológica e moral e saúde; i) decisão de manutenção ou interrupção da gravidez realizada pela mulher, e não pelo Estado, tendo em vista tratem-se de sentimentos de ordem privada.

Pode-se auferir, da análise acima vislumbrada, como ponto central da citada decisão, a impossibilidade de manutenção da gravidez de fetos anencéfalos por imposição estatal, tendo em vista o cumprimento de princípios basilares do sistema constitucional garantidos às mulheres, tais como dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autodeterminação, a saúde, o direito à privacidade, o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos; a obrigação de levar a termo a gravidez de anencéfalos se assemelharia a verdadeira tortura a de milhares de mulheres.

2.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 3510 - PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou o tema da constitucionalidade da utilização de células-tronco em estudos científicos, ajuizada pelo ex-procurador-geral da República Claudio Fonteles, com o propósito de impedir tal linha de pesquisa, tendo como Relator o ministro Carlos Ayres Britto.

Na ocasião, foram discutidos princípios constitucionais em conflito, diretamente relacionados ao direito à vida, buscando-se com a presente análise a verificação do entendimento do STF quanto à preponderância de tais princípios

para, no terceiro capítulo da presente, desenvolver-se uma análise comparativa da aplicabilidade deste entendimento aplicável à ortotanásia.

Na referida ADI as células-tronco foram definidos como aquelas contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano, podendo ser utilizadas para diferenciação e formação de novas células - contando com potencial de se converter em qualquer dos tipos de célula do corpo humano - e os embriões produzidos *in vitro* (não espontaneamente) como aqueles que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos para, em ambiente extra-corpóreo, serem submetidos à fecundação por espermatozóides.

A importância do tema se dá pela relevância da terapia celular no atual desenvolvimento da medicina regenerativa, que busca a substituição de células ou tecidos lesados ou perdidos, para restaurar sua função, na busca de cura de doenças cardíacas, diabetes melito, câncer, pneumopatias, doenças genéticas, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, esclerose múltipla e lateral amiotrófica, neuropatias e as doenças do neurônio motor, entre outras⁵².

O dispositivo normativo questionado foi o o artigo 5o da Lei Federal no 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, *in verbis*:

Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células- tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação

desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Para o autor da ação, o então procurador-geral da república, tais dispositivos contrariariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, fazendo ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.

⁵² ZAGO, Marco Antonio. *Células-tronco, a nova fronteira da medicina*. Atheneu:2006. p. 110.

Além disso, sustentou os argumentos de que a vida humana se iniciaria a partir da fecundação”, que o zigoto, constituído por uma única célula, seria um “ser humano embrionário”; que o início da gravidez se daria no momento da fecundação, com o oferecimento, pela mulher, de do ambiente próprio para o desenvolvimento do zigoto, bem como que a pesquisa com células-tronco adultas seria mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Foram admitidas pelo relator, visando incrementar a legitimidade da decisão e favorecer o pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da Lei Maior), na posição de “amigos da Corte” (*amici curiae*), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB.

De maneira inédita e buscando ainda a participação de setores diversos da sociedade, o relator determinou a realização de audiência pública, com base no § 1º do artigo 9º da Lei no 9.868/99, tendo sido ouvidas, na ocasião, mais de 22 (vinte e duas) autoridades científicas brasileiras.

Como resultado, obteve-se por parte de tais especialistas um quadro dicotômico de interpretação do assunto, nos termos a seguir estudados.

Para a primeira corrente, as células-tronco embrionárias não se mostravam, para fins de terapia humana, superiores às células-tronco provenientes de adultos; para esta linha, o embrião teria papel central em seu processo de “hominização”, considerando o útero como mero coadjuvante, na condição de ambiente daquele, além de fonte fornecedora de alimento.

Neste contexto, a retirada das células-tronco de um embrião *in vitro* corresponderia à prática de aborto, considerando-se que o produto da concepção em laboratório já consistiria em uma criatura ou organismo humano.

Assim, conforme tal entendimento, a pessoa humana já iniciaria sua existência no momento da fecundação, independente de sua ocorrência *in vitro* ou natural, ou seja, tanto na fase de concepção e gestação quanto após o parto com vida, já existiria pessoa humana, merecedora da mesma proteção jurídica.

Para a outra corrente, há superioridade inequívoca na utilização de células-tronco embrionárias em relação àquelas retiradas de adultos.

Considera-se que as primeiras teriam maior plasticidade/versatilidade de transformação em outros tecidos humanos, possibilitando sua substituição ou regeneração, possibilitando potencialmente melhor qualidade e duração da vida humana.

Conforme entendimento desta linha de pesquisa, o embrião *in vitro* seria vivo, mas não comparável ao embrião que iniciou sua evolução no útero materno, sendo que até mesmo este último somente alcançaria status de pessoa humana com a efetiva e indispensável participação do útero materno, bem como do tempo para alcance de seu desenvolvimento.

Em seu voto, o relator adotou a teoria natalista, afirmando que a adquire personalidade jurídica tão-somente aqueles que sobrevivem ao parto, nos termos do art. 2o do Código Civil Brasileiro, que dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Ressaltou que é necessária vida pós-parto para o reconhecimento da personalidade perante o Direito, quando já há um indivíduo exteriorizado, membro da sociedade civil, capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, ou seja, a vida humana revestida do atributo da personalidade civil consistiria no fenômeno que ocorre entre o nascimento com vida e a morte.

Conforme o relator, a Constituição Federal não define o início da vida humana e nem dispõe sobre nenhuma forma de vida humana pré-natal, razão pela qual, conforme seu entendimento, o disposto no Código Civil não se feriria regras constitucionais.

Assim, nos termos de seu voto, a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1o, CF), os direitos da pessoa humana (alínea b do inciso VII do art. 34 CF), o livre exercício dos direitos individuais (inciso III do art. 85 CF) e direitos e garantias individuais, como cláusula pétrea (inciso IV do § 4o do art. 60 CF), seriam restritos ao indivíduo-pessoa, ser humano nascido com vida.

Argumenta, citando Débora Diniz, na mencionada audiência pública, que caso a potencialidade embrionária fosse entendida como direito de vir a se desenvolver, teria a mulher o dever de gestação para garantir a potencialidade da implantação, ou seja, deveria ser garantido àqueles embriões, por princípio constitucional, o direito à vida.

No entanto, em seu voto, o Relator admite que a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite sua irradiação para alcançar a proteção do embrião e do feto, citando que, conforme o vigente Código Civil, os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção.

Cita ainda como exemplo o norma penal de criminalizadora do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto terapêutico); se “a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal” (aborto sentimental ou compassivo).

Buscando esclarecer a amplitude da aplicação da norma penal acerca do aborto, faz referência de que se trata de interrupção de gravidez, ou seja, de que o bem jurídico tutelado é um organismo, seja embrionário ou fetal, mas sempre no interior do corpo feminino; neste sentido, a interrupção da manutenção de embriões mantidos *in vitro* não caracteriza crime de aborto.

Então, considera que apesar dos embriões extra-uterinos ainda não serem formalmente uma pessoa física ou natural, ainda assim lhes é reconhecida uma dignidade a ser protegida, nas condições e limites da legislação ordinária, por derivação da tutela constitucional à pessoa humana propriamente dita.

Neste sentido, a Ministra Ellen Gracie, que acompanhou integralmente o voto do relator, afirmou que o pré-embrião conservado *in vitro* não se classificaria como pessoa e, por consequência, a ele não seria possível opor a inviolabilidade do direito à vida.

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, que também acompanhou integralmente o voto do relator, as pesquisas com células-tronco embrionárias não violariam o direito à vida, mas, ao contrário, contribuiriam para dignificar a vida humana, pois estariam voltadas à recuperação da saúde humana.

Também para o Ministro Celso de Mello, que acompanhou o relator pela improcedência da ação, “a utilização de células-tronco em pesquisas científicas permitirá a milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado”, salientando ainda que o Estado não pode ser influenciado pela religião.

Consigna-se que o início da vida humana só pode coincidir com o instante da fecundação de um óvulo por um espermatozóide, na formação da unitária célula denominada zigoto; porém, tal princípio de vida não possui, conforme o voto do relator, características e direitos que são inerentes somente aos seres humanos nascidos vivos.

Desta forma, não há que se confundir o ovócito extra-uterino (óvulo fecundado) com o nascituro, enquanto este primeiro não for introduzido no colo do útero.

Nestes termos, o emprego de tais células-tronco embrionárias para fins da Lei de Biossegurança tem, entre os seus requisitos, a expressa autorização do casal produtor dos gametas utilizados, que não se dispõe a procriá-los, ficando claro não se ratar de interrupção de gravidez, até então inexistente.

Além disso, ressaltou-se no voto que o congelamento degrada os embriões, diminuindo sua viabilidade para o implante, chegando a ser praticamente nula a chance de desenvolvimento após o transcurso de 3 anos do congelamento.

Some-se a este o fato de que, tendo o casal de submetido a processo de reprodução assistida, não fica obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os embriões, ou seja, não há, por parte dos fornecedores de gametas, o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher dos óvulos fecundados.

Tal afirmação é baseada, juridicamente, em dois pilares: primeiro em não haver qualquer lei brasileira neste sentido, sendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (inciso II do art. 5º da Constituição Federal) e também por ferir os institutos do planejamento familiar e da paternidade responsável, traduzidos na projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e disponibilidades físico-amorosas dos pais.

Aprofundando-se no estudo da compulsoriedade de utilização dos embriões excedentes, o Ministro Relator conclui que não se pode compelir nenhum casal a tanto, ainda, devido aos riscos à saúde física e mental da mulher, o que ainda implicaria em tratar o gênero feminino por modo desumano, torturante ou degradante.

Após tais considerações, vislumbrou-se no voto que, não sendo compulsória a utilização dos embriões excedentes pelo casal, haveria três destinações possíveis aos mesmos: a manutenção criogênica indefinida; seu descarte ou sua utilização

para fins de pesquisas, conforme previsto na Lei de Biossegurança, possibilitando avanços da ciência.

A análise do assunto, no referido voto, é aperfeiçoada com um comparativo entre o fim e o início da vida: a Lei no 9.434 dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural, ou seja, aquele que preserva suas funções neurais, permanece vivo para o Direito; neste sentido, os embriões a serem utilizados em estudos científicos, previstos art. 5º Lei de Biossegurança, não poderão ser considerados como uma vida em si, pois lhes faltariam todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas (fase mais inicial de um cérebro humano em gestação).

Neste sentido, afirma o Relator que, não possuindo o embrião mantido *in vitro* cérebro, nem concluído nem em formação, não existiria pessoa humana em si, mas apenas espécie de vida vegetativa, sem a possibilidade de se tornar uma pessoa natural.

Porém, conforme seu voto, tais embriões não estariam fadados ao desperdício, não se podendo, no entanto, olvidar de seu potencial de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, concluindo que a Lei de Biossegurança não significou um desprezo por tais embriões *in vitro*, mas um oportunidade de vislumbrar-se o desenvolvimento de sociedade mais fraterna, conforme constante do preâmbulo da Constituição Federal.

Ressalta o Ministro Carlos Ayres Britto que, havendo na lei ordinária coincidência entre a morte encefálica e a cessação da vida humana, para justificar a remoção de órgãos, tratar-se-ia o embrião humano constante do art. 5º da Lei de Biossegurança de um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, ou seja, apto a ser utilizado em pesquisas científicas, cumprindo então a nobre destinação de servir à espécie humana.

Finaliza ressaltando o direito constitucional à saúde, ao planejamento familiar, a pesquisa e a livre expressão da atividade científica, julgando totalmente improcedente a referida ADI.

Assim, o Supremo Tribunal Federal acatou a tese de que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana, encontrando suporte normativo no direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar, à pesquisa científica, além de ir ao encontro do espírito de sociedade

fraternal preconizado pela Constituição brasileira, refutando a influência religiosa no Estado⁵³.

2.3 HABEAS CORPUS N. 268.459 - SP (2013/0106116-5) - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - TRANSFUSÃO DE SANGUE EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

No *habeas corpus* 268.459 - SP o STJ enfrentou o tema da transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová; trata-se de *mandamus* sem pedido liminar, impetrado pelos pais, denunciados e pronunciados, de uma menina falecida em função da negativa de realização do referido procedimento médico devido à recusa dos seus genitores.

Houve ainda a participação de um médico da mesma religião, que incentivou a negativa dos pais, ameaçando os médicos que assistiam a paciente, caso realizassem a intervenção sem consentimento; os pais foram acusados de dolo eventual (ou seja, assumiram o risco) devido à recusa da transfusão de sangue por convicção religiosa e de terem concorrido para a morte de sua filha adolescente, que contava com 13 anos de idade e sofria de anemia falciforme, tendo sido internada aos 21 de julho de 1993 por agravamento do seu estado de saúde, tendo ainda sido o referido médico acusado de participação.

Clinicamente, constatou-se uma baixíssima quantidade de componentes hemáceos, exigindo transfusão de sanguínea imediata, procedimento este recusado por seus representantes mesmo após tomarem conhecimento de se tratar do único meio capaz de salvá-la.

Os pais alegaram motivos religiosos para a negativa, declarado-se adeptos da seita Testemunhas de Jeová, afirmando preferir ver a filha morta a deixá-la receber a transfusão, pois se isso ocorresse ela não iria para o Paraíso, tendo inclusive a mãe assinado declaração assumindo qualquer responsabilidade pela recusa.

⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.* p. 542.

A paciente veio a óbito em 22 de julho de 1993, tendo sido os pais denunciados como incurso no artigo 121, caput, c/c. artigo 61, II, "e" (contra descendente) do Código Penal.

Interposto recurso em sentido estrito, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, negou-lhe provimento, mantendo a decisão de 1ª instância, ressaltando a questão da inércia médica, tendo em vista que, diante da lei penal e do código de ética médica, a transfusão estaria autorizada a ser realizada, em caso de iminente perigo de vida, independentemente do consentimento.

Consignou-se no julgado do referido recurso em sentido estrito que: "em que pesem as referidas convicções religiosas dos acusados que, não obstante lhes são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que a vida deve prevalecer acima de qualquer religião".

As partes impetraram, então, *Habeas Corpus*, no Superior Tribunal de Justiça (HC n. 268.459 - SP (2013/0106116-5), que teve como relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, tendo sido considerado no acórdão que, inexistindo direitos absolutos na ordem constitucional brasileira, a liberdade religiosa também se sujeitaria às demais condicionantes valorativas.

Citando-se o juízo de ponderação, considerou-se que a vida e o superior interesse da adolescente prevaleceriam sobre a convicção religiosa dos pais, contrários à transfusão de sangue.

Porém, a negativa de concordância para a providência terapêutica foi considerada ineficaz de impedir a intervenção por parte do corpo médico hospitalar, pois "deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte".

Desta forma, a conduta dos pais foi considerada atípica, pois não deveria ter sido considerada pelos médicos, que teriam o dever de salvar a vida.

Em seu voto, a relatora ressaltou que, segundo a ótica dos pais, não haveria propriamente uma opção para sua filha, não lhes sendo possível autorizar, por crença religiosa, o tratamento por meio de transfusão de sangue.

Foi consignado em seu voto o parecer fornecido a pedido da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, pelo Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso⁵⁴, *in verbis*:

⁵⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 368-369.

Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos, ainda que contra a sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV).

No entanto, a relatora afirmou que, no caso em tela, "o dissenso não possuía o efeito de impedir a realização da transfusão de sangue e não afastava o dever legal do médico responsável pelo atendimento da menor de adotar o procedimento terapêutico necessário e que "os integrantes da equipe médica, que a atendiam, tinham o dever legal de agir".

Também ressaltou a relatora que não houve conduta concreta dos pais no sentido de impedir a realização do procedimento médico e que a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença prevista pelo inc. VI do art. 5º da Const. Federal não poderia ser tida como absoluta.

Consignou ainda em seu voto que, considerado o iminente risco de vida para a ofendida, o equilíbrio na ponderação haveria prevalência do direito à vida, entendendo ser esta prevalência razoável no âmbito do Estado Democrático de Direito, laico por definição constitucional.

Complementarmente, citou a Resolução no 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, cujo enunciado, em seu artigo 2º, dispõe: "Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis".

Assim, decidiu-se inexistir nexos de causalidade entre a conduta dos pais, opondo-se à transfusão sanguínea a ser realizada em sua filha por motivos religiosos com o falecimento, tendo em vista ter-se considerado tal oposição inapta a impedir a realização do procedimento, que teria caráter obrigatório ao corpo clínico hospitalar, extinguindo-se a ação penal em relação aos pacientes.

O escopo do estudo dos julgados acima foi o de se verificar os princípios invocados em referidas decisões de Tribunais Superiores, em casos limítrofes da vida para, no capítulo que se segue, analisar a natureza dos mesmos e sua possível aplicação na utilização dos testamentos vitais.

Com isso, buscar-se-à aspectos da constitucionalidade do testamento vital, mediante estudo dos mesmos princípios aplicados aos julgados acima, visando-se analisar quais destes princípios devem supostamente prevalecer no caso concreto, bem como se a utilização do testamento vital é justificável e possui conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

3. UM DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE O TESTAMENTO VITAL

Do estudo de julgados referentes a situações limítrofes da vida, realizado no capítulo anterior, pode-se auferir que há regularidade nos princípios constitucionais invocados nas decisões dos Tribunais Superiores.

Assim, naquelas, pode-se vislumbrar a invocação, em regra, dos direitos à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade em possível confronto com o direito à vida.

Tal conflito entre referidos princípios pode ser notadamente aplicado ao instrumento do testamento vital, de maneira a conferir legitimidade ou, de outra forma, rechaçar sua conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Neste capítulo abordar-se-ão aspectos históricos e doutrinários, para sua devida contextualização, dos princípios diretamente relacionados e conflitantes com a autolimitação do direito à vida por pacientes terminais.

O intuito é o de analisar os aspectos mais importantes de tais princípios constitucionais para subsidiar a análise do problema a que este trabalho se propõe, qual seja, a possibilidade de limitação do direito à vida frente à liberdade, autonomia e dignidade humanas.

Para tanto, será inicialmente estudada e eventualmente determinada como parâmetro, para o presente estudo, a natureza normativa pós-positivista principiológica.

Em seguida, serão analisados individualmente os princípios supostamente conflitantes no instituto do testamento vital, visando-se utilizar-se da ponderação de tais princípios de forma a se legitimar ou se verificar a inconstitucionalidade do testamento vital.

Assim, considerados tais princípios, buscar-se-à a solução de seu eventual conflito por meio da teoria da ponderação de Robert Alexy, de maneira que, podendo-se observar a preponderância de uns sobre outros, possa-se, com relativa segurança e embasamento jurídico, auferir-se a constitucionalidade do testamento vital.

Posteriormente ao estudo dos princípios em conflito, far-se-à um paralelo entre os julgados dos tribunais superiores sobre casos limites da vida com o instituto

do testamento vital, buscando-se aplicar as diretrizes e valorações daqueles aos conflitos verificados no âmbito deste último.

Finalmente, serão feitas reflexões sobre a constitucionalidade das disposições infralegais relativas à ortotanásia e ao testamento vital, de maneira a vislumbrar-se a segurança jurídica de sua imediata aplicação pelos operadores de direito, bem como médicos e pacientes.

3.1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS EM CONFLITO NOS LIMITES DA VIDA

Realizado previamente o estudo do conceito do testamento vital, de suas disposições infralegais no direito brasileiro e de sua normatização no direito estrangeiro, seguida da análise de julgados dos tribunais superiores sobre casos em que os limites da vida foram discutidos, passa-se à análise dos princípios em conflito no testamento vital.

Inicia-se este item com considerações a respeito dos princípios constitucionais considerados em si, bem como com a delimitação de seu caráter normativo a ser considerado neste trabalho.

Em seguida, passa-se à análise dos princípios em conflito no testamento vital, em espécie, como o escopo de elencarem-se suas mais importantes características aplicáveis à matéria.

3.1.1 O CONCEITO DE PRINCÍPIO

Historicamente a juridicidade dos princípios passou por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista⁵⁵.

Na fase jusnaturalista os princípios possuíam função meramente informativa, sem eficácia sintática normativa, sendo reconhecidos como inspiradores de um ideal

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Melhoramento, 2002. p. 259.

de justiça, situando-se em uma dimensão ético-valorativa do Direito⁵⁶. Nesta primeira fase da juridicidade dos princípios as regras jurídicas deveriam ser interpretadas e aplicadas de acordo com os princípios de direito natural (jusnaturalismo) que, deduzidos de um plano metajurídico variável conforme a doutrina considerada⁵⁷.

Com o surgimento do positivismo, pretendeu-se criar uma ciência jurídica objetiva e com características de ciências exatas, distanciando-se o direito da moral⁵⁸. Tal doutrina refuta a existência de princípios de direito natural, considerando somente aquelas regras positivadas, porém, sem refutar a influência destes princípios de direito natural na interpretação e aplicação do direito, se maneira que tal influência não contasse com explicação científica⁵⁹.

Nesta fase, passou-se a considerar que alguns princípios poderiam ser induzidos do ordenamento jurídico, admitindo-se sua aplicação subsidiária a partir dos valores subjacentes às diversas regras. Havendo lacuna, ou seja, falta de regra jurídica, os princípios gerais de direito, dotados de alto grau de generalidade, poderiam ser utilizados de maneira secundária, auxiliando a interpretação da lei, sem, no entanto, se sobrepor à mesma⁶⁰.

Atualmente os princípios constitucionais são considerados tipos normativos pela doutrina moderna, conjuntamente com as regras; assim, hodiernamente, tanto as regras como o princípio são considerados espécies de normas, descrevendo algo que deve ser⁶¹, sendo características do chamado pós-positivismo.

Tal entendimento se desenvolve desde o fim da Segunda Guerra Mundial, alterando a aplicação dos princípios e seu poder normativo de proteção à pessoa humana, significando o Pós-Guerra a esperança de reconstrução destes mesmos direitos⁶².

⁵⁶ TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6824>>. Acesso em: 2 maio 2016.

⁵⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Ponderação de princípios - há como afastá-la?* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 26 : jan/jun 2008. p. 162.

⁵⁸ TOVAR, Leonardo Zehuri. *Op. cit.* Acesso em: 2 maio 2016.

⁵⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 162.

⁶⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 163.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* 9. ed. rev. e atual. – São Paulo:Saraiva, 2014. p. 101.

⁶² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2012. p. 425.

Assim, Piovesan⁶³ afirma que, no âmbito do Direito Internacional, a partir daquele trágico episódio, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, com vistas a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado.

Os princípios, então, nas últimas décadas do século XX, passam a ter força normativa, sendo considerados normas com conteúdo mais aberto do que as regras, eivados de generalidade e abstração, e que necessitariam de concretização por parte dos operadores de direito; as regras, por sua vez, possuiriam aplicação imediata, sendo estas menos abrangentes que aqueles⁶⁴.

A doutrina e jurisprudência das Cortes Internacionais de Justiça, no pós-positivismo, passam a reconhecer a força normativa de princípios fundamentais, que passam a ser considerados positivados nas Constituições⁶⁵. Os princípios, então, deixam a posição subsidiária à lei para se tornarem o centro de tais Constituições, passando a ser dever jurídico, e não mera recomendação, a elaboração e a interpretação das normas de acordo com os princípios, inclusive par aqueles que não aceitam a existência de um direito natural⁶⁶.

Neste contexto pós-positivista, caracterizado pela superação dialética da divergência entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, passou a doutrina a buscar a distinção entre princípios e regras, tendo tal discussão ganhado força com as obras de Ronald Dworkin⁶⁷ e Robert Alexy⁶⁸.

Ambos os doutrinadores defendem a tese da separação qualitativa e de natureza lógica entre regras e princípios, em contraposição à teoria mais difundida no Brasil, segundo a qual a distinção é de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade⁶⁹.

O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, qualidade proveniente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa; os princípios, ao

⁶³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 425.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 101.

⁶⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 164.

⁶⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 164.

⁶⁷ A referência a Ronald Dworkin no presente trabalho se faz exclusivamente em razão da pertinência temática de sua obra intitulada "*Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*", uma vez que o referencial teórico adotado é Robert Alexy, especialmente no que concerne à ponderação de princípios.

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): p. 609.

⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 609.

contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e, por isso, precisariam de regras para sua concretização. Ao contrário das regras, os princípios receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio da dialética de complementação e limitação⁷⁰.

Dworkin critica o positivismo jurídico por entender o direito como um sistema de regras; com isso, não haveria fundamentos para as decisões de casos complexos, onde o julgador não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável e se utiliza da discricionariedade judicial, criando direito novo⁷¹.

O autor vislumbrou ocorrer certa similitude entre os princípios normativos e as regras, admitindo que ambos estabelecem obrigações jurídicas.

Para o referido doutrinador, no entanto, as regras jurídicas possuiriam apenas a dimensão de validade (ou valem e são aplicadas ou não valem e não podem ser utilizadas), o que não se aplicaria aos princípios, ou seja, a norma da espécie regra teria um modo de aplicação que a diferencia, qualitativamente, da norma da espécie princípio, pois se aplica a regra disjuntiva do tudo ou nada. Ocorrendo conflito entre regras, a solução se dará pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, de especialidade e cronológico)⁷².

Ronald Dworkin defende ainda que, quanto aos princípios, ocorrendo colisão, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso, ou seja, terá prevalência o princípio que for, para o caso concreto, mais importante. Desta forma, o princípio que não tiver prevalência não perde sua validade, mas apenas deixa de ser aplicado àquele caso concreto; além disso, segundo ele, os princípios são normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais, sendo que normas relativas a direitos coletivos seriam “políticas”⁷³.

Assim, não se resolvem os conflitos entre princípios tomando um como exceção ao outro, mas confrontando-se os pesos entre as normas para determinada situação; desta forma, as regras expressariam deveres e direitos definitivos, pois, sendo uma regra válida, deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, ao

⁷⁰ ÀVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 610.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 128.

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 610.

contrário dos princípios, cujo grau de realização pode variar, ou seja, as regras seriam aplicadas de modo absoluto e, os princípios, de modo gradual⁷⁴.

Para Alexy, a distinção entre princípios e regras seria qualitativa e não de grau, sendo que os princípios exigem que seja algo realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, estes não contém um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, representando razões que podem ser afastadas por outras razões antagônicas. As regras, por seu turno, se válidas, devem ser aplicadas na regra do tudo-ou-nada, de maneira a exigir que seja feito tudo o que ordenam⁷⁵.

As regras, desta forma, comportam o estabelecimento de cláusulas de exceção, quando da decisão de um caso, perdendo, assim, seu caráter definitivo, o que não gera o caráter *prima facie* atribuído aos princípios. Desta forma, regras e princípios são razões de naturezas distintas, sendo os princípios sempre razões *prima facie* e (as regras, inexistindo o estabelecimento de exceções, razões definitivas⁷⁶.

O autor defende que os princípios são mandamentos de otimização, por estabelecer que algo deve ser realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas presentes; por consequência, a realização completa de um determinado princípio pode ser por outro princípio (também denominada colisão entre princípios), devendo ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo⁷⁷.

Tal análise somente se faz possível quando aplicada ao caso concreto, não sendo possível se afirmar que determinado princípio sempre prevalecerá sobre outro, tendo em vista o modo final de sua aplicação reger-se-à pela regra da graduação (mais ou menos), obtido por meio de fundamentos que devem ser devidamente conjugados entre si⁷⁸.

Desta forma, e elemento central da teoria dos princípios de Alexy é presença mandamentos de otimização para a definição de princípios, sendo estas normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades

⁷⁴ ÀVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 35.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 610.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 610.

⁷⁸ ÀVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 37.

fáticas e jurídicas existentes; elucida que os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos⁷⁹.

Virgílio Afonso da Silva defende que a ideia regulativa, em Alexy, é da realização máxima, ressaltando que esse grau de realização somente poderia ocorrer se as condições fácticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis⁸⁰.

Esta forma de interpretação pode, então, limitar a realização de um princípio quando analisado à luz de princípios colidentes.

Alexy também admite a convivência normativa dos princípios (comandos de otimização) com as regras, como Dworkin; porém, para o primeiro, tanto os princípios quanto as regras se diferenciam qualitativamente, não ocorrendo entre eles apenas uma variação de grau⁸¹.

Virgílio Afonso da Silva ressalta que o conceito de princípio usado por Robert Alexy, ou seja, espécie de norma contraposta à regra jurídica, é bastante diferente do conceito de princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira, definido como "mandamento nuclear" ou "disposição fundamental" de um sistema, ou, ainda como "núcleos de condensações"⁸².

Para Ávila⁸³, Alexy demonstra a relação de tensão nos casos de colisão entre princípios, não se sujeitando à imediata prevalência de um princípio sobre o outro, mas se estabelecendo em função da ponderação, possuindo os princípios apenas uma dimensão de peso, sem determinar as consequências normativas de forma direta - ao contrário das regras⁸⁴.

Os princípios também são descritos doutrinariamente como aquelas normas que estabelecem fundamentos para que possibilitem o encontro de determinado mandamento, sendo a distinção entre princípios e regras qualitativa, baseada em função do elemento normativo para a tomada de decisão. São normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, estabelecendo fundamentos normativos

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado - RDE. Ano 1, n. 4, out 2006. pág 27.

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. *Op. cit.* pág 27.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 129.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 612.

⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 29.

tanto para a interpretação quanto para a aplicação do Direito, deles decorrendo normas de comportamento, direta e indiretamente⁸⁵.

Desta forma, para a doutrina majoritária brasileira, princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras poderiam ser consideradas como meio de concretização desses princípios (caráter instrumental).

Residiria aí, conforme ressalta Silva, a principal diferença entre ambas as propostas: no conceito de Alexy, não há qualquer referência aos princípios como normas fundamentais, podendo ou não serem considerado um mandamento nuclear do sistema, eivados de neutralidade axiológica⁸⁶.

Como consequência, haveria divergência prática entre o que as classificações tradicionais chamam de princípio e o definido na teoria de Alexy: para as teorias tradicionais, tratam-se de princípios a legalidade e a anterioridade, por exemplo, normas estas que, para Alexy, seriam consideradas regras⁸⁷.

Humberto Ávila⁸⁸ resume a evolução doutrinária acerca do tema, indicando haver distinções fracas e fortes entre princípios e regras, consubstanciadas nos seguintes critérios: 1. caráter hipotético-condicional, baseado no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência, aplicadas do modo “se-então”, ao passo que os princípios somente indicariam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para encontro da regra no caso concreto; 2. modo final de aplicação, baseado na aplicação das regras de modo absoluto (tudo ou nada) e nos princípios de modo gradual (mais ou menos); 3. relacionamento normativo, fundamentado na ideia de a antinomia entre regras caracterizar verdadeiro conflito, obtendo-se como resultado a declaração de invalidade de uma delas, enquanto a solução para o relacionamento entre princípios dar-se-ia mediante ponderação, com atribuição de peso a cada princípio; 4. fundamento axiológico: considera os princípios, e não as regras, fundamentos axiológicos para tomada de decisões.

Neste estudo os princípios são vislumbrados no âmbito do pós-positivismo, ou seja, para que se possa discutir a constitucionalidade do testamento vital, os princípios que estejam, ao menos em análise inicial, em conflito, considerar-se-ão normas jurídicas, eivados de coercibilidade e aplicação imediata.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 27.

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 613.

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 613.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 31.

Diante da definição de consideração dos princípios, no presente, como normas jurídicas, passa-se a analisar os princípios em conflito em espécie para, em seguida, buscar-se a prevalência de uns sobre os outros, conforme a teoria da ponderação.

3.1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, reconhecida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, é a origem de todos os direitos fundamentais, relacionada com a própria condição humana⁸⁹.

Trata-se de um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, constituindo-se um mínimo invulnerável que, apenas excepcionalmente, pode sofrer limitações⁹⁰.

Apesar de a ideia do valor intrínseco da pessoa humana possuir raízes no pensamento clássico e no ideário cristão⁹¹, é recente na história da humanidade a ideia de uma igualdade essencial e universal entre todos os homens, onde todos seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade⁹².

Na antiguidade clássica, a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana estava adstrita a membros da comunidade reconhecidos pelos demais, bem como à posição social ocupada pelo indivíduo, sofrendo verdadeira modulação quanto à sua abrangência social, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas⁹³.

Somente com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948,

⁸⁹ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. Parecer à Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. fev 2010. p. 12.

⁹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005. 17 ed, p. 16, item 7.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.32

⁹² COMPARATO, Fábio Conder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 24.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 33.

normatizou-se por lei escrita, como regra geral e uniforme, a aplicação indistinta dos direitos fundamentais a todos os indivíduos.

O contexto de sua aprovação, com o fim último de proteção à pessoa humana, se deu no período Pós-Segunda Guerra Mundial, conflito marcado pela lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana⁹⁴.

É sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que se torna possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a nova feição do Direito Constitucional ocidental e, por outro, a emergência do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, tamanho o impacto gerado pelas atrocidades então cometidas, dando-se tal reconstrução por meio de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos⁹⁵.

Com o surgimento deste movimento, intitulado pós-positivista, buscou-se superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico, reintroduzindo as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico, fundamentando e legitimando um novo significado para o direito justo⁹⁶.

Desta forma, o movimento pós-positivista permite a superação do reducionismo do fenômeno jurídico a um sistema formal e fechado de regras legais, abrindo margem para o tratamento axiológico do direito e a utilização efetiva dos princípios jurídicos como espécies normativas que corporificam valores e finalidades sociais, oferecendo um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, harmonizando legalidade com legitimidade e reafirmando os laços éticos privilegiados entre o direito e a moral⁹⁷.

Os direitos humanos podem ser, então, identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação; o conjunto dos direitos humanos forma um sistema, correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social⁹⁸.

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2012. p. 372.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 372.

⁹⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

⁹⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. cit.* p. 19.

⁹⁸ COMPARATO, Fábio Conder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

Neste contexto, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura como um dos mais importantes pilares do conhecimento jurídico, com reflexos diretos no modo de compreender e exercitar o paradigma dos direitos fundamentais dos cidadãos⁹⁹, funcionando como metanorma, de forma a indicar como devem ser interpretadas e aplicadas as outras normas e princípios, em especial as normas definidoras de direitos fundamentais - ampliando o seu sentido, reduzindo-o ou auxiliando em conflitos entre direitos fundamentais¹⁰⁰.

Abordando o tema, Piovesan¹⁰¹, no mesmo sentido, conclui que: “se, no atual cenário do Direito Constitucional ocidental, pode-se depreender que a hermenêutica que mais contribui para a efetividade das Constituições é aquela que privilegia e potencializa a força normativa de seus princípios fundamentais (a serem levados em conta desde o primeiro vislumbre da norma abstrata até o momento da decisão dos casos concretos), imperioso é ressaltar que, dentre eles, com força deontológica predominante, está o princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, sua importância chega mesmo a transcender os limites do positivismo (...)”.

Para a referida autora, a dignidade humana, na vertente constitucionalista surgida após a Segunda Guerra Mundial, passa a ser tutelada pelo Direito Constitucional como valor absoluto, na forma de princípio fundamental da ordem jurídica, servindo não só como critério definitivo de interpretação da Carta, como parâmetro para aferimento de inconstitucionalidades; como, principalmente, por se tratar de norte e exigência da aplicação da Constituição aos casos concretos¹⁰².

Não há, hodiernamente, definição precisa da amplitude e significado do termo “dignidade da pessoa humana”; como bem salienta Sarlet, citando Eduardo Bittar¹⁰³, “a ideia de dignidade da pessoa humana hoje, resulta, de certo modo, da convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental”.

A concepção nuclear da ideia de dignidade, porém, já se fazia presente no pensamento clássico, como qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e

⁹⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. cit.* p. 149.

¹⁰⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 37-38.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 384.

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 385.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.p.32

inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado¹⁰⁴.

Antônio Junqueira Azevedo estabelece que a dignidade traduz-se em respeito absoluto à vida humana, e conseqüentemente a proibição da eutanásia, do aborto e da pena de morte, o respeito à integridade física e psíquica da pessoa, respeito a condições mínimas de vida, de liberdade e convivência igualitária entre os homens¹⁰⁵.

Em interessante análise, para Dworkin¹⁰⁶, a expressão “direito à dignidade” é usada de muitas formas e em muitos sentidos na filosofia moral e política, podendo significar o direito a viver em determinadas condições nas quais o amor próprio é possível ou pertinente, ou mesmo podendo significar o direito de as pessoas não serem vítimas de tratamento desrespeitoso, cujo parâmetro é variável conforme tempo e lugar; para o autor, a indignidade pode provocar em suas vítimas um sofrimento mental especialmente grave, causando até mesmo aversão e desprezo por si próprias.

Nas palavras de Dworkin¹⁰⁷, a dignidade, no sentido de respeitar o valor inerente à própria vida, deve se basear decisivamente em favor da liberdade individual e não da coerção.

Para Sarlet¹⁰⁸, é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana, baseada na autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, sendo um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana; conforme a concepção kantiana, a dignidade da pessoa humana consiste em ser esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudiando toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p.50.

¹⁰⁵ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 334.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 341.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p.73.

No entanto, no atual contexto social, econômico e jurídico, as teorias que afirmam ser o conceito de dignidade humana exclusivamente antropocentrista está sujeita a críticas, por atribuir ao ser humano um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos, podendo-se questionar não serem também estes últimos detentores de dignidade, da própria vida, de um modo geral¹⁰⁹.

Por se tratar de conceito amplo e vago, verifica-se que, não raro, encontram-se posicionamentos absolutamente distintos, até diametralmente opostos, em temas delicados, com fulcro na dignidade humana. Em que pesem os esforços doutrinários, filosóficos e jurisprudenciais, a expressão mantém-se recheada de paradoxos e de indeterminações. Verifica-se, pelo exposto, tratar-se de um conceito ainda intensamente polissêmico¹¹⁰.

Alexy¹¹¹ afirma ser possível argumentar, em análise inicial, o caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido expressamente na Constituição alemã, art. 1º, parágrafo 1º, 1 (“A dignidade da pessoa humana é inviolável”); no entanto, o autor verifica tratar-se de mera impressão, baseada no fato de a norma da dignidade ser tratada em parte como regra e em parte como princípio e também por existir um vasto grupo de condições de precedência capazes de ensejar elevado grau de certeza de que, sob tais condições, tal princípio prevalecerá.

Destaca o autor que, nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, pode-se auferir sua natureza de regra constatando-se que não se verifica sua prevalência sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada ou não. Tal entendimento pode ser traduzido no enunciado: se no nível dos princípios a dignidade tem precedência, então, ela foi violada no nível das regras¹¹².

Conforme tal entendimento, haveria duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio, sendo que a relação de preferência deste princípio sobre os demais determinaria o conteúdo da regra da dignidade humana. Em outras palavras, o princípio não é absoluto, mas somente a regra, por não necessitar de limitação em face de alguma relação de preferência¹¹³.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 73.

¹¹⁰ MARTEL, LETÍCIA DE CAMPOS VELHO. *Direitos fundamentais indisponíveis - os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, 2010. p 147.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 111.

¹¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 112.

¹¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 113.

Quanto às características da dignidade da pessoa humana, no entanto, não há grande divergências para os autores pois, por se tratar de direito da personalidade, tem como elementos: ser direito subjetivo privado, porque, respeitando às pessoas, como simples seres humanos propõe-se a assegurar-lhes satisfação do próprio ser, físico e espiritual; ser direito não patrimonial, porque não visa uma utilidade de ordem econômica e financeira; ser direito originário ou inato: porque se adquire naturalmente, sem o concurso de formalidades externas; ser direito absoluto, visto que é oponível *erga omnes*, ser direito intransmissível: pois que inerente à pessoa do titular, que dele, assim, não pode dispor; ser direito irrenunciável, porque não pode ser desprezado ou destruído, sendo, desta forma, insuscetível de rejeição e ser imprescritível, porque pode ser exercido a qualquer tempo¹¹⁴.

Pode-se auferir destas características que, como a dignidade da pessoa humana não está condicionada a um determinado estado físico ou clínico, é possível preservar a autodeterminação do paciente de forma preventiva (autonomia prospectiva), por meio de documentos de antecipação de vontade juridicamente válidos¹¹⁵.

Também quanto às diretrizes antecipadas de vontade, como será adiante abordado, tal indeterminação conceitual gera o paradoxo de a dignidade humana legitimar pensamentos diametralmente opostos: sua defesa ou crítica, necessariamente, encontram-se calcadas sob este fundamento: “é em seu nome que alguns reivindicam hoje a legitimidade de comportamentos que outros recusam, devido à intangível dignidade”¹¹⁶.

Como não se pode determinar uma única e absoluta definição de dignidade da pessoa humana, mas, em verdade, diversas conformações de direito justo, a depender das singularidades de cada caso concreto, argumenta Soares¹¹⁷, o problema da delimitação do sentido de uma existência digna deve ser vislumbrado não somente no campo semântico, senão também no plano pragmático do uso da linguagem jurídica, no âmbito concreto das lides ou conflitos de interesse. Para o

¹¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Op. cit.* p. 17.

¹¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Op. cit.* p. 32.

¹¹⁶ MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central.* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.61-62.

¹¹⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. cit.* p. 197.

autor, o exame da dialética concreta de interpretações e argumentações que movimenta o processo jurisdicional possibilita delimitar, com alguma razoabilidade, o consenso momentâneo e pontual sobre o significado conferido por uma dada comunidade jurídica, por meio dos tribunais, ao cânone ético-jurídico da dignidade da pessoa humana.

Porém, ressalta Sarlet¹¹⁸ que, apesar de se tratar de conceito vago e aberto, reclamando uma constante concretização pelos órgãos estatais:

"não se deve renunciar pura e simplesmente à busca de uma fundamentação e legitimação da noção de dignidade da pessoa humana e nem abandonar a tarefa permanente de construção de um conceito que possa servir de referencial para a concretização, já que não se deve olvidar que a transformação da dignidade em uma espécie de tabu (considerando-a como uma questão fundamental que dispensa qualquer justificação), somada à tentação de se identificar apenas em cada caso concreto (e em face de cada possível violação) o seu conteúdo, pode de fato resultar em uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade."

Barboza¹¹⁹ afirma que, para ser digna, a vida deve ter qualidade e que sua avaliação deverá ser feita, preferencialmente, pelo próprio paciente; apesar de ser a dor experiência universal, também é absolutamente singular: já que sua intensidade e significação são íntimas e únicas¹²⁰.

No mesmo sentido, Manuela Fleming¹²¹ afirma que a dor do sofrimento do paciente, quando individualmente o atinge em sua dignidade e auto-estima, arranca o ser à sua existência, retirando o próprio sentido à vida, que se torna intolerável; para a autora, impedir o sujeito de decidir sobre os limites de seu próprio sofrimento, em nome do discurso de que a vida precisa ir adiante, é tolher o ser em sua liberdade, em nome de um mito coletivo.

Há ainda uma corrente que nega a utilidade do conceito de dignidade da pessoa humana na bioética, criticando o uso ambivalente da expressão, bem como a sua indefinição quando aplicada a problemas práticos que envolvem a ética médica, como a morte com intervenção e a reprodução assistida, retirando a objetividade do debate e "pouco acrescentando à solução de desacordos e dilemas morais"; em assim sendo, para tal entendimento, mais adequado seria recorrer

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 50

¹¹⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.* p. 47.

¹²⁰ FLEMING, Manuela. *Dor sem nome: pensar o sofrimento*. Porto: Afrontamento, 2003. p. 22.

¹²¹ FLEMING, Manuela. *op. cit.* p. 22.

diretamente à autonomia e ao respeito pelas pessoas, sendo desnecessário o discurso da dignidade em complexas questões de médicas¹²².

De acordo com esta teoria, a dignidade é um conceito inútil na ética médica e pode ser eliminado sem nenhuma perda de conteúdo¹²³.

Porém, diante de tais considerações doutrinárias, parece que o conceito de dignidade mais adequado ao estudo do testamento vital é aquele citado por Barroso¹²⁴, que se refere à ideia de dignidade como autonomia (baseada na manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros).

Neste sentido, tal dignidade como autonomia deve prevalecer sobre a dignidade como heteronomia (que tem o foco na proteção de determinados valores sociais e no bem do indivíduo auferido por critérios externos a ele).

Assim, considerando-se o instrumento do testamento vital, a dignidade intrínseca (ou seja, aquela medida e valorada pelo próprio ser) deve se sobrepor à dignidade extrínseca, referente aos valores sociais e morais prevalecentes em determinada sociedade.

Corroborando com tal entendimento, constata-se o parecer favorável ao instrumento de Álvaro Vilaça Azevedo¹²⁵, para quem os documentos de antecipação de vontade válidos juridicamente são forma de preservação da autodeterminação do paciente, de maneira preventiva, preservando a dignidade humana independente do estado físico ou clínico do mesmo.

3.1.3 LIBERDADE E AUTONOMIA

São indissociáveis os conceitos de dignidade e autonomia/liberdade, sendo que estas últimas integram a primeira. Autonomia e dignidade, portanto, são considerados nesse estudo como intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados. A dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do

¹²² MACKLIN, Ruth. *Dignity is a useless concept*. British Medical Journal, v.327, 2003. p.1419-1420

¹²³ MACKLIN, Ruth. *Op. cit.* p.1419-1420

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos. *Op. cit.* p. 200.

¹²⁵ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Op. cit.* p. 32.

direito de autonomia. E este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética¹²⁶.

O direito à liberdade constituiu valor primordial assegurado quanto aos direitos humanos, mesmo que, inicialmente, não em benefício de todos, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII.

Desta forma, tal valor foi inicialmente garantido não de forma coletiva, mas relativamente a liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade, tais como o clero e a nobreza, com algumas concessões em benefício do "Terceiro Estado", o povo¹²⁷.

Sarlet¹²⁸, citando Kant, assinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.

A autonomia e dignidade estão intrinsecamente relacionadas e mutuamente imbricadas, visto que a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia¹²⁹; assim, para afirmar que o ser humano tem dignidade, é preciso mostrar que é autônomo, o que implica, necessariamente, ser livre¹³⁰.

No estado Democrático de Direito, possui a liberdade uma dimensão positiva, pois não cabe ao Estado apenas intervir e limitar as liberdades civis, mas, ao contrário, deve o Estado garantir e criar liberdades¹³¹.

Neste sentido, o testamento vital configura liberdade de pensamento, seja ideológica ou religiosa, conferindo dignidade ao modelo de viver; o direito à vida, garantido no art 5o, caput, CF, pressupõe não somente o direito de existir biologicamente; a vida digna é assegurada com o exercício da autodeterminação - autonomia e liberdade de pensamento¹³².

¹²⁶ WEBER, Thadeu. *Autonomia e dignidade humana em Kant*. Direitos Fundamentais e Justiça nº 9 - out/dez 2009.

¹²⁷ COMPARATO, Fábio Conder. *Op. cit.* p.58

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 39.

¹²⁹ WEBER, Thadeu. *Op. cit.* p. 233.

¹³⁰ AGOSTINI, Leonardo. *Autonomia: fundamento da dignidade humana em Kant*. Tese de mestrado apresentada na PUC-RS. Porto Alegre, 2009. Disponível em: http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/13/TDE-2009-09-03T125810Z-2109/Publico/416268.pdf p.54

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.377.

¹³² AZEVEDO, Álvaro Vilaça.p 13.

Assim, a liberdade e a autonomia, para seu exercício efetivo, devem compreender decisões a respeito da própria saúde, como preceitua Stuart Mill, citado por Nery Júnior, *in verbis*¹³³:

“nenhuma sociedade é livre, qualquer que seja a sua forma de governo, se não se respeitam, em geral, essas liberdades. E nenhuma sociedade é completamente livre se nela essas liberdades não forem absolutas e sem reservas. A única liberdade que merece o nome, é a de procurar o próprio bem pelo método próprio, enquanto não tentamos desapossar os outros do que é seu, ou impedir seus esforços para obtê-lo. **Cada qual é o guardião conveniente da própria saúde, quer corporal, quer mental e espiritual.** Os homens têm mais a ganhar suportando que os outros vivam como bem lhes parece do que os obrigando a viver como bem parece ao resto”(grifado).

Neste sentido, Possamai¹³⁴ afirma que a vida não pode tornar-se um dever, uma imposição externa que um indivíduo livre e autônomo deve acatar mesmo contra sua vontade. Ressalta que o utilitarismo preferencial leva em conta as conseqüências dos atos em relação à “felicidade” e ao bem-estar que provocam no mundo e conclui que quando alguém, segundo essa linha de pensamento, autonomamente, desejar morrer (como ocorre nos casos de eutanásia voluntária), ao se desrespeitar tal desejo, estar-se-ia contribuindo para a infelicidade e a não-produção de bem-estar.

Alexy afirma que o conceito de liberdade não é totalmente claro, sendo seu âmbito de aplicação aparentemente ilimitado devido à sua valoração como algo bom ou desejável, inclusive em conotação emotiva¹³⁵.

A despeito dos conceitos filosóficos, sociais e morais de liberdade, a liberdade jurídica pode ser explicada como representação de uma manifestação especial de um conceito mais amplo de liberdade ou como conceito de permissão jurídica, sendo uma qualidade que pode ser atribuída a pessoas, ações e sociedades, caracterizada por uma relação triádica entre um titular, um obstáculo e um objeto de liberdade (alternativa de ação). A liberdade geral de ação consiste no direito de se fazer ou deixar de se fazer o que se quiser – exceto quando proibido

¹³³ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2 ed, Petrópolis: Vozes, 1991, p. 56 in nery junior, escolha esclarecida, p. 13.

¹³⁴ POSSAMAI, Fábio Valenti. *Autonomia e dignidade em Kant e a eutanásia voluntária*. *Kínesis*, Vol. I, nº 02, Outubro-2009, p. 64-72.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 218.

por lei (norma permissiva), bem como, não havendo restrição, no direito à não intervenção do Estado¹³⁶.

A referida liberdade jurídica se expressa quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação (liberdade negativa), ou seja, uma pessoa pode ser considerada livre na medida em que, à mesma, não são vedadas alternativas de ação, sendo-lhe permitido decidir sobre a possibilidade de fazer algo¹³⁷.

Assim, a liberdade positiva pode ser verificada quando o objeto da liberdade é uma única ação e a liberdade negativa consistiria em uma alternativa de ação¹³⁸.

Neste sentido, caso se considere tratar-se o direito à vida de liberdade negativa, restaria aos portadores de doenças graves terminais a opção de prolongar sua existência por meio de tratamentos médicos paliativos, mas também aos mesmos estaria garantido o direito de abreviar seu sofrimento, optando-se pela não submissão a estes mesmos tratamentos, meramente postergatórios de uma morte anunciada.

3.1.4 DO DIREITO À VIDA

A proteção da vida e da integridade física do ser humano pode ser considerada reflexo do instinto de sobrevivência, tendo sido definida como um dos fins do Estado e até mesmo razão de sua existência, muitas vezes associada à noção de um direito natural (no sentido de um direito inato e inalienável do ser humano)¹³⁹.

Para efeitos de proteção jurídica, o conceito de vida é aquele de existência física, ou seja, trata-se critério biológico, consistindo no direito de todos os seres humanos de viverem, biológica e fisiologicamente, durante o lapso temporal que medeia o início da vida humana até a morte.

O direito à vida, no entanto, durante muito tempo, não foi reconhecido no plano do direito constitucional positivo da maior parte dos Estados, tais como nas

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 219.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 222.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 235.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 348.

constituições da Revolução Francesa, que utilizavam apenas o conceito de uma garantia da segurança¹⁴⁰.

A mudança de tal paradigma deu-se com as mudanças provocadas pela II Grande Guerra Mundial, que afetaram o próprio conteúdo e, em parte, também o papel das constituições, influenciada pela Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU (1948) e dos posteriores pactos internacionais para proteção dos direitos humanos¹⁴¹.

Neste contexto, diversos documentos internacionais positivaram um direito específico à vida, protegido por lei, limitando a pena de morte, que passou a ser permitida apenas nos casos de guerra externa ou de atos praticados nos casos de iminente ameaça de guerra, sendo que no Brasil somente a Constituição de 1946 reconheceu o direito à vida mereceu como direito individual¹⁴².

Na atual Constituição brasileira (art. 5º, *caput*) consta expressamente a proteção ao direito à vida, vedada a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, *a*).

Neste sentido, pode-se auferir a natureza dúplice do direito à vida, cabendo ao Estado assegurar tanto o direito de nascer quanto o direito de subsistir ou sobreviver¹⁴³.

Schreiber¹⁴⁴ afirma inexistir qualquer fundamento jurídico em nosso sistema normativo relativo à supremacia do direito à vida sobre os demais direitos fundamentais, ou seja, para o citado autor a Constituição de 1988 não reserva tratamento privilegiado à vida em face de outros interesses pessoais, embora admita que esta possa consistir em uma opção legítima do ponto de vista moral ou filosófico.

Para o referido autor, o texto constitucional reservou papel prioritário à dignidade da pessoa humana, inexistindo qualquer hierarquia entre o direito à vida e outros direitos individuais, ou seja, nenhum destes referidos direitos estaria eivado de caráter absoluto de aplicação, mas sua proteção dar-se-ia apenas enquanto e na

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 348.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 348.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p.349.

¹⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.* p. 542.

¹⁴⁴ Schreiber, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. p. 51.

medida em que se dirigem à promoção da dignidade humana¹⁴⁵; assim, seria a priorização da vida uma “crença”, sem amparo constitucional.

Defende que deve-se reconhecer um direito à morte digna quando esta decisão representar o exercício de outro direito fundamental que se revele capaz de prevalecer sobre a vida na ponderação entre direitos de igual hierarquia (por exemplo, a liberdade religiosa), à luz das circunstâncias concretas e da pessoa considerada em sua individualidade.

Neste sentido, seria intolerável compelir quem quer que seja, contra a sua livre vontade, a receber tratamentos médicos aos quais não deseja se submeter, refletindo tal imposição convicções científicas e religiosas da comunidade médica, em detrimento das convicções do próprio paciente¹⁴⁶.

Pode-se auferir a especial conexão entre o direito à vida e o direito à integridade física (corporal) e psíquica, que possuem desenvolvimento histórico similar ao do direito à vida¹⁴⁷, apesar de se tratarem de direitos autônomos.

Tal autonomia pode ser verificada relativamente à ortotanásia: quando se questiona eventual violação do direito à vida, deve-se, em contrapartida, anotar que aos pacientes devem também ser assegurados o direito à integridade física e mental, verdadeiramente comprometidos nos casos terminais.

Questão crucial sobre o direito à vida, relativamente ao testamento vital, deve ser abordada: tratar-se-ia de direito ou de obrigação de viver?

Deve-se considerar que, diante de dores e tratamentos intoleráveis, atinge-se o ser humano em sua dignidade, sendo o sentimento perante estas dores individual.

Fleming¹⁴⁸ destaca que a decisão dos limites de sofrimento deve ser atribuída ao sujeito que deste padece, pois seria o único a precisar os limites de dor que o consomem, não se podendo desprezar o sujeito em nome do discurso de que a vida precisa ir adiante.

Ressalta a autora duas causas para se buscar o manejo da vida a qualquer custo, mesmo quando não mais pode ser qualificável como uma vida em condições dignas: o discurso ideológico da medicina, com promessas de tratamentos curativos,

¹⁴⁵ Schreiber, Anderson. *Op. cit.* p. 52.

¹⁴⁶ Schreiber, Anderson. *Op. cit.* p. 52.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 356.

¹⁴⁸ FLEMING, Manuela. *Dor sem nome: pensar o sofrimento*. Porto: Afrontamento, 2003. p. 22.

milagrosos e caros e sua influência no Direito, inclusive influenciando os limites entre o público e o privado¹⁴⁹.

Sarlet¹⁵⁰ afirma que a relação do direito à vida com outros direitos fundamentais é especialmente forte em relação à dignidade da pessoa humana, seja em função do valor da vida para a pessoa e para a ordem jurídica, seja pelo fato de a vida ser o substrato fisiológico e existencial da própria dignidade, conforme a premissa de que toda vida humana é digna de ser vivida.

Para o autor, no entanto, por mais forte que seja esta conexão entre dignidade e vida, tratam-se de direitos fundamentais autônomos, que podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar interrupção da gravidez ou mesmo a eutanásia¹⁵¹.

Maria Helena Diniz¹⁵², em entendimento diverso, discorrendo sobre o tema, afirma que os pacientes não podem dispor, em testamento vital, acerca do suicídio assistido, bem como da eutanásia ativa ou passiva, pois, para a referida autora, a vida é um bem indisponível, não podendo a ele se sobrepor a liberdade de querer morrer; ressalta que a vida é protegida pela Constituição Federal, não podendo sofrer qualquer mitigação ou violação.

Diante de tal entendimento, cria-se um paradoxo: pretende-se, por um lado, que a vida seja boa (digna), porém, em determinadas circunstâncias – quando a manutenção da vida se dá por aparelhos, por exemplo, sem chance de retomada da saúde, seu prolongamento acaba também sendo considerado vida.

Diante destas considerações, além da posição majoritária da doutrina e jurisprudência de inexistirem princípios absolutos, inclusive o direito à vida, pode-se concluir que não há um “dever” ou obrigação de manutenção da vida por parte daqueles que sofrem de doenças incuráveis e se encontram acometidos de sofrimento que afronta a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, não haveria verdadeira obrigação constitucional de manutenção da vida por meio de aparelhagem e procedimentos médicos quando

¹⁴⁹ FLEMING, Manuela. *Op. cit.* p. 22.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 353.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 353.

¹⁵² DINIZ, Maria Helena. *Breve reflexão sobre a Resolução CFM nº 11.995/2012 relativas às diretivas antecipadas da vontade* in DINIZ, Maria Helena coord. *Atualidades jurídicas*, vol. 6. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 166.

inexistentes reais chances de cura e quando presentes dor e sofrimento de tal monta que tornem a vida eivada de dignidade.

Analisadas características dos princípios em geral e em espécie (aqueles de maior interesse para a discussão acerca da validade/legalidade/constitucionalidade do testamento vital), passa-se ao estudo da ponderação de princípios em conflito, conforme a teoria de Robert Alexy, buscando-se proceder a valoração dos mesmos em juízo de ponderação, no âmbito do testamento vital, a fim de, possivelmente, se verificar a real colisão entre tais princípios e, em caso afirmativo, quais destes devem prevalecer, em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

3.2 A PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Diante da constatação, conforme anteriormente estudado, do possível conflito entre direitos fundamentais na aplicação e verificação da conformidade de validade do testamento vital com o ordenamento jurídico pátrio, mister se faz determinar se há verdadeira colisão entre princípios constitucionais quanto à matéria e, em caso positivo, como adequadamente solucionarem-se tais conflitos.

Elegeu-se, para tanto, o critério de solução das colisões de princípios por meio da máxima proporcionalidade, de Robert Alexy, que parte de uma análise tradicionalmente usada para distinguir regras de princípios (considerando-se a análise quantitativa da generalidade), para, então, desenvolver seu próprio critério: o dos princípios como comandos de otimização, que exigem a máxima realização possível, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas¹⁵³.

Neste contexto, estudar-se-ão as colisões de princípios propostas pelo autor, por meio das três máximas parciais, a saber: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito¹⁵⁴.

Assim, buscar-se-à, por meio da teoria de ponderação de interesses se verificar/solucionar a colisão entre princípios no cerne do testamento vital,

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 41.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 41.

considerando-se que os direitos fundamentais, como princípios, mandamentos de otimização, devem ser efetivados em medida tão alta quanto fática e juridicamente possível¹⁵⁵.

Destaca Alexy¹⁵⁶ que, quando dois princípios colidem (quando algo é proibido conforme um princípio e permitido de acordo com outro), um destes terá que ceder, não significando, contudo, que o princípio cedente seja inválido, ou que nele será inserida uma cláusula de exceção. A precedência, então, somente se dá diante de determinadas condições, ou seja, por vezes determinado princípio prevalecerá e, diante de situações diversas, poderá ser mitigado frente a outros princípios.

Tendo as Constituições contemporâneas positivado uma série de princípios, muitas vezes o atendimento pleno de um princípio esvazia o sentido de um segundo, já que estes podem, por exemplo, impor vedações ao Poder Público (dever de não fazer) ou preconizar o cumprimento de deveres positivos, não podendo ser atendidos simultaneamente e, por consequência, sendo necessário conciliá-los para sua aplicação proporcional¹⁵⁷.

Insta salientar que nenhum dos princípios goza de prioridade *de per se*; os conflitos, dessa feita, somente podem ser resolvidos por meio de sopesamento de interesses conflitantes, de maneira a se definir quais destes interesses possuem peso maior no caso concreto, já que, abstratamente, possuem mesma hierarquia¹⁵⁸.

No contexto do testamento vital e de outros casos limítrofes da vida, tais como a utilização de células-tronco em pesquisas científicas, o aborto de fetos anencéfalos e a recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, conforme anteriormente estudado, vislumbra-se a ocorrência, pelo menos em tese, de conflito, primordialmente, entre a dignidade da pessoa humana, a liberdade e autonomia e o direito à vida.

Na verificação da prevalência entre tais direitos deve ser considerada sua máxima efetividade, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização.

Pode-se auferir que, quando isoladamente considerados, a aplicação dos princípios geraria contradição, ou seja, em sua aplicação concreta, um princípio restringiria a aplicação de outro, sendo a solução para tal colisão o estabelecimento

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 110

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 93.

¹⁵⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *op. cit.* p. 165.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 94.

de uma relação de precedência condicionada entre os mesmos princípios, consistente na fixação de condições sob as quais um princípio prevaleceria sobre outro¹⁵⁹.

No âmbito do testamento vital, a aplicação do conceito de relação de procedência condicionada pode ser assim exemplificado, conforme a teoria de Alexy¹⁶⁰: o direito à vida e à saúde serão chamados de P1 e a liberdade e autonomias individuais de P2. Quando analisados isoladamente, P1 e P2 levariam a juízos contraditórios entre si: P1 levaria a: “é obrigatória a manutenção da vida, devendo-se esgotar todos os recursos disponíveis para sua manutenção” e P2 a: “cabe ao paciente, desejando, optar por tratamentos aos quais aceita ou não se submeter”.

Desta forma, a atividade da ponderação significa atribuir peso ao grau de interferência de um princípio, levando-se em consideração a importância do cumprimento do outro para, então, verificar qual deles é “maior”. Sendo o princípio, para Alexy, norma que não prescreve uma conduta específica face a uma hipótese de incidência determinada, mas consagra um mandamento de otimização, a proporcionalidade não seria um princípio, mas uma regra jurídica¹⁶¹.

Para Hugo de Brito Machado Segundo¹⁶², no entanto, a proporcionalidade não decorre de uma norma jurídica, mas da própria positividade dos princípios, não se tratando de mandamento de otimização e não podendo ser relativizada em face de outros princípios.

Por meio da ponderação, ensina Alexy¹⁶³ que a colisão poderia ser resolvida estabelecendo-se uma relação de precedência incondicionada ou condicionada; ressalta, porém, que nas relações incondicionadas nenhum dos interesses goza de precedência sobre o outro, visto que considerados de forma abstrata, ou seja, somente em uma relação de procedência concreta ou relativa poder-se-ia determinar qual princípio deva prevalecer. Assim, no caso concreto, deve-se valorar se o princípio P1 tem um peso maior que o princípio P2, analisando se há razões suficientes para que o mesmo prevaleça sob determinadas condições.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 96.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 96.

¹⁶¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 168.

¹⁶² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 168.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 97.

Caso se parta da condição que estabeleça que dignidade da pessoa humana engloba não somente o direito à vida digna, mas também ao seu término de forma digna, poder-se-ia formular uma regra, de redação: “se as condições de saúde de um paciente são graves e irreversíveis, de maneira a lhe impor sofrimento desmedido e torturante, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, o direito à vida em tais condições deve ser mitigado frente à liberdade individual”.

Assim, para que se decida qual dos princípios deve ceder, deve-se realizar sopesamento dos valores constitucionais em conflito, levando-se em conta tanto o caso concreto quanto suas circunstâncias especiais; deve-se partir do pressuposto que as duas normas, quando consideradas isoladamente, levam a resultados contraditórios entre si e que nenhuma delas é inválida ou possui preferência sobre a outra, valendo a decisão de precedência à luz do caso concreto¹⁶⁴.

Assim, utilizando-se da proporcionalidade, é possível controlar a relação entre meios e fins pela ponderação dos valores constitucionalmente positivados relativos ao problema, verificando-se que, mesmo que o meio seja adequado e necessário, deve-se ainda ponderar se o princípio por ele prestigiado não está sendo sobreposto a outros de mesma relevância, bem como se estão sendo impostos os menores sacrifícios aos princípios que com ele se chocam¹⁶⁵cedentes.

Conforme tal entendimento, pode-se deduzir, então, que o conceito de colisão entre princípios pressupõe que os mesmos sejam válidos, ou seja, não se pode considerar existirem princípios extremamente fracos, que nunca prevalecem sobre os outros. Além disso, pode-se afirmar, também, que não se pode considerar qualquer princípio como absoluto no teorema da colisão, sob pena de invalidade deste, inexistindo princípios a serem considerados “fortes”, ou seja, que possuam precedência aos demais.

Nem mesmo o princípio da dignidade humana possui caráter absoluto, pois, apesar de, em certas circunstâncias, prevalecer com maior grau de certeza sobre outros princípios, isto apenas significa que, em determinadas condições, há razões jurídicas e constitucionais que se mostram praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade da pessoa humana¹⁶⁶.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 100.

¹⁶⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 170.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 114.

Na solução de colisões entre princípios deve-se, ainda, considerar a máxima proporcionalidade, regida pela verificação de três requisitos: adequação, necessidade (utilização do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (caracterizada pela exigência de sopesamento). Ressalte-se que, entre os princípios relevantes para decisões de direitos fundamentais, devem-se considerar tanto aqueles referentes a direitos individuais quanto coletivos, sendo impossível qualquer ordenação rígida pré-estabelecida de prioridade; no entanto, defende Alexy que é possível uma ordenação flexível dos valores ou princípios, seja por meio de preferências *prima facie* em favor de determinado princípio ou valor (quando se pressupõe uma carga argumentativa a determinado princípio), seja por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências (como na jurisprudência do Superior Tribunal Federal)¹⁶⁷.

A aplicação da teoria do sopesamento sofre críticas por não se sujeitar a um controle racional, já que os valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, ou seja, restar-se-ia diante do arbítrio daquele quem sopesa, longe do controle por meio de normas e métodos. Como consequência, criar-se-ia amplo espectro de subjetivismo e decisionismo dos juízes. No entanto, defende Alexy que o verdadeiro sopesamento deve levar, sempre, a um resultado único e inequívoco, baseado em um modelo fundamentado (de forme racional) e não decisionista, refutando tal argumento¹⁶⁸.

Para Hugo de Brito Machado Segundo¹⁶⁹, os princípios não se excluem ou se confundem, devendo ser somados na difícil tarefa de conter os abusos do Poder Público, ressaltando que a Constituição brasileira contém princípios fundamentais que conferem grande abertura ao sistema jurídico.

Para utilização adequada do sopesamento, deve-se seguir a denominada “lei do sopesamento”, que prevê que quanto maior for o grau de não-satisfação de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Em outras palavras, a medida permitida de não-satisfação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro, sendo que o peso dos

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 162.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 164.

¹⁶⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 170.

princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta, mas sempre considerados de forma relativa¹⁷⁰.

O sopesamento constitucional deve, então, basear-se não no valor atribuído por alguém aos diversos princípios, mas se refere à definição de qual *deve ser* a importância a ser conferida aos mesmos.

Deve-se, então, considerar o grau ou a intensidade da não-satisfação de um princípio frente ao grau de importância da satisfação do outro, não se tratando o sopesamento de uma questão de tudo-ou-nada ou de um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro de forma precipitada, mas em uma tarefa de otimização, resultando em um enunciado de preferências condicionadas, correspondente a uma regra de decisão diferenciada, fundamentada de forma racional¹⁷¹.

O princípio da proporcionalidade, portanto, é o método de conciliação de princípios entre conflito, assim como os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade devem dirimir os conflitos entre regras¹⁷².

Assim, em oposição às críticas relativas ao tema, Alexy defende que a lei de colisão corresponde a uma regra de grau de concretude relativamente alto e que o sopesamento conduziria à conclusão de que é necessário definir uma relação condicionada de preferência, desconfigurada a discricionariedade e o subjetivismo das decisões¹⁷³.

Hugo de Brito Machado Segundo¹⁷⁴ afirma que, atualmente, questão de grande relevo consiste em verificar-se se é possível deixar de aplicar a técnica de ponderação, por meio da aplicação da proporcionalidade, considerando-se as críticas de que sua prática permitira decisões judiciais arbitrárias, comprometendo a segurança do direito.

Ocorre que, de acordo com Alexy¹⁷⁵, as colisões de direitos fundamentais nascem quando o exercício dos mesmos têm repercussões negativas sobre os direitos fundamentais de outros titulares, ou seja, no estudo do teste de vitalidade deve-se considerar que, ao dispor sobre os tratamentos a que sujeita submeter, o

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 167.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 169.

¹⁷² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.* p. 164.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 175.

¹⁷⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Ponderação de princípios - há como afastá-la?* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 26 : jan/jun 2008. p. 161.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 57

paciente está exercendo seu direito público e subjetivo de liberdade, pois está se negando a realizar práticas atentatórias à sua dignidade, conduta esta que, em nenhuma hipótese, atenta contra direito fundamental de outrem¹⁷⁶.

Assim, quanto à colisão entre o direito de escolha à não submissão a tratamentos meramente procrastinadores da morte, sem condições de cura, e a preservação do bem jurídico vida, direito fundamental coletivo da sociedade, deve-se discutir se há verdadeiro conflito.

Tais pacientes encontram-se em estado terminal, sem possibilidades clínicas de recuperação e buscam evitar sofrimento desnecessário diante da inevitabilidade de sua condição física irreversível.

Neste sentido, a Suprema Corte do Estado do Mississippi (EUA), decidiu que cada pessoa tem o direito à sua integridade e à inviolabilidade de seu direito à liberdade de escolha, ou seja, direito à autodeterminação do próprio corpo¹⁷⁷.

Posto isso, não poderia o médico impor ao paciente determinados tratamentos cujos riscos e sofrimentos são consideráveis, em desrespeito ao direito personalíssimo de escolha de submissão ou não tais tratamentos, expressão do direito de autodeterminação a todos inerente.

Para Barboza¹⁷⁸ a ponderação entre os direitos constitucionalmente assegurados à vida e à liberdade deve ser feita considerando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, defendendo inclusive que a dignidade da vida deve prevalecer sobre a interpretação religiosa da "sacralidade" da vida.

Afirma a referida autora que, quando a vida passa a ser um martírio, não havendo qualquer tratamento que evite a morte, o sujeito que sofre é o legitimado a decidir sobre seu próprio destino¹⁷⁹.

Os princípios em colisão, nos testamentos vitais, podem ser basicamente resumidos no direito à vida *versus* a autonomia/liberdade e dignidade da pessoa humana, já anteriormente estudados.

No entanto, algumas considerações devem ser feitas na análise da ponderação de tais princípios: o direito à vida não pode ser considerado absoluto, ou seja, sempre prevalente sobre os demais.

¹⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op cit.* p. 17

¹⁷⁷ Supreme Court of Mississippi, 478 So 2d 1033 in Re Brown, 1985.

¹⁷⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.* p. 47.

¹⁷⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.* p. 47.

Além disso, conforme anteriormente citado, pode-se interpretar que tal direito possui outras limitações, quais sejam, se refere a uma vida digna, não compreendendo a manutenção dos órgãos vitais às custas de dor e sofrimento desmedidos dos pacientes.

Além disso, cite-se que o direito à vida não pode ser considerado um dever a ser “cumprido” pelos enfermos a qualquer custo, sob pena de lesão à sua dignidade.

Deste modo, não se pode olvidar inexistir lesão a direitos de terceiros no âmbito dos testamentos vitais, ou seja, o conflito entre direitos, caso verificado, refere-se unicamente à pessoa acometida de mal irremediável, não se podendo admitir intervenção estatal, em nome do bem coletivo, que imponha tratamentos àqueles que se recusam.

Conforme tal entendimento, a dignidade aqui valorada deve ser a intrínseca, relativa unicamente ao sujeito e seus valores, não se podendo considerar a dignidade extrínseca, que diz respeito à sociedade e ao bem comum.

Isto porque deve-se considerar que somente aquele que se encontre, atual ou futuramente, em situação extrema de debilidade física e psíquica, ou na sua iminência, possa deliberar sobre os limites de tratamentos a que consiga ou deseje se submeter sem comprometimento de sua própria dignidade.

A liberdade e autonomia privada, neste contexto, são plenamente efetivadas quando tal vontade é cumprida, devendo se considerar inviável, conforme já exposto, a imposição de sujeição de tratamentos pelo Estado.

Isso posto, pode-se concluir que a elaboração e cumprimento do testamento vital não traz em si verdadeiro conflito de princípios, tendo em vista que tais disposições tornam efetivos o direito à vida (e morte - dignas), à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Assim, da análise da possibilidade de abreviar a vida dos pacientes terminais por sua expressa vontade, verifica-se não haver verdadeira colisão de direitos fundamentais, evidenciada quando, segundo um princípio, algo está proibido e, segundo outro, permitido¹⁸⁰.

Neste contexto, conforme preceitua Alexy, na análise do caso concreto deduz-se não haver princípio que deva prevalecer sobre outro, nem uma relação de

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 89.

precedência condicionada¹⁸¹, pois todos os princípios citados podem ser cumpridos sem prevalência sobre os demais.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar os julgados relativos aos casos limites da vida, estudados anteriormente, e a possível aplicação de seus fundamentos ao testamento vital, de maneira a se buscar maior embasamento para a validação deste.

3.3 DA APLICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DOS CASOS JULGADOS RELATIVOS AOS LIMITES DA VIDA À ORTOTANÁSIA E O TESTAMENTO VITAL

Realizado o estudo do testamento vital à luz da teoria da ponderação de Robert Alexy, o presente item abordará a análise dos julgados dos Tribunais Superiores relativos a casos limites da vida, tendo em vista a reciprocidade de sua aplicação à ortotanásia e ao testamento vital, de forma a se buscar o arcabouço jurídico de embasamento de tais decisões, que possa validar tais institutos, no âmbito do direito pátrio.

Cite-se a laicidade estatal, ou seja, a não interferência religiosa/moral quanto à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos e à utilização de células tronco em estudos científicos, pode ser perfeitamente transposta para a análise da conformidade da ortotanásia com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nos referidos julgados, de forma incisiva, os Tribunais afastaram de forma veemente qualquer possível influência de valores sacros à resolução de tais conflitos de limites da vida, invocando o Estado Laico garantido constitucionalmente.

Pode-se auferir que tal valoração também se faz necessária nos casos de ortotanásia e do testamento vital porque, quanto à abreviação da vida, quando a morte é inevitável e já existe um grande sofrimento do doente, há forte oposição por parte de grupos religiosos, sob a alegação de estar-se cometendo um pecado mortal contra Deus¹⁸².

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Op.cit.* p. 90.

¹⁸² ZIMERMAN, David. *A dignidade diante da morte, sob a ótica de um psicanalista in* PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010. p. 127.

Zimerman¹⁸³ cita caso de grande repercussão mundial, em que um pai optou por acelerar a morte de sua filha, com morte cerebral, como um "gesto humanitário", sofrendo forte oposição da igreja católica.

Verifica-se, diante da identidade dos temas: limites da vida diante da anencefalia (aborto de anencéfalos) e das doenças terminais debilitantes (ortotanásia), a inaplicabilidade das discussões moral/religiosa no âmbito judicial.

Em resumo, aplicando-se analogicamente a decisão do STF sobre o aborto de anencéfalos e de utilização de células tronco aos casos de ortotanásia, pode-se auferir que a atitude médica que limita/suprime os tratamentos e medicações àqueles que estão em grande sofrimento, acometidos de doenças terminais graves, em cumprimento às próprias disposições destes pacientes, não poderá ser imputada criminosa meramente com base em conceitos religiosos e morais.

Nos casos de ortotanásia, os princípios em conflitos se referem à mesma pessoa: o paciente terminal que não deseja se submeter a tratamentos meramente paliativos, desejando morrer de forma a não afrontar sua dignidade.

O direito à vida na ortotanásia, quando comparado nos casos de aborto de anencéfalos, possui a peculiaridade de não conflitar com interesses de terceiros diretamente ligados à questão, podendo-se também nestes casos ponderar quais princípios inerentes a estes indivíduos deverão prevalecer: o direito à vida ou os direitos à autonomia, liberdade e dignidade.

Cumprido ressaltar que, para o STF, conforme entendimento acima exposto, relativo ao aborto de fetos anencéfalos, o direito à vida não possui caráter absoluto.

Quanto aos princípios evocados e considerações feitas a respeito do aborto de anencéfalos na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.510/DF, pode-se verificar que há grande identidade entre o tema e a ortotanásia, tendo em vista que, na análise de ambos, faz-se necessária ponderação entre os direitos à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade em relação ao direito à vida.

Verifica-se que aqueles pacientes em estado grave encontram-se eivados de bem-estar físico, mental e social, ou seja, os esforços ou tratamentos médicos alcançaram seu limiar, sendo impossível garantir o direito à saúde.

Diferentemente do caso do aborto de anencéfalos, não há aqui conflito de direitos de pessoas distintas; a ponderação se dá entre direitos do mesmo indivíduo.

¹⁸³ ZIMERMAN, David. *Op. cit.* p. 127.

Deve-se considerar, nesta ponderação, que a imposição de tratamentos médicos, muitas vezes dolorosos, não trará a cura de tais indivíduos, mas somente postergará o episódio morte.

Assim, a manutenção forçosa da vida, tanto no aborto de anencéfalos quanto nos pacientes terminais, pode resultar em graves consequências psicológicas que, em alguns casos, pode se assemelhar à tortura, respectivamente, das gestantes e dos indivíduos doentes.

Pode-se vislumbrar, neste contexto, que em ambos os casos o limiar da dor e do sofrimento só pode ser devidamente auferido por aqueles que se vivenciam tais situações.

Se, no âmbito judicial decidiu-se que o Estado e a sociedade não poderiam se imiscuir no direito da gestante de fetos anencéfalos à sua própria integridade corporal e à tomada de decisões sobre seu próprio corpo, parece plausível que o mesmo se aplique aos pacientes com doenças graves irreversíveis.

Isto porque, conforme anteriormente citado, o conflito entre direitos, nestes casos, concentra-se em um único indivíduo; não há que se falar em prejuízos ou lesões a terceiros.

Ao decidir pela não submissão a determinados tratamentos, o paciente não causa qualquer transtorno ou lesão a outras pessoas, mas define para si os limites de sofrimento a que deseja ou permite se sujeitar.

Assim, tendo ficado decidido na ADI acima estudada que não podem o Estado ou a sociedade impor às gestantes de fetos anencéfalos a manutenção da gravidez, baseados em sua autodeterminação, liberdade, privacidade e dignidade, com mais razão aos pacientes terminais não seria possível impor a submissão a determinados tratamentos, de forma a causar-lhes sofrimentos desnecessários e não desejados.

Desta forma, seguindo tal linha de pensamento, também nos casos de ortotanásia a decisão do doente deveria prevalecer em relação aos anseios do Estado e da sociedade na manutenção da vida, em respeito aos princípios constitucionais também evocados para o aborto de anencéfalos: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autodeterminação e o direito de privacidade.

Finalmente, também a afirmação do relator da referida ADI, em seu voto, de que compete ao STF assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, aliviando sofrimento maior, evitável e infrutífero, de forma a permitir o

aborto de anencéfalos, parece coadunar com a legalidade do instituto da ortotanásia.

Isto porque, também nestas situações, vislumbra-se que a decisão a respeito dos limites da vida nas doenças terminais caberia àqueles diretamente interessados, não podendo o Estado impor sofrimento desnecessário e ineficaz aos pacientes terminais.

Neste sentido, o acórdão da Apelação Cível nº 70054988266 (nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000), da Comarca de Viamão¹⁸⁴, no qual paciente, acometido de necrose em membro inferior, recusou-se a se submeter à amputação de seu pé, sob a alegação de que a morte seria um alívio ao seu sofrimento profundo, merecendo destaque o fato de verificar-se que sequer se tratar de acometimento, pelo paciente, de mal incurável, tendo em vista a possibilidade de reversão do quadro caso realizada a cirurgia.

Assim, verificado o conflito entre o direito à vida e à saúde *versus* a liberdade e dignidade do paciente, vislumbra-se que a decisão judicial elegeu a vontade do paciente, em respeito à sua autonomia, como valor a prevalecer no caso concreto, impedindo o Estado de obrigar o indivíduo a se submeter a tratamento de forma impositiva e unilateral, mesmo havendo possibilidade de melhora em caso de submissão ao referido tratamento médico proposto, qual seja, a amputação do membro comprometido.

No caso em tela, insta salientar que o paciente não possuía doença terminal e, apesar disso, decidiu-se que não se poderia obrigar o paciente a realizar a cirurgia mutilatória, salientando-se, na decisão judicial, que o direito à vida, em

¹⁸⁴ APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.

relação ao seu titular, não seria absoluto, ou seja, que não existiria a obrigação constitucional de viver.

Tal afirmativa foi exemplificada com a inexistência de criminalização, no Código Penal, da tentativa de suicídio.

Posto isso, pode-se concluir, da análise dos princípios valorados na ADI 54, que também aos enfermos deve restar garantido o direito de autodeterminação sobre tratamentos a que se deseja ou não se submeter, podendo tal direito ser exercido por meio do testamento vital.

Em interpretação analógica quanto ao aborto de anencéfalos, vislumbra-se não ser o direito à vida absoluto, devendo coadunar-se com o conceito de vida digna, não podendo o Estado impor tratamentos não desejados aos pacientes terminais.

No tocante à utilização de embriões em estudos científicos, prevista na Lei de Biossegurança, declarada constitucional nos termos da ADI 3510, pode-se auferir do voto do Ministro Relator importante análise a respeito do fim da vida e da personalidade natural do ser humano.

No referido voto, consignou-se que, com a constatação médica de morte encefálica, finda-se a personalidade humana, considerando-se que na vida irreversivelmente assegurada por aparelhos já não há pessoa humana, eivada que se encontra do aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar.

Tais considerações são especialmente importantes no estudo da ortotanásia, tendo em vista que, em disposições por meio de testamento vital em que o paciente determine a opção por não sujeição à vida vegetativa, não haveria qualquer impedimento de ordem jurídica para o cumprimento de tal vontade, pois para o Direito, não mais se poderia atribuir personalidade natural a tal indivíduo.

Além disso, insta ressaltar o voto do Ministro Celso de Mello, segundo o qual a utilização de células-tronco em pesquisas científicas poderá permitir o "exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado"; transpondo-se tal afirmação para o âmbito da ortotanásia, vislumbra-se que, não se podendo considerar o direito à vida absoluto e conferindo-se a todos, indistintamente, o direito a uma vida digna, estaria a ortotanásia devidamente em conformidade com os princípios constitucionais.

Finalmente, quanto à transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, verifica-se haver uma diferença crucial quando comparada aos testamentos vitais.

No primeiro caso, as chances de vida são concretas e reais, dependentes do referido tratamento, ou seja, o direito à vida verdadeiramente colide com a liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana.

Não se pode, também, afirmar com segurança que a decisão pela obrigatoriedade de atuação médica seria a mesma caso a negativa de tratamento se desse por parte do próprio paciente, maior e capaz. Isto porque parece ser incompatível com a dignidade humana o Estado obrigar o paciente a receber tratamento médico em desrespeito às suas convicções religiosas.

Devem-se considerar, além disso, que o tratamento por meio da transfusão de sangue garantiria reais chances de cura, fato este inexistente na ortotanásia, ou seja, na análise do testamento à luz de tal decisão deve-se considerar que não há condições de reversão do quadro de saúde daqueles pacientes, não existindo colisão entre o direito à vida e a liberdade e a dignidade da pessoa humana, conforme a teoria da ponderação de Robert Alexy, conforme anteriormente estudado.

Realizadas tais considerações, que corroboram no sentido da validade e aplicabilidade do testamento vital no âmbito do Direito brasileiro, serão feitas, em seguida, reflexões sobre a constitucionalidade dos dispositivos infralegais que atualmente regem o tema, a despeito da falta de legislação específica sobre a matéria, a fim de possivelmente vislumbrar-se a amplitude de sua aplicação fática.

3.4 REFLEXÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS DISPOSIÇÕES INFRALEGAIS RELATIVAS À ORTOTANÁSIA E AO TESTAMENTO VITAL

Diante do fenômeno da inércia do Poder Legislativo em regulamentar temas de alta complexidade, verifica-se, conforme citado anteriormente, que diversos órgãos e entes vem se utilizando destas lacunas normativas para criar normas infralegais tratando de temas que, por sua natureza, generalidade, abstração e

efeitos *erga omnes*, deveriam ser tratados por lei.

Desta forma, tais órgãos/entidades vem normatizando assuntos de alta complexidade, sem contar com qualquer previsão constitucional, legal, e tampouco delegação específica, ou seja, atuando sem respaldo legal ou constitucional¹⁸⁵.

Verifica-se que a Resolução nº 1.995/2012, que trata da ortotanásia, é um reflexo do fenômeno do aumento da atividade normativa administrativa¹⁸⁶ e cria direitos e deveres não somente para os profissionais de saúde, mas também para seus pacientes, gerando efeitos amplos e gerais.

Neste sentido, discutiu-se a constitucionalidade de tal Resolução na ação civil pública nº 1.18.000.001881/2012-38, proposta pelo Ministério Público Federal de Goiás em face do Conselho Federal de Medicina-CFM, relativamente ao conteúdo constitucional.

A demanda teve por objetivo lograr provimento judicial que, em caráter incidental, declarasse a inconstitucionalidade e ilegalidade da referida Resolução, pois, conforme o entendimento do Ministério Público, este dispositivo:

a pretexto de normatizar a atuação de profissionais da medicina frente à terminalidade da vida de seus pacientes, extravasa os limites do poder regulamentar, impõe riscos à segurança jurídica, alija a família de decisões que lhe são de direito e estabelece instrumento inidôneo para o registro de “diretivas antecipadas de pacientes”.

Para o Ministério Público Federal goiano, ao editar a referida Resolução, o Conselho Federal de Medicina afrontou formal e materialmente as normas constitucionais e legais pertinentes.

Entre as inconstitucionalidades arguidas, elencou-se vício formal por extravasamento do poder regulamentar, pois seu o exercício deveria decorrer de lei. Assim, não poderia o Poder Público, ao exercer tal poder, desbordar dos limites materiais e formais impostos pelas normas de maior hierarquia, tendo em vista possuir o ordenamento jurídico um sistema escalonado de normas, em que as inferiores devem guardar respeito àquelas que lhes são superiores.

¹⁸⁵ HIJAZ, Tailine Fátima Hijaz; CONTI, Paulo Henrique Burg. *O papel da regulação em aspectos sensíveis do biodireito: um estudo de caso do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/index.php/seminariocsa/article/viewFile/655/646>. Acesso em 15 jan 16.

¹⁸⁶ HIJAZ, Tailine Fátima Hijaz; CONTI, Paulo Henrique Burg. *Op. cit.* Acesso em 15 jan 16.

Desta forma, salientou o Ministério Público que o poder de expedir resoluções, conferido pelo ordenamento jurídico ao órgão de classe, tem amparo na Lei nº 3.268/1957 que, em seu artigo 5º, “d”, lhe confere poderes para disciplinar a atuação ética dos profissionais da medicina; ao expedir a Resolução nº 1.995/2012, o CFM, no entender do Ministério Público, exerceu atividade normativa para além dos limites que lhe foram impostos pela citada lei.

Com efeito, as disposições contidas na normativa teriam extravasado os lindes da disciplina ética da medicina, notadamente por transcenderem a relação médico-paciente, possuindo repercussões familiares, sociais e nos direitos de personalidade. que escapariam ao poder de normatização do órgão de classe.

Ressaltou o *parquet* que o ambiente democrático adequado, construído pela Constituição da República, para discussão do testamento vital seria o Congresso Nacional, consoante seu artigo 49, *caput*, que defere ao Poder Legislativo federal “dispor sobre todas as matérias de competência da União”, dentre as quais se incluem os direitos de personalidade – subdivisão acadêmica do direito civil (artigo 22, I), as condições para o exercício de profissões (artigo 22, XVI) e saúde, jungida à seguridade social (artigo 22, XXIII).

A regulamentação da ortotanásia pelo Conselho Federal de Medicina também foi abordada na ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3, proposta pelo Ministério Público Federal, julgada na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, relativamente à edição da Resolução nº 1.805/2006 pelo CFM.

A manifestação judicial, a despeito do acima exposto, foi no sentido de constitucionalidade material da Resolução nº 1.995/2012:

Igualmente, em exame inicial, entendo que a Resolução é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício.¹⁸⁷

Para Mello¹⁸⁸, em sentido diverso, a utilização indiscriminada de atos administrativos normativos mitiga o processo legislativo, onde as leis são discutidas e votadas em parlamento, possuindo um grau aceitável de controlabilidade,

¹⁸⁷ BRASIL. Justiça Federal do Estado de Goiás. Decisão Liminar em Ação civil pública nº 000103986.2013.4.01.3500. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=c15a36d043d11f05e27321dd3fbf227d&trf1_captcha=gjqt&enviar=Pesquisar&secao=GO&proc=10398620134013500>. Acesso em: 01 maio 2015.

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa, congregando várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas e diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social.

Para o autor, as leis são fruto de contemperamento entre essas variadas tendências, ganhando um grau de proximidade em relação à média do pensamento social predominante muito maior do que ocorreria caso fossem a simples expressão unitária e uma vontade individual, embora representativa, das facções sociais; já os regulamentos careceriam de tudo isso, pois em regra são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma e sem qualquer fiscalização.

Segundo Rodrigues, se nem mesmo a lei delegada pode limitar ou restringir direitos individuais, então menos ainda poderiam tais direitos ser objeto de regramento mediante regulamentos da Administração Pública¹⁸⁹.

André Gonçalo Dias Pereira¹⁹⁰ afirma que, também em Portugal, o tema é muito discutido, pois, para parte da doutrina, apesar de sua relevância para a concretização de cláusulas gerais de direito civil, as normas de deontologia médica possuem somente eficácia interna. O referido autor cita que, para a escola de Lisboa, tais normas são válidas e consideradas costumes ou normas corporativas.

No entanto, conclui que, independentemente da definição de sua natureza, a normatização médica deontológica deve necessariamente se subordinar à legislação ordinária e, por potencialmente limitar direitos civis, exige controle efetivo pelas instâncias judiciárias¹⁹¹.

A referida norma, posteriormente revogada pela Resolução nº 1.995/2012, tratava da ortotanásia, permitindo ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolongassem a vida de pacientes terminais, acometidos por enfermidades graves e incuráveis, caso houvesse o consentimento do próprio paciente ou de seu representante¹⁹².

A decisão liminar da ação civil pública se deu no sentido de que a Resolução nada mais seria do que uma norma corporativa, situada em um plano claramente

¹⁸⁹ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador:n.17, 2008. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: mar. 2010.

¹⁹⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Op. cit.* p. 100.

¹⁹¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Op. cit.* p. 102.

¹⁹² PEREIRA, Tânia da Silva. *O direito à plenitude da vida e possibilidade de uma morte digna* in PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010. p. 5.

inferior ao Código Penal na hierarquia das leis, este último resultado de uma lei discutida e aprovada pelo Congresso nacional, com legitimidade para tanto. Diante de tal interpretação, o médico que praticasse a ortotanásia não teria afastada sua responsabilidade penal, apesar não poder ser responsabilizado administrativamente¹⁹³.

No mérito, no entanto, decidiu-se pela legitimidade da Resolução CFM nº 1.805/2006, tendo sido rejeitado o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

Feitas estas considerações, verifica-se a necessidade de investigar a constitucionalidade material e formal da Resolução nº 1.995/2012 CFM, tendo em vista os reflexos sociais do seu cumprimento compulsório pela classe médica, adstrita ao mesmo sob pena de punição administrativa, podendo culminar na cassação do direito do exercício da medicina.

Neste sentido, conforme já citado, para Barroso¹⁹⁴, a ideia de dignidade como autonomia (baseada na manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros) deve prevalecer sobre a dignidade como heteronomia (que tem o foco na proteção de determinados valores sociais e no bem do indivíduo auferido por critérios externos a ele), razão pela a ortotanásia seria legítima e, por consequência, depreende-se que a Resolução nº 1.995/2012 CFM estaria materialmente em consonância com a Constituição Federal.

Pode-se questionar, no entanto, a constitucionalidade formal do CFM ao indiretamente normatizar tema de direito civil de caráter geral, abstrato e com efeitos *erga omnes*.

Uma das possíveis interpretações sobre tal “normatização” de forma indireta seria aquela que conclui que o Conselho Federal de Medicina usurpa poderes legislativos conferidos ao Congresso Nacional pela Constituição Federal, que prevê que a competência para editar normas gerais, originárias e primárias que restrinjam direitos e criem obrigações deve necessariamente ser editada pelo Poder Legislativo, principalmente as relacionadas diretamente aos direitos fundamentais, tais como a vida e o planejamento familiar (art. 226, § 7º).

Assim, pode-se defender que a Resolução 1995/2012 do CFM é formalmente inconstitucional por ferir a competência legislativa princípios da legalidade (art. 5, II,

¹⁹³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.* p. 5.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos. *Op. cit.* p. 200.

CF), segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e da reserva legal e da separação dos Poderes.

Além disso, pode-se considerar que a citada Resolução do CFM extrapola o âmbito de atuação técnica dos médicos, que, caso não as cumpram, estarão violando o Código de Ética Médica, que dispõe no art. 18, capítulo III, ser vedado ao médico desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los, ficando assim sujeitos às penalidades previstas em lei.

Isto porque, quando são impostos aos profissionais o cumprimento das Resoluções, reflexamente estará sendo atingido o âmbito particular dos seus pacientes, sem, neste caso, haver qualquer Lei em sentido formal ou material que os obrigue, interferindo-se inadvertidamente no direito de liberdade individual.

Verifica-se desde logo que os atos normativos emanados pelo CFM não possuem imperatividade ou coercibilidade, exceto para os próprios membros da classe.

Neste contexto, conforme art. 59 da Constituição Federal de 1988, somente a lei em sentido estrito é diploma legal capaz de vincular a conduta da população de forma obrigatória¹⁹⁵.

Em sentido material, lei significa texto legal emitido pelo ente competente, cujo poder foi conferido pelo povo, seu titular, ou seja, as decisões administrativas do Conselho Federal de Medicina carecem de forma absoluta de representatividade popular¹⁹⁶.

Assim, as Resoluções do CFM não são lei, em sentido estrito, pois não provêm de órgão que represente o povo, tais como o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a câmara do Distrito Federal e as câmaras de Vereadores Municipais.

Tal fato fica mais evidente quando se analisa o fenômeno da inércia do Poder Legislativo em regulamentar temas de alta complexidade, gerando lacunas normativas que causam insegurança jurídica.

No entanto, o fato de não haver legislação sobre o testamento vital e a ortotanásia não autorizam o exercício de "competência legislativa residual" a ser exercida pelo CFM, de maneira a tratar de temas que, por sua natureza,

¹⁹⁵ SÁ, Maria de Fatima Freire de. *Op. Cit.* p. 247

¹⁹⁶ SÁ, Maria de Fatima Freire de. *Op. Cit.* p. 248.

generalidade, abstração e efeitos erga omnes, somente poderiam ser normatizados por lei em sentido estrito, no âmbito do Poder Legislativo.

Desta forma, pode-se concluir que tal entidade de classe indiretamente “normatizou” assunto alta complexidade sem contar com qualquer delegação específica e sem respaldo legal ou constitucional¹⁹⁷.

Verifica-se que as Resoluções nº 1.995/2012 e 2013/2013, que tratam respectivamente da ortotanásia e dos limites para as técnicas de reprodução assistida, são um reflexo do fenômeno do aumento da atividade normativa administrativa¹⁹⁸ e criam direitos e deveres não somente para os profissionais de saúde, mas também para seus pacientes, gerando efeitos amplos e gerais.

Para Rodrigues, se nem mesmo a lei delegada pode limitar ou restringir direitos individuais, então menos ainda poderiam tais direitos ser objeto de regramento mediante regulamentos da Administração Pública¹⁹⁹.

Sob tal perspectiva, caso se entenda pela usurpação de poder legislativo, esta seria essencialmente inconstitucional por ferir os princípios da livre iniciativa (art. 5, II, CF), e a reserva legal que confere ao Poder Legislativo competência para editar normas gerais, originárias e primárias que restrinjam direitos e criem obrigações, principalmente as relacionadas diretamente aos direitos fundamentais, tais como a vida e o planejamento familiar (art. 226, § 7º).

O caráter *erga omnes* da referida Resolução do CFM pode ser auferido por não alcançar unicamente o âmbito de atuação técnica dos médicos, que, caso não as cumpram, estarão violando o Código de Ética Médica, que dispõe no art. 18, capítulo III, que é vedado ao médico desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los, ficando assim sujeitos às penalidades previstas em lei.

Isto porque, quando são impostos aos profissionais o cumprimento das Resoluções, reflexamente estará sendo atingido o âmbito particular dos seus pacientes, sem, neste caso, haver qualquer Lei em sentido formal ou material que os obrigue, interferindo-se inadvertidamente no direito de liberdade individual.

¹⁹⁷ HIJAZ, Tailine Fátima Hijaz; CONTI, Paulo Henrique Burg. *Op. cit.* Acesso em 15 jan 16.

¹⁹⁸ HIJAZ, Tailine Fátima Hijaz; CONTI, Paulo Henrique Burg. *Op. cit.* Acesso em 15 jan 16.

¹⁹⁹ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador:n.17, 2008. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 mar 2010.

Em resumo, partindo-se do pressuposto de que a dignidade e a autonomia envolvem a capacidade de autodeterminação, ou seja, o direito de decidir os rumos da própria vida e de realizar escolhas morais relevantes²⁰⁰, desde que não haja lesão a terceiros, o direito à ortotanásia previsto na Resolução, deve ser considerado materialmente constitucional.

O mesmo entendimento ora exposto, acerca da constitucionalidade material e inconstitucionalidade formal da Resolução do CFM pode ser aplicado a todos os demais dispositivos que tratam do testamento vital e que foram anteriormente estudados.

Diante de todo o exposto, considerando-se os princípios constitucionais envolvidos em matéria de testamento vital, os dispositivos infralegais sobre a matéria, a normatização existente em diversos países sobre o assunto e as decisões de outros casos limites da vida pelos tribunais superiores, valorizando-se a liberdade e autonomia, pode-se concluir que, apesar de inexistir lei no Brasil regulamentando tal instrumento, o mesmo deve ser considerado constitucional e apto a produzir efeitos na ordem jurídica pátria.

A existência de lei sobre a matéria traria maior segurança jurídica acerca de requisitos formais a serem seguidos na elaboração e cumprimento do referido instrumento, podendo este ser considerado meio apto de efetivação dos direitos fundamentais analisados neste estudo.

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos. *Op. cit.* p. 194.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo estudar o testamento vital diante da atual ordem jurídica brasileira, tendo em vista a inexistência de legislação específica sobre o tema, de forma a buscar subsídios para a análise da constitucionalidade do instituto e, por consequência, da viabilidade e validade de sua aplicação nos casos relativos aos limites da vida na ortotanásia, diante dos debates filosóficos, éticos e legais a respeito dos limites da autonomia dos pacientes.

Demonstrou-se a relevância do tema mediante a constatação da exponencial evolução da medicina, diante do oferecimento de tratamentos que permitem o prolongando da vida em pacientes terminais, potencialmente gerando o conflito entre o direito à vida *versus* a liberdade de autodeterminação de tais pacientes em se negarem à submissão a tais procedimentos.

Além disso, também foi possível verificar a atualidade e importância da matéria ao se observar que no Brasil, diante da inexistência de lei regulamentadora, diversos órgãos e instituições buscaram tratar do tema por meio de resoluções, provimentos e enunciados, gerando potencial fonte de divergências quanto aos parâmetros mínimos exigíveis na elaboração e cumprimento dos testamentos vitais, além de gerar questionamentos acerca da legalidade e constitucionalidade da imposição, de maneira indireta, de deveres gerais e abstratos, por meio de referidas normas infralegais.

Abordou-se a expressa normatização do testamento vital em países como Espanha, Portugal e Uruguai devido à premente necessidade de se regulamentar diretrizes para sua aplicação, de forma a preservar a segurança jurídica e a validade dos testamentos vitais por meio de adoção de regra uniformes, indicativa da dimensão global do tema.

A verificação da legalidade do testamento vital nos referidos países indicou a valoração da garantia das liberdades individuais frente aos questionamentos éticos, religiosos e morais acerca da inviolabilidade do direito à vida, atribuindo ao próprio paciente a decisão a respeito dos tratamentos aos quais deseja ou não se submeter, notando-se haver divergência somente quanto às questões procedimentais e formais, tais como quanto à sua forma prescrita, publicidade e prazo de validade.

Vislumbrou-se que, nos países estudados, a normatização do instituto possuiu o escopo de criar diretrizes para sua aplicação, permitindo postura ativa do paciente quanto ao próprio tratamento.

Como forma de contextualização do testamento vital no âmbito das decisões judiciais pátrias, estudaram-se julgados de Tribunais Superiores ligados a situações relativas aos limites da vida, buscando-se verificar os princípios e normas então invocados naqueles casos, intentando-se vislumbrar sua possível aplicação analógica ao instituto, de maneira a se sugerir os princípios prevalentes nos testamentos vitais.

Para tanto, foram abordados os julgados referentes ao aborto de fetos anencéfalos, à lei de biossegurança, traduzida na utilização de células-tronco em estudos científicos e à negativa de submissão a transfusões de sangue por parte daqueles que professam a religião testemunhas de Jeová, tendo sido verificados os princípios comuns invocados em referidas decisões, quais sejam: o direito à vida, à liberdade e a dignidade da pessoa humana, além da referência unânime à laicidade estatal.

Em primeira análise, estudou-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, relativa a aborto de fetos anencefálicos, onde se discutiu a possibilidade de interrupção da gravidez quando verificada a ocorrência de malformação congênita fetal, onde o Supremo Tribunal Federal – STF valorou o direito à vida do ser em formação *versus* o direito à saúde, à dignidade e à liberdade da gestante, tendo restado decidida a prevalência destes últimos sobre o primeiro.

Restou admitido que o direito à vida não pode ser considerado absoluto, ou seja, não pode ser buscado a qualquer custo, em desrespeito aos demais direitos fundamentais constitucionais, decisão esta que, quando aplicada no âmbito testamento vital, traria em si aspecto de validação de sua efetividade.

Em seguida, foi abordada a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 3510, cujo objeto foi a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, tendo o STF enfrentado, da mesma maneira, a questão relativa aos conflitos entre a inviolabilidade do direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, além da laicidade estatal. Decidiu-se pela constitucionalidade de tais pesquisas e, em conformidade com o julgado referido anteriormente, pela determinação de que o direito à vida não é sempre prevalente sobre os demais, o que corrobora no sentido

de conformidade da ortotanásia e do testamento vital com o atual ordenamento jurídico pátrio.

A última análise de julgados estudada referiu-se ao *Habeas Corpus* - HC 268.459 – SP (2013/0106116-5) do Superior Tribunal de Justiça-STJ, relativo à transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, onde se decidiu a respeito do conflito entre o direito à vida e à saúde, frente à liberdade (em especial religiosa) e à dignidade da pessoa humana. Considerou-se a peculiaridade de que, no referido *habeas corpus*, os pais de menor absolutamente incapaz desautorizaram de forma veemente a transfusão sanguínea capaz de salvar a vida de sua filha, tendo se decidido que tal negativa não seria apta a impedir a atuação médica em prol da saúde da menor, com chances concretas de cura. Da análise da ortotanásia e do testamento vital à luz de tal decisão, concluiu-se que nestes últimos não há verdadeira colisão entre os direitos à vida e à liberdade e dignidade da pessoa humana, pois não há reais chances de cura.

O terceiro e último capítulo iniciou-se com a abordagem do conceito de princípio eleito no presente estudo, qual seja, conforme a teoria do pós-positivismo, onde se lhes atribui força normativa, generalidade e abstração, bem como a necessidade de sua concretização por parte dos operadores de direito. Assim, consideraram-se neste trabalho os princípios como mandamentos de otimização, de forma a estabelecer algo que deve ser realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, podendo, no entanto, serem limitados quando analisados à luz de princípios colidentes.

Visando-se a posterior análise da verificação de eventual colisão entre princípios no âmbito dos testamentos vitais, de acordo com a teoria da ponderação proposta por Robert Alexy, analisaram-se a dignidade da pessoa humana, a liberdade e autonomia e o direito à vida, tendo-se eleito alguns parâmetros para sua aplicação, quais sejam: a afirmação da inexistência de princípios absolutos; a conformação e delimitação da dignidade dependente das singularidades de cada caso concreto, a valorização da dignidade como autonomia (relativa a valores pessoais) prevalecente sobre a dignidade como heteronomia (baseada em valores sociais e no bem do indivíduo auferido por critérios externos a ele); a consideração da dignidade como limite do exercício do direito de autonomia, a inexistência de um “dever” ou obrigação de manutenção da vida e o direito não somente a uma vida digna, mas a uma morte digna.

Feitas tais considerações, buscou-se analisar o possível conflito entre direitos fundamentais à luz da ponderação prescrita por Robert Alexy, utilizando-se como critério sua máxima da proporcionalidade e, considerando-os mandamentos de otimização, a serem efetivados na maior medida possível, admitindo que, em caso de colisão, um destes princípios terá que ceder, sem, contudo, ser considerado inválido.

Ao se aplicar a ponderação ao testamento vital, ou seja, ao se atribuir peso ao grau de interferência de um princípio, levando-se em consideração a importância do cumprimento do outro para, então, se verificar qual deles é “maior”, no entanto, verificou-se que os direitos aparentemente em conflito restam efetivados, quando considerados sob os paradigmas anteriormente traçados, ou seja, quanto ao direito à vida, tornando-se a existência humana deveras dolorosa e evitada de sofrimento, não pode ser em si considerado como obrigação à vida; quanto à dignidade da pessoa humana, deve ser considerada relativamente ao sujeito e seus valores e não em relação a imposições sociais, além do fato de também se estender ao morrer com dignidade; quanto à liberdade, a decisão sobre quais tratamentos o enfermo deseja se submeter é forma plena de efetivação de sua autonomia.

Assim, analisando a ortotanásia e o testamento vital sob o aspecto da ponderação de princípios, nota-se inexistir verdadeiro conflito, verificando-se a conformidade de tais institutos com os direitos e garantias constitucionais, podendo-se considerar tal instrumento como forma de efetivação direta e imediata de tais pressupostos.

Corroborando com tal entendimento, ao se analisar os julgados dos Tribunais Superiores relativos a casos limites da vida, buscou-se a reciprocidade de sua aplicação à ortotanásia e ao testamento vital, verificando-se conformidade de tais decisões em sua validação, pois aos mesmos auferiu-se poder se aplicar analogicamente diversos dos preceitos elencados em tais decisões, como a laicidade estatal, ou seja, a não interferência religiosa/moral da sociedade no âmbito judicial, a interpretação do direito à vida de maneira relativizada, admitindo-se não tratar de direito absoluto e a constatação de que o direito à vida deve considerar o bem-estar físico e emocional, a valorização da liberdade na tomada de decisões em tais casos limítrofes, descrita em especial no aborto de fetos anencéfalos.

Finalmente, realizadas tais considerações no sentido da validade e conformidade do testamento vital com a ordem jurídica brasileira, buscou-se analisar se as normas infralegais ora em vigor podem ser consideradas material e

formalmente constitucionais e, em consequência, aptas a produzir efeitos e vincular e modular comportamentos. Verificou-se que, por se tratar de matéria de caráter geral e abstrato, sua regulamentação necessariamente deveria se dar por meio de lei regularmente editada pelo Congresso Nacional, consoante seu artigo 49, *caput*, da Constituição Federal, que defere ao Poder Legislativo federal a prerrogativa de dispor sobre todas as matérias de competência da União.

Assim, identificou-se que a edição de tais normas infralegais, embora materialmente estejam em conformidade com a ordem constitucional, potencialmente extrapolam o poder regulamentar de órgãos e instituições públicas, pois mitigam o processo legislativo, onde as leis são discutidas e votadas em parlamento, possuindo um grau aceitável de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa, congregando várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas e diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social, podendo ser consideradas formalmente inconstitucionais por limitar ou restringir direitos individuais mediante regulamentos da Administração Pública.

Conclui-se, considerando-se os princípios constitucionais envolvidos em matéria de testamento vital, os dispositivos infralegais sobre o tema, a normatização existente em diversos países sobre o assunto e as decisões de casos limites da vida pelos tribunais superiores, valorizando-se a liberdade e autonomia e a inexistência de lei regulamentadora - embora desejável para uniformização de sua aplicação e garantia de maior segurança jurídica - que o testamento vital deve ser considerado apto a produzir efeitos na ordem jurídica pátria, devendo ser considerado importante instrumento para efetivação de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo. *Autonomia: fundamento da dignidade humana em Kant*. Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria discursiva do direito; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÀVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. Parecer à Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. fev 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Melhoramento, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e alt. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRERA, Heidy de Àvila. *Eutanásia: direito de morrer dignamente*. Dissertação de mestrado apresentada no Centro Universitário Fieo. Osasco, 2010.

CAMATA, Gerson. *Em defesa da ortotanásia*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart (Coords.) et al. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

COMPARATO, Fábio Conder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Débora. *Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 22(8):1741-1748, ago, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Breve reflexão sobre a Resolução CFM nº 11.995/2012 relativas às diretivas antecipadas da vontade* in DINIZ, Maria Helena coord. *Atualidades jurídicas*, vol. 6. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Máira Costa. *Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma Análise Constitucional*. p. 111/158. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos* RJ: Lúmen Júris, 2007. p. 150 e 152.

FLEMING, Manuela. *Dor sem nome: pensar o sofrimento*. Porto: Afrontamento, 2003.

FRIAS, Lincoln & BRICHAL, Telma. *Aborto de fetos anencéfalos in Ethic@*. Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v. 8, n. 1, jun 2009. p. 19/30.

HIJAZ, Tailine Fátima Hijaz; CONTI, Paulo Henrique Burg. *O papel da regulação em aspectos sensíveis do biodireito: um estudo de caso do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em:

<http://periodicos.unesc.net/index.php/seminariocsa/article/viewFile/655/646>.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de direito administrativo*. Revista dos tribunais. 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Ponderação de princípios - há como afastá-la?* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 26: 161/180, jan/jun 2008.

MACKLIN, Ruth. *Dignity is a useless concept*. British Medical Journal, v.327, p.1419-1420, 2003.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e odireito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTEL, LETÍCIA DE CAMPOS VELHO. *Direitos fundamentais indisponíveis - os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, 2010.

MARTINS, Carlos Eduardo. *Prolongamento da vida. Ordenamento jurídico brasileiro aceita ortotanásia*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-17/carlos-martins-ortotanasia-aceita-nosso-ordenamento-juridico>.

MATOS, Mafalda Francisco. *O problema da (i)rrelevância do consentimento dos menores em sede de cuidados médicos terapêuticos: (uma perspectiva jurídico-penal)*. 1 ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fugaincompleta em torno de um tema central*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,

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

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOHARA, Irene Patricia. *Direito administrativo*. Atlas, 2010. 550.

PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

PENALVA, Luciana Dadalto. *Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade*. *Civilistica.com* a. 2., n. 4. 2013, p.1.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. *Estudo de Direito Civil*. Coimbra, 2004.

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

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2013.

_____. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

POSSAMAI, Fábio Valenti. *Autonomia e dignidade em Kant e a eutanásia voluntária*. *Kínesis*, Vol. I, nº 02, Outubro-2009, p. 64-72.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira*. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador:n.17, 2008. Disponível em:Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: mar. 2010.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*. Coimbra, 2001.

ROVER, Tadeu. *Jornada de Direito Civil aprova 46 enunciados*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/enunciados-aprovados-vi-jornada-direito-civil-serao-guia-justica>.

SÁNCHEZ, Cristina López. *Testamento Vital y voluntad del paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Madrid: Dykinson, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Fededal de 1988*. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Schreiber, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SHEWMON, David. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado - RDE. Ano 1, n. 4, out 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBERÓN, Guillermo; FEINHOLZ, Dafna. *Muerte digna - una oportunidad real*. Comisión Nacional de Bioética. México, 2008.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 696, 1jun.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6824>>.

WEBER, Thadeu. *Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant*. Direitos Fundamentais e Justiça. n. 9 - out/dez 2009.

ZAGO, Marco Antonio. *Células-tronco, a nova fronteira da medicina*. SÃO PAULO: Atheneu, 2006.

ZIMERMANN, David. *A dignidade diante da morte, sob a ótica de um psicanalista*
PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro:GZ, 2010.