

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

LEONARDO RODRIGUES RESENDE

SAÚDE PÚBLICA EM EXCEÇÃO:

**Justificativas para a materialização do direito à autonomia da vida através
de diretivas antecipadas de vontade**

UBERLÂNDIA

2022

LEONARDO RODRIGUES RESENDE

SAÚDE PÚBLICA EM EXCEÇÃO:

**Justificativas para a materialização do direito à autonomia da vida através
de diretivas antecipadas de vontade**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Campus Santa Mônica.

Orientadora: Prof. Dr.^a Claudia Regina Oliveira Magalhães da Silva Loureiro.

UBERLÂNDIA

2022

LEONARDO RODRIGUES RESENDE

SAÚDE PÚBLICA EM EXCEÇÃO:

Justificativas para a materialização do direito à autonomia da vida através de diretivas antecipadas de vontade

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientadora: Prof. Dr.^a Claudia Regina Oliveira Magalhães da Silva Loureiro.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Claudia Regina Oliveira Magalhães da Silva Loureiro – Orientadora
(FADIR – UFU)

Prof. Me. Karlos Alves Barbosa
(FADIR – UFU)

*A meus pais.
Por toda abdicação. Por serem tão
guerreiros. Por existirem. Por me
acompanharem, fisicamente e em
coração.*

AGRADECIMENTOS

No fim, sigo rumo ao tão almejado diploma. A caminhada até aqui, embora longa e árdua, sequer se esbarra em solidão – nos percursos trilhados, estive sempre sob o amparo das mais especiais companhias que, de algum modo, me incentivaram a continuar.

Agradeço, primeiramente, a meus pais e protetores, Maria Helena e Ariel (*in memoriam*), que me ensinaram a alcançar o mundo, sempre sob o manto da educação. Serei eternamente grato por todo o amor que me proporcionam, afinal, “é só o amor que conhece o que é verdade” e, sem vocês, eu nada seria. Eu enxergo todas as suas histórias, desafios e lutas em cada passo que eu dou – que sirva de combustível para que eu possa tornar os meus mais leves, onde quer que estiverem.

Aos meus tios, Tânia, Valéria, João Batista e Valdir, pelo apoio e incentivo aos meus estudos e sonhos, espero ser capaz de retribuir toda a confiança ora depositada. Agradeço por tudo e tanto.

Aos meus amigos, Beatriz, Pâmela e Lara, pelas risadas, desejos, ambições e frustrações quanto ao colégio, a universidade e a vida. Seguimos a compartilhar o futuro sob a proteção da amizade, com o objetivo de que nunca percamos a essência do companheirismo que há entre nós.

Às minhas primas, Amanda, Lorena e Luana, pessoas de coração enorme que sempre me acolheram e cuidaram de mim com o carinho de irmãs, me proporcionando os afetos e afagos em todas as fases da minha história.

Ao meu namorado, Leandro, que entende todas as minhas angústias e torna os meus dias mais leves, e sua família, Adailma, Avilmar (*in memoriam*), Patrícia e Victor, que me acolheram e mostraram como é estar em família, ainda que longe dos meus.

À minha orientadora, Dra. Cláudia Loureiro, tão paciente e que, com todo seu comprometimento com a universidade pública de qualidade, me mostrou como fazer ciência não é sobre escrever palavras rebuscadas, mas sim retornar à sociedade o que a educação nos proporciona.

Por fim, sem afastar a importância devida, sou grato a proteção de Nossa Senhora e seu Filho, que continuaram me protegendo e confiando em mim quando nem eu mesmo o fiz, me fazendo enxergar dias melhores quando tudo foi cinza. Que venham novas caminhadas, pois sei que por Ti serei protegido.

*Fisicamente, habitamos um espaço,
mas sentimentalmente, somos habitados por uma memória.*
(José Saramago)

O que a memória ama fica eterno.
(Adélia Prado)

*O passado não reconhece o seu
lugar: está sempre presente.*
(Mário Quintana)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a análise das limitações acerca da autonomia da vida, conforme preceitos constitucionais e infraconstitucionais, materializados sob o pálio da garantia fundamental à inviolabilidade da vida, contraposta contra o escasso dote orçamentário brasileiro ao Sistema Único de Saúde, analisando, especificamente, o planejamento de recursos destinados ao combate à Pandemia causada pelo Covid-19. Ademais, considerando o patamar atribuído ao direito fundamental à saúde, fruto do desdobramento do princípio da dignidade humana, expõe-se contrapontos a fim de justificar a materialização da autonomia da vida, afastando a criminalização da abreviação da vida por meio das diretivas antecipadas de vontade, analisadas sob a ótica do direito estrangeiro, conforme países que legislaram sobre o tema.

Palavras-Chave: Diretivas antecipadas de vontade; autonomia da vontade; direito fundamental à saúde.

ABSTRACT

This study aims to analyse the limitations on the autonomy of life, according to constitutional and infraconstitutional precepts, materialized under the fundamental guarantee of the inviolability of life, opposed to the scarce Brazilian budget endowment to the Unified Health System, analyzing, specifically, the resources destined to combat the Pandemic caused by Covid-19. Furthermore, considering the level attributed to the fundamental right to health, as a result of the unfolding of the principle of human dignity, counterpoints are exposed in order to justify the materialization of the autonomy of life, moving away from the criminalization of the abbreviation of life for medical reasons, through the advance directives, analyzed from the perspective of comparative law, according to countries that have legislated on the subject.

Keywords: Advance directives; autonomy of will; fundamental right to health.

LISTA DE ABREVIATURAS

CEM	Código de Ética Médica
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNRS	Comissão Nacional da Reforma Sanitária
CNS	Conferência Nacional de Saúde
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
EC	Emenda Constitucional
ESA	Euthanasia Society of America
HR	House of Representatives
OMS	Organização Mundial da Saúde
OSS	Orçamento da Seguridade Social
PAM	Posto de assistência médica
PIASS	Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento
PSDA	Patient Self Directive Act
RCL	Receita Corrente Líquida
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
UTI	Unidade de Tratamento Intensivo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	13
1.1. A CONSTRUÇÃO DE UMA SAÚDE UNIVERSAL	14
1.2. SAÚDE: ENFIM DIREITO FUNDAMENTAL	17
1.3. BREVE HISTÓRICO SOBRE O FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	20
1.4. A PANDEMIA E A ALOCAÇÃO DE RECURSOS	23
2. A INVIOABILIDADE DA VIDA FACE A AUTONOMIA DA VONTADE	26
2.1. A RESPONSABILIDADE PELA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS	27
2.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	30
2.3. EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO	33
3. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	36
3.1. SOB A ÓTICA DO DIREITO ESTRANGEIRO.....	37
3.1.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	37
3.1.2. PORTO RICO	38
3.1.3. CANADÁ	39
3.2. DAV NO BRASIL: SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS	41
3.2.1. REFLEXÕES SOBRE LIMITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial de Saúde, em março de 2020, declarou o contexto atual causado pelo *coronavirus* (vírus da síndrome respiratória aguda grave – SARS-CoV2) como pandêmico – isto é, sua abrangência geográfica já ultrapassava fronteiras internacionais. Assim, muitos países decretaram ocorrência de estado de calamidade pública; dentre eles, o Brasil, através do Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020, reconheceu a incapacidade de ação do poder público federal, comprometida pela situação social vivenciada.

Assim, diante do cenário causado pela crise sanitária instaurada, imperioso se faz destacar a importância que o Sistema Único de Saúde possui face ao enfrentamento da pandemia, sob a ótica de seus princípios basilares, como a universalização e descentralização. Sendo uma pasta pública, seu patrocínio é dependente de repasses governamentais; observa-se, porém, que o funcionamento do SUS há muito é alvo de críticas inerentes às questões que decorrem de um financiamento escasso.

De fato, a partir de uma análise de subsídios do setor, menciona-se que a Pasta sofre, gradativamente, efeitos de um discurso de contenção de gastos. Entretanto, com o aumento de despesas sem repasses à mesma proporção durante o caos instaurado pela Covid-19, o SUS enfrentou – e continua enfrentando – privações de recursos. Em consequência, leitos de Unidades Intensivas de Tratamento (UTIs) e ventiladores pulmonares são exemplos de insumos que obrigam profissionais da saúde a realizarem análises qualitativas sobre priorização e destinos de escassos insumos hospitalares.

Inúmeros doutrinados discutem os critérios utilizados para definir o grupo prioritário à recepção de leitos e ventiladores pulmonares durante a triagem clínica. Em uma breve síntese, tais critérios levam em consideração princípios constitucionais, dentre eles, a dignidade humana, a solidariedade e a não-discriminação. Guiados por estas garantias, os profissionais competentes estabelecem pressupostos que serão valorados durante a aferição da natureza e gravidade de cada caso, norteados pela necessidade de maximização de benefícios na alocação dos recursos, considerando fatores que envolvem a probabilidade de recuperação e expectativa de vida.

Ao estabelecer critérios baseados na probabilidade de sobrevivência, sendo os recursos disponíveis à saúde incapazes de acompanhar a demanda de casos clínicos positivos para a doença respiratória em discussão – não se limitando exclusivamente a esta –, a comunidade dependente do SUS convive com o fato de que aqueles enfermos não contemplados com uma avaliação positiva quanto às suas chances de recuperação estarão destinados tão somente à cuidados paliativos como fruto de um descaso público.

Neste sentido, o presente trabalho questiona a violabilidade da vida humana diante da escassez de recursos públicos destinados à saúde e a consequente priorização de uma parcela populacional às triagens clínicas, relativizando dois princípios assegurados constitucionalmente: a saúde e a vida que, inclusive, serão abordados como fundamento para a proibição do suicídio assistido. Assim, a análise do tópico atuará como justificativa para a abordagem da descriminalização do “suicídio assistido médico” como vertente passível de previsão às Diretivas Antecipadas de Vontade, documento que carrega em seu teor a expressão da vontade do outorgante.

A partir de uma comparação legislativa internacional, ciente de que as Diretivas Antecipadas (DAVs) não possuem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, existindo tão somente previsão administrativa no âmbito do Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1.995/2012, o presente teve como objetivo geral buscar justificativas extraídas do cenário de Pandemia capazes de refutar a tipificação da morte assistida a fim de assegurá-la como possibilidade de previsão às DAVs.

Entremeios, enquanto objetivos específicos, buscou-se analisar eventuais influências causadas pela elevação a patamar fundamental do direito à saúde na Constituição Federal de 1988; verificar as origens do financiamento ao decorrer do período pós-constitucional e seus impactos na Pandemia causada pelo Covid-19; examinar contextos estrangeiros envolvendo as diretivas antecipadas, sob a ótica de garantias constitucionais e ponderar sobre princípios e direitos constitucionais, como a inviolabilidade da vida e a autonomia privada.

A metodologia adotada foi a pesquisa descritiva e bibliográfica, utilizando de artigos e doutrinas. As análises de informações foram realizadas através de documentação indireta através de revistas científicas *online*, tais como SciELO (*Scientific Electronic Library Online*) e PUBMED, por artigos nas áreas do

Biodireito, envolvendo descritores específicos, como: pandemia; escassez de insumos; diretivas antecipadas de vontade; suicídio assistido; Sistema Único de Saúde.

Com fim em desenvolver uma possível fonte de acesso a informações que envolvam a hipótese de descriminalização da morte assistida e sua consequente materialização nas Diretivas Antecipadas de Vontade, espera-se que o presente trabalho seja enxergado sob um viés humanista quanto à abreviação da vida, contribuindo para estudos futuros das mais diversas áreas e adotado como fruto de uma necessidade interdisciplinar para compreensão dos temas que especifica.

1. SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

De início, a fim de que o tema seja melhor compreendido neste estudo, é de extrema relevância a conceituação de “saúde”, para que possamos delimitar o tópico abordado. Para tanto, apesar de inúmeras tentativas das mais diversas áreas que discutem o tema, as quais, no entanto, não alcançam consenso, este autor se apoiará nas definições estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), bem como pela VIII Conferência Nacional da Saúde (CNS) realizada no Brasil em 1986.

A OMS, através de sua Carta de Princípios – instrumento constituinte da organização mencionada – assim estabeleceu: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1948). Veja bem. Neste conceito, não se aborda a saúde como mera inexistência de enfermidade: aborda-se aquela como um ato de estar, não se limitando a afetos biológicos inerentes aos órgãos do corpo humano: entende-se a saúde como conjunto de fatores versem sobre a qualidade de vida do indivíduo.

Para Moacyr Scliar (2007), a conceituação proposta pela OMS serviria como mero escopo de intervenção estatal à vida privada, sob a justificativa de proteção à saúde. O autor atribui um cenário político em sua análise. Entretanto, ainda que fortes críticas sejam feitas, é imprescindível que entendamos a saúde justamente como o que se tenta desvencilhar: efeito de atos políticos.

Quanto à definição proposta pela mencionada Conferência Nacional da Saúde, em sua oitava edição, assim temos:

... em seu sentido mais abrangente, a saúde é resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. (BRASIL, Ministério da Saúde, 1986).

Observa-se que também há adotado um caráter social no conceito de saúde. Para a VIII CNS, a saúde agrega em sua essência não somente conceitos biológicos, mas também influências sociais oriundas de diversos fatores externos ao campo da medicina. Tal conceito, que se originou de uma conferência em que se discutia a necessidade de reestruturação da Saúde

Pública no Brasil, foi de extrema relevância para o assentamento da “saúde” como direito social na Constituição Brasileira de 1988, e, a partir daí, analisaremos a garantia de algo que viria a ser um direito de todos e dever do Estado (CEREST, 2008).

1.1. A CONSTRUÇÃO DE UMA SAÚDE UNIVERSAL

Embora a partir de 1974, sob o período da Ditadura Militar, se mencionasse o conceito de “universalização” (BAHIA, 2018) através da instauração e funcionamento dos postos de atendimento médico (PAM), limitado aos atendimentos de emergência, foi somente pouco mais de dez anos depois que a saúde restou assegurada como direito social efetivamente universal, alcançada através da Constituinte de 88. Antes deste período, o acesso à saúde no Brasil era tratado como mero serviço público, sem, contudo, possuir a qualidade e proteção universal garantida pelo Estado (SANTOS; ANDRADE, 2006).

Dividida em três subsistemas durante as décadas de 70 ao fim de 80, a saúde era rateada entre as ofertas privada, pública e previdenciária. Todavia, apesar da existência de um subsistema voltado a “saúde pública”, sua fruição restringia-se aos serviços oferecidos pelas esferas estaduais e municipais do Poder Executivo, voltado tão somente à atenção básica emergencial, que, no entanto, funcionava às mínguas pela falta de investimento (FALLETI, 2010).

Àqueles contribuintes da Previdência Social, em outras palavras, aqueles que possuíam vínculo formal de emprego, eram assegurados as garantias do subsistema previdenciário (BRASIL, 1967), que, no entanto, funcionava à dependência de contratos com a iniciativa privada para a oferta de cirurgias (FALLETI, 2010). Percebe-se: o financiamento público era destinado à iniciativa privada, sem uma real rede de saúde pública, como atualmente.

Em consequência, trabalhadores informais e desempregados, deixados às margens de uma efetiva proteção sanitária em situações de necessária recuperação através de cirurgias e/ou cuidados contínuos, eram socorridos por hospitais universitários e instituições filantrópicas, embora, nesta última, fossem atendidos na condição de indigentes (BAHIA, 2018).

O cenário em questão, por fim, atravessou inúmeras mudanças sociais e políticas. A Constituição vigente no país adotou a saúde como direito público subjetivo, conforme previsão do artigo 6º:

São **direitos sociais** a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988) [negritamos].

O art. 196, estabeleceu a responsabilidade estatal pela concretização do mencionado direito, assegurando não somente atendimento emergencial, mas também constituindo o serviço da saúde sobre uma ótica preventiva. Observemos:

A saúde é **direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença** e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua **promoção, proteção e recuperação**. (BRASIL, 1988) [negritamos]

Há, assim, a constitucionalização de um direito universal à saúde neste país, onde não mais há distinção entre trabalhadores formais e informais, afastando-se o requisito de contribuição previdenciária. Para além, ao substituir o termo “brasileiro” por “todos”, a saúde também restou assegurada como direito a todos que no Brasil estejam, estrangeiros ou nacionais.

Com efeito, nos dias atuais, segundo dados obtidos do Ministério da Saúde, estima-se que são atendidos mais de cento e noventa milhões de pessoas, os quais, destes, 80% (oitenta por cento) dependem exclusivamente do sistema público (BRASIL, c2021).

De fato, a saúde atravessa uma constante evolução durante o século XX até conquistar a relevância que tem atualmente. Para que fosse alcançado a universalização da saúde enquanto garantia fundamental, no entanto, muitos caminhos foram trilhados por movimentos populares, representados, em maior escala, pelo movimento sanitário brasileiro (SANTOS, 2010).

Dentre as ações que precederam a Constituinte de 1988 e o acesso amplo aos serviços da saúde pública, podemos citar a interiorização do acesso através do projeto federal conhecido como “Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento” (PIASS). Resultado de ações traçadas pelo

movimento sanitário reformista, que surge à década de 70, em conjunto com os governos federal, estadual e municipal, o programa visava a instalação de uma rede de pequenas unidades de saúde em localidades de baixa densidade populacional (TANAKA et al., 1992).

Para Falleti (2010), o programa representou avanço significativo na saúde nacional:

O PIASS teve **importante efeito político para a universalização** e municipalização da Saúde. Primeiro, ele estimulou a coordenação interministerial. Os Ministros da Saúde, da Previdência e Assistência Social, e do Interior foram todos representados nos grupos executivos interministeriais, junto com um secretário da Presidência da República. Segundo, o Programa **promoveu a coordenação intergovernamental**, pois os supracitados ministérios, e as secretarias estaduais de saúde e de saneamento integravam um grupo de coordenação e supervisão. O financiamento do Programa também envolveu a **cooperação dos governos federal, estadual e local**. O PIASS assim constituiu o primeiro empenho sistemático de coordenação vertical de ações do governo municipal, estadual e federal em grupos de trabalho, no financiamento, na distribuição e na supervisão de serviços públicos de saúde. (FALLETTI, 2010) (negritamos)

A mais importante ação para a concretização do que viria a ser o Sistema Único de Saúde (SUS), no entanto, foi a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), ocorrida em 1986 (AITH, 2007). A Conferência era, e continua sendo, organizada pela pasta pública do Ministério da Saúde e, até a edição mencionada, não contava com a participação popular, mas somente com a presença de políticos das mais diversas esferas.

Nesta Conferência, reuniram-se mais de quatro mil participantes que possuíam em comum objetivo a necessidade de propostas para um novo sistema de saúde. Nos cinco dias de realização da VIII CNS, discutiu-se a saúde como dever do Estado e direito do cidadão, a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e o financiamento setorial.

As considerações extraídas da Conferência culminaram à conclusão de que o país urgia de um sistema de saúde exclusivamente público – sem, contudo, afastar a existência do setor privado da área, mas vinculando suas normas àquele. Assim, após o evento, criou-se a Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS), a qual serviu como “braço técnico” da Constituinte de 1988 (BRASIL, c2019).

Segundo informações presentes no sítio eletrônico do Ministério da Saúde (2019):

A CNRS era composta por representantes de segmentos importantes, inclusive do setor privado. A subcomissão considerou o documento da CNRS no momento da redação da seção sobre o SUS na Constituição Federal. O relatório final foi enviado à Comissão da Ordem Social e, de lá, foi para a Comissão de Sistematização, que era responsável por elaborar o projeto final da Constituição de 1988. Nessa etapa, o movimento sanitário, representado por Sergio Arouca, apresentou ao Congresso uma Emenda Popular, que agregava ao documento analisado anteriormente mais de 50 mil assinaturas. A Emenda Popular basicamente ratificava toda a consolidação das (...) ideias desde a década de 1970. (BRASIL, Ministério da Saúde, 2019)

Tamanha importância da conferência para a universalização e estatização que José Sarney, então Presidente, a tratou como a “assembleia pré-constituente do setor da saúde” (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986). Inegavelmente, há que se mencionar que as conclusões extraídas representaram um “avanço técnico para a área da saúde e um pacto político” (STEDILE; *et al*, 2015).

1.2. SAÚDE: ENFIM DIREITO FUNDAMENTAL

Em 1988, elevada ao patamar de direito social pela Constituição promulgada, a saúde é adotada no Brasil como dever do Estado, sob um modelo totalmente novo a ser implantado. Além das significativas mudanças estruturais em sua organização, sua proteção, sob a ótica de um direito constitucionalmente consagrado, deveria ser resultado de esforços governamentais que concretizassem o novo olhar paternalista que a qualidade de “direito fundamental” urgia a fim de ser devidamente assegurado (SANTOS, 2010).

Para tanto, entre os artigos 196 a 200 da CRFB/88, foram estabelecidos os padrões sob os quais se apoiariam os Três Poderes, a fim de que o direito social à saúde fosse, de fato, transformado em realidade social em caráter universal. Estes artigos definem as vias pelas quais a saúde seria alcançada enquanto direito de todos: “(...) garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços”.

Para atingir a funcionalidade do sistema único de saúde através das políticas mencionadas, estabeleceu-se a necessidade de direcionamento de recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas não se limitando somente a estes, nos termos da conclusão do art. 198, parágrafo primeiro, CRFB/88.

A preocupação do constituinte em inserir mencionados entes federativos enquanto responsáveis pelo financiamento desta nova saúde pública surge atrelado às características intrínsecas ao conceito de direito fundamental, vez que, ao estabelecer uma atuação cooperativa entre tais, para além tão somente da necessidade orçamentária, é reconhecida uma maior responsabilidade a fim de proteger a saúde (SURYAN, 2014).

Para Ferrajoli (2004), os direitos fundamentais merecem tamanha importância pois se tratam de direitos subjetivos universalmente garantidos:

[...] são 'direitos fundamentais' todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por 'status' a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas. (FERRAJOLI, 2004)

Os direitos fundamentais, por serem frutos de esforços que visam assegurar proteção ao ser humano, podem ser, sob uma breve análise, desdobramentos do princípio da dignidade humana, o qual configuraria tutela à honra, dignidade e moralidade do ser humano.

Com efeito, referido princípio é de suma importância para a Constituição atual, sendo considerado como fundamento basilar republicano, aos moldes do art. 1º, III, CRFB/88; assim, considerando seu valor constitucional, observa-se uma relação subversiva e simbiótica entre a necessidade de garantia de direitos fundamentais em atenção à dignidade humana.

Neste raciocínio, considerando a relevância alcançada na qualidade de direito social, bem como sua função enquanto reflexo de uma dignidade a ser conferida, atribui-se características que visam conferir máxima eficiência ao

direito tutelado. Citamos, como exemplo, o conceito de “aplicabilidade imediata”, instituído pelo art. 5º, parágrafo primeiro, CRFB/88.

Em seu art. 5º, parágrafo primeiro, a Constituição menciona que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, o que significa dizer que sua eficácia não depende de leis complementares. Na prática, a fruição do direito à saúde é dotada de autonomia, não padecendo sob a mora de um Poder Legislativo que não atuasse em sua função típica, qual seja, legislar sobre as competentes leis orçamentárias, vez que poderia ser instada pelos demais Poderes. Grau (2005), elucida:

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é autossuficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade. (...). Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação. (GRAU, 2005).

Em outras palavras, ainda que não materializado em vias de leis ordinárias e complementares, o princípio da aplicabilidade imediata compeliaria o Judiciário a atuar, conferindo-lhe efetividade jurídica ou formal (GRAU, 2005). Não se trataria de função atípica, mas meramente atuação formal deste Poder a fim de que o direito social em questão seja efetivado.

Sarlet (1998), por fim, cita a essencialidade de interposição do legislador a fim de que sejam concretizados plena eficácia do direito fundamental, embora a efetivação do direito à saúde não dependa exclusivamente deste. Assim, a concretização do tema, por tal princípio jurídico, teria como ato fundamental a atuação positiva do Estado, seja pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário. Em conclusão, a Constituição Federal, ao conferir o *status* fundamental à saúde, mobiliza as mais diversas esferas a fim de que a questão ora tratada seja efetivamente alcançada aos cidadãos que dependem da saúde pública universal, integral e equânime.

1.3. BREVE HISTÓRICO SOBRE O FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Para que o novo modelo de planejamento sanitário nacional atingisse sua finalidade enquanto direito fundamental universal e descentralizado, a Constituinte de 88 deveria propor um projeto orçamentário que oferecesse capacidade a fim de efetivar a prevenção, promoção e recuperação almejada.

No entanto, em sua edição original, a previsão quanto ao financiamento encontrava disposição somente ao então art. 198, parágrafo único, CRFB/88, que destinava ao sistema único de saúde, recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (BRASIL, 1988).

Muito embora citasse a origem dos recursos, a Constituição, em seu texto original, não estabeleceu indicativos mínimos a serem aplicados pelos entes federativos – a Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS), mencionada anteriormente, até havia proposto a vinculação de 10% (dez por cento) do PIB nacional a título permanente, no entanto, foi rejeitada (ROTTA; SILVA, 2012).

Assim, sem parâmetros mínimos a serem investidos pelos demais entes federativos e também sem destinação de porcentagem do orçamento da União, o sistema único de saúde viu-se diante de um patrocínio oriundo de um único fundo orçamentário. Trata-se do Orçamento da Seguridade Social (OSS) que possuía como receita as contribuições sociais dos empregadores, dos trabalhadores e 50% (cinquenta por cento) da receita de concursos e prognósticos (ROTTA e SILVA, 2012):

Esses recursos não integrariam o orçamento da União e sim o Orçamento da Seguridade Social (OSS), que destinaria por disposição transitória 30% das contribuições para a saúde – excluindo o seguro desemprego (MENDES; MARQUES, 2009). No entanto, a não observância da legislação vigente, irregularidade dos aportes financeiros à saúde e a fragmentação dos recursos da saúde para com Previdência e Assistência Social, por comporem o campo da proteção social juntamente com a Saúde, minimizaram todo e qualquer recurso destinado à saúde. (ROTTA e SILVA, 2012):

A fruição da porcentagem do Orçamento da Seguridade Social não foi longínqua, no entanto. Em 1993, observa-se expressivo aumento de

aposentadorias e pensões de trabalhadores, fazendo com que a Previdência Social se socorresse ao fundo em questão, o transformando em financiador exclusivo da área previdenciária, absorvendo toda a sua receita e deixando a Saúde às mínguas (BRASIL, 2007).

É neste contexto que surge a Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira, conhecida popularmente como CPMF, a fim de gerar fonte de custeio. No entanto, Reis *et al* (2018) cita: “a CPMF funcionou como uma fonte substitutiva, ou seja, a incorporação de seus recursos correspondeu, quase na mesma proporção, a diminuição de outras fontes”.

Considerando as inúmeras dificuldades orçamentárias do Sistema Único de Saúde nos anos 90 (CAMPELLI e CALVO, 2007), surge a Emenda Constitucional n. 29, a qual estipulou, dentre outras disposições, percentuais mínimos de investimentos pelos demais entes federativos. Rotta *et al* (2012) menciona que a Emenda supriu a lacuna deixada pelo texto constitucional original ao consignar a porcentagem de 15% do orçamento municipal e 12% do estadual em investimentos à saúde, entretanto, as mudanças “não concretizaram as expectativas de um aumento substancial do gasto federal em saúde”:

Não é de estranhar, portanto, que o subfinanciamento do SUS ainda seja tão atual; sua contextualização parece não ter ruptura com o passado; embora constitucionalizados, seus recursos ainda são escassos para atender à demanda de responsabilidade e efetivação dos princípios do SUS; ainda prevalecem os mesmos impasses de antes da constituinte: desregulamentação, jogo de interesse político, falta de governança e irregularidades dos aportes financeiros à saúde (ROTTA *et al*, 2012).

Avançando os períodos analisados e abordando o cenário mais atual do financiamento do campo em discussão, podemos mencionar os anos de 2015 e 2016, os quais representaram significativos impactos em um orçamento há muito defasado.

Em 2015, aprovou-se a Emenda Constitucional 86, alterando os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, tornando obrigatória a execução da programação orçamentária especificada na Emenda. Em outras palavras, a aplicação de recursos à saúde seria obrigatória nos percentuais escalonados da Receita Corrente Líquida (RCL) especificados. A referida vinculação à RCL

restou adstrita somente às emendas parlamentares individuais e aos programas e ações da saúde, gerando perdas de até 9 bilhões para o setor sanitário (MARTINS, 2015).

Já em 2016, foi aprovada a EC 95, conhecida como “emenda do teto de gastos”. A Emenda em questão alterou o Regime Fiscal, paralisando por vinte anos os investimentos em diversas áreas e, dentre elas, a saúde. Servo *et al* (2020) ora define os impactos ocasionados:

A perda de recursos federais foi estimada em R\$ 22,5 bilhões entre 2018 e 2020, sendo R\$ 13,6 bilhões somente em 2019. Isso revela o potencial de desfinanciamento do SUS pela EC 95 em comparação com a vinculação da aplicação mínima federal em ASPS dada pela EC 86. A EC 95 representa uma trava para a ampliação do financiamento do SUS, uma vez que não é possível alocar mais recursos para a saúde sem desfinanciar outras políticas no âmbito federal. Como há um teto de gastos para as despesas primárias, as aplicações mínimas em saúde e em educação foram congeladas, e algumas despesas tendem a crescer acima da inflação (benefícios previdenciários, por exemplo), gera-se competição por recursos cada vez mais escassos para financiar outras políticas. Logo, para que a saúde receba mais recursos, outras políticas precisam que eles sejam reduzidos. (SERVO *et al*, 2020)

Seja por desinteresse em vincular sua receita permanentemente, conforme proposto pela CRNS em 1988 à Constituinte, ou até mesmo mais recentemente por Iniciativa Popular, através do Projeto de Lei de Iniciativa Popular nº321/13, o qual também propôs a vinculação de 10% (dez por cento) da receita da União (SERVO *et al*, 2020), fato é que se observa um padrão histórico de relutância em comprometer o orçamento da União enquanto financiador da saúde.

A realidade é a de que, embora se trate de um direito social, devendo ser protegido pelo Estado, a União – o maior detentor de receita nacional – se esquivava da obrigatoriedade de financiar permanentemente um sistema único de saúde, por se esconder às cortinas de um sistema que possui, dentre seus princípios, a descentralização, com a responsabilidade concorrente no financiamento.

Em conclusão, observando os aspectos econômico-políticos aplicáveis à historicidade do Sistema Único de Saúde, percebemos dois pontos fundamentais a fim de que se torne perceptível as características que definem o

sistema como ele é hoje, são eles: a uma, o bojo da discussão de uma Pasta unificada e descentralizada de saúde pública surge no cerne da própria sociedade civil, representada pelo movimento reacionário sanitaria, e não por legisladores eleitos pelo povo; a outra, a falta de projeto econômico próprio de financiamento da saúde à Constituinte de 88, que resulta em um sistema cronicamente subfinanciado.

1.4. A PANDEMIA E A ALOCAÇÃO DE RECURSOS

As consequências geradas pela precariedade econômica relativa ao setor da saúde há muito são objeto de estudos pelas mais diversas áreas de estudo. Bousquat *et al* (2021) cita que “em três décadas, o SUS perdeu o equivalente à metade dos recursos financeiros federais de que dispunha quando foi criado”.

Seria lógico, então, concluir que a capacidade de atendimento de tal sistema universal estaria adstrita ao orçamento que lhe é repassado, ainda que considerando as inúmeras dificuldades em suprir todos os serviços sanitários ofertados. Entretanto, a situação pandêmica ocasionada pelo vírus SARS-CoV2, agravou ainda mais a precariedade de um sistema à mercê de recursos, forçando-o a atender a demanda insurgente com escasso patrocínio (VIDAL, 2020).

A fim de que o SUS não colapsasse em meio ao aumento elevado de demanda, algumas medidas foram adotadas objetivando a priorização dos recursos à disposição dos serviços da saúde. As providências são resultado de um dos princípios inerente ao serviço de saúde universal: a equidade, a qual abordaremos em específico adiante.

A equidade surge no contexto da saúde como fator de distinção entre os sujeitos que, por ordem constitucional, devem ser tratados de maneira igualitária, nos termos do art. 5º, caput, da CRFB/88. Seria, pois, um instrumento que possibilitasse a concretização de justiça social, estampado pela máxima do filósofo Aristóteles: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

No sistema de saúde universal em nosso país, a equidade poderia ser caracterizada como “a estratégia para se atingir a igualdade de oportunidades (...) de boas condições de saúde e de acesso aos serviços (...), levando-se em

conta as disparidades de ordem social, étnica, econômica e cultural” (BARROS, 2016). A título exemplificativo, a equidade se materializa nos sistemas de triagens iniciais, os quais potencializam a gravidade do caso clínico do indivíduo, os alojando em graus de atenção. Assim, aqueles em estado de emergência e/ou urgência seriam atendidos à frente daqueles com sintomas sem riscos.

De fato, o sistema de triagem pautado em uma política de atenção equânime há muito está presente no cotidiano brasileiro. Aqueles que dependem do sistema único de saúde, em tempos anteriores à Pandemia, acostumaram-se às longas filas de espera, pois sabiam que seu atendimento, ainda que demorado, chegaria. Claro, estamos diante de um exemplo típico de atendimento básico.

Entretanto, em meio ao surto pandêmico instaurado e frente aos graves sintomas, a comunidade presente no Brasil se deparou com uma situação não tão comum no atendimento básico: a falta de recursos e o questionamento “a quem seriam destinados os escassos recursos? ”

Em um estado pandêmico causado pelo vírus Covid-19, com a consequente falta de recursos para tratamento da população brasileira (SERVO *et al*, 2020), profissionais são obrigados a decidirem a quem será priorizado o atendimento clínico e/ou intensivo, na forma de escalas adotadas pela unidade de saúde, recebendo os insumos disponíveis (RANDOWN *et al*, 2014).

Em teoria, a decisão feita pelo profissional de saúde está pautada em princípios constitucionais, entretanto, o critério de sobrevivência escolhido pode ser inserido em um dilema ético utilitarista (ISMAEL *et al*, 2020): o recurso escasso para aquele que possui mais chances de aproveitá-lo. A hipótese afasta pessoas em condições de dependência para atividades básicas cotidianas, conforme apresenta a tabela clínica “*Clinical Frailty Scale by Rockwood et al*”, assumido como referencial teórico no ensaio de Satomi *et al* (2020).

Neste cenário, a situação de alojamento de recursos assume uma postura em que ocorre a “relativização de um direito (supostamente) inviolável”, imputando a autoria do ato não a profissionais da saúde que direcionam os insumos, mas sim ao Estado, que viola garantias fundamentais ao não providenciar recursos suficientes, através de uma política de constante sucateamento financeiro.

Por conseguinte, carece de razoabilidade o fato de que a Constituição brasileira caracterize como inviolável a vida, mas pressuponha suposta legalidade quanto a um possível juízo de valor à marginalização de pacientes pela escassez de insumos. Ora, a sociedade brasileira é destinatária final de uma proteção conferida pelo Estado e, com efeito, este se encontra incumbido à prestação de políticas públicas, sociais e econômicas que objetivassem à promoção e segurança da saúde (PAIM, 2018).

A realidade no cenário instaurado pela pandemia é alheia às garantias constitucionais.

Embora o texto constitucional atual tenha atribuído aos direitos fundamentais a importância que lhes são inerentes (SARLET, 2008), pouco há que se falar em relação à concretização da saúde aos moldes idealísticos apresentados ao texto constitucional. É nítido: a saúde, enquanto direito público subjetivo (e fundamental), não alcançará seu mais pleno conceito enquanto não se concretizarem as políticas de financiamento capazes de atender o direito de todos. Sem recursos, o direito fundamental à saúde não seria nada mais que letra-morta.

2. A INVIOABILIDADE DA VIDA FACE A AUTONOMIA DA VONTADE

Assim como a saúde, o direito à inviolabilidade da vida também está presente na Constituição de 1988, conforme previsão do art. 5º, caput, da CRFB/88: “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 (...)”.

Referido direito, no entanto, merece ser analisado enquanto precursor dos demais direitos sociais constitucionalizados ao art. 7º, CRB/88, “porquanto é um direito inerente ao ser humano, que para existir não necessita seu reconhecimento expresso”. Ora, se a vida existe antes mesmo que qualquer Constituinte a positivasse enquanto direito, esta seria, por consequência, vetor de todos os demais direitos assegurados constitucionalmente (CARVALHO, 2001).

Assim, a ideia de direito à vida se entrelaça com a dignidade humana, apresentando suas raízes à própria discussão da Constituinte de 1988. Sob uma análise histórica, a expressão que assumiria posto ao rol de princípios basilares nacionais seria “vida digna” (CRETELLA JR., 1988), entretanto, muito se discutia sobre a afirmação de que “à ausência da dignidade, perde-se a proteção ao direito à vida” (ARAÚJO *et al*, 2018).

Por consequência, é assumido o conceito de dignidade humana enquanto fundamento da República. Isto significa dizer que todos os esforços veiculados através dos inúmeros artigos constitucionais devem ser contemplados sobre a ótica da dignidade do homem. Mas o que isso significa para o direito à vida?

O direito presente à Constituição visa garantir a vida enquanto reflexo da dignidade humana, sendo, pois, imprescindível que sua análise seja assumida além da simples ideia de um “dever de viver” em seu sentido biológico (CARVALHO, 1994). Diniz (2002) expõe: “O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma”.

Enquanto direito fundamental, a inviolabilidade da vida possui caráter indisponível, de forma que o sujeito destinatário do direito tutelado não possui a prerrogativa de renúncia à proteção constituída. Atrelada à indisponibilidade, o Estado se coloca como garantidor de uma vida que vai além do “nascer”. Assim,

viver, e por consequência, viver dignamente, é ter acesso ao rol de direitos sociais estampados no art. 7º, CRFB/88, os quais, dentre inúmeros outros, está a saúde.

2.1. A RESPONSABILIDADE PELA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS

O conceito de indisponibilidade está arrolado às características inerentes aos direitos fundamentais. Para esta qualidade, a doutrina se abstém de considerar o indivíduo, enquanto singularidade, como titular único e exclusivo de tais prerrogativas, vez que a eficácia estaria pautada não somente em um contexto subjetivo, mas ao âmbito coletivo de importância (MARTEL, 2010). Sua finalidade estaria atrelada à “um dever axiológico-moral que identificou o ser humano como valor supremo e seus direitos, liberdades e atributos como a principal pauta jurídica (...)” (CASTELLANOS, 2019) e assim valorado como tal.

Neste sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal aposentado, Roberto Maurício Corrêa, assim definiu em seu voto ao Recurso Extraordinário que versava sobre o direito de crianças e adolescentes e sua paternidade biológica:

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero “pela utilidade universal da comunidade”. (BRASIL, STF. RE n. 248.869/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa)

Ocorre que a indisponibilidade, enquanto característica dos direitos fundamentais, não é absoluta (MARTEL, 2010). Com efeito, observa-se que há, na jurisprudência pátria, certa relativização de direitos fundamentais, pelos quais adotamos como exemplo prático, o da personalidade, assim reconhecidos a intimidade e a privacidade. Para tanto, observemos o enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil do STJ: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Assim, as breves considerações sobre a indisponibilidade têm impacto de necessária relevância para o estudo de dois direitos específicos.

Ora, a vida, assim como a saúde, é tratada como direito indisponível (BRASIL, c2022). Sobre o tema, necessário introduzirmos as considerações de Castellanos (2019) sobre as consequências geradas em razão do patamar que a característica apresenta:

A indisponibilidade se conceitua em dois sentidos: I) como impossibilidade dos Estados nacionais de utilizarem poderes institucionais e legais internos para decidir segundo arbítrio político (que realmente disfarça uma arbitrariedade “soberana”) em desfavor da integralidade do homem e seus Direitos Humanos. Deve-se entender, como limitação ao poder estatal, o freio a ações restritivas, cujo resultado é o desconhecimento, ameaça e violação dos Direitos Fundamentais; II) como comprometimento dos Estados nacionais ao imperativo moral de pautar suas ações políticas, jurídicas e institucionais em favor da socialização dos Direitos Humanos. (CASTELLANOS, 2019)

O autor então determina que atribuir caráter fundamental a determinado direito enquanto Constituinte não o torna necessariamente indisponível por si. Para alcançar os efeitos decorrentes de tal atribuição, seriam necessárias políticas públicas que visassem a plena garantia de mencionados direitos:

Isto quer significar que não basta abster-se de ameaçar e violar os Direitos, senão que devem ser feitas de maneira global ações positivas e afirmativas em favor da realização social plena das potencialidades de cada um, sendo o único limite admissível o bem comum, a utilidade pública, a ética republicana e a felicidade alheia. (CASTELLANOS, 2019)

Reconhecer que a indisponibilidade deve ser analisada não somente sob a ótica do cidadão, mas também como fruto de ações afirmativas que assegurem a fruição do direito em análise nos revela uma necessária flexão sobre o contexto pandêmico em que se inseriu o Brasil nos anos de 2020-2021.

Como mencionado ao capítulo e parágrafos anteriores, a Constituição Federal de 1988 assegura a indisponibilidade à vida, a qual merece ser analisada enquanto consequência da dignidade humana. Ora, a vida prevista constitucionalmente é resultado, senão, de concretização dos direitos sociais previstos ao Art. 6º, caput, CRFB/88 – considerando a figuração da saúde como tal.

Assim, para que o direito à vida digna se concretizasse ao passo da evolução pandêmica, deveria o Estado viabilizar recursos financeiros à saúde (um direito social) a fim de que fossem ofertados meios e instrumentos suficientes e capazes de comportar o elevado crescimento em procura pelas unidades de saúdes públicas. Não foi o caso, como bem explica Bousquat *et al* (2021):

A proposta orçamentária do Ministério da Saúde para 2021, em plena continuidade e ascensão da pandemia, foi reduzida para o valor do piso federal calculado pela regra da EC 95, sendo suspensa apenas para 2020. Na prática, isso significa que, para 2021, o valor está mais de R\$ 40 bilhões menor que o de 2020, não incluindo o último crédito extraordinário aberto, no valor de R\$ 20 bilhões, para as vacinas nos últimos dias do ano (Funcia, 2021). Nesse contexto, o Ministério da Saúde contará com bem menos recursos do que em 2020 e anos anteriores, para responder às necessidades de saúde da população, não restritas apenas ao enfrentamento da covid-19. (BOUSQUAT *et al*, 2021)

Para além do artigo redigido pela autora mencionada, o “Relatório sobre a execução orçamentária do SUS” (2021), confeccionado pela economista Elida G. Pinto, sob requisição do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a Pandemia do Covid-19 no Brasil, configurou a decisão discricionariamente política em relação aos recursos ofertados, mencionando que sua atuação não manteve relação com eventual inviolabilidade orçamentária:

Em suma, o diagnóstico do TCU é contundente em apontar que, mais uma vez, **mesmo diante da maior crise sanitária mundial das últimas décadas, a União se eximiu do seu papel nuclear de coordenar uma resposta sanitária federativamente equilibrada e fiscalmente suficiente em busca do fortalecimento do SUS.** O acúmulo de centenas de milhares de mortes majoritariamente evitáveis nada mais é do que uma consequência diretamente imputável a esse estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde do país. (PINTO, 2021) (negritamos)

Conforme explicado por Castellano (2019), a indisponibilidade de direitos está necessariamente entrelaçada às proposições ofertadas pela Governo a fim de que sejam assegurados e fruídos. Em consequência, esta relação simbiótica entre indivíduo-Estado a fim de manter a concretização do

ideal indisponível pode ser definida sob a ótica de: “uma relação diretamente proporcional, e até de dependência, com a maneira em que a autoridade se comporta e utiliza seus poderes tendo em vista o homem, seus direitos, liberdades e atributos existenciais”, conforme elucida o autor supramencionado.

Neste sentido, parece carecer de razoabilidade a ideia de que a indisponibilidade de direitos não poderia ser relativizada, conquanto o Estado não promova as ações necessárias a fim de viabilizar tais prerrogativas, fazendo-o. Por referido motivo, defende-se a adoção de responsabilidade individual pela autonomia de direitos necessariamente subjetivos, de forma que o indivíduo, então real destinatário de tal direito, pudesse ser responsável por suas próprias escolhas, sob a plena materialização do princípio reconhecido como “princípio da autonomia da vontade”.

2.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Sob a ótica de uma análise filosófica do conceito, Immanuel Kant, em sua obra *Crítica da razão pura* (1781), entende a autonomia como princípio que origina todas as leis morais, de forma que aquela, enquanto auto legislação, é reflexo de uma determinação que não concorre com nenhum outro princípio, estabelecendo-se em patamar hierárquico superior aos demais (KANT, 1999).

A autonomia estaria atrelada à liberdade, pela qual o indivíduo, enquanto portador de tal, age motivado pelos princípios internos puros da razão prática: em outras palavras, não estaria condicionado a nenhuma lei exterior, senão à própria percepção do que lhe é quisto pela própria concepção de moralidade (KANT, 1974). Borges (2007), assim expõe: “A vontade para ser autônoma precisa, então, ser considerada apenas em relação a si mesma, e não em relação a um objeto exterior à própria razão. ”

No campo da bioética, o princípio da autonomia se apresenta enquanto tópico basilar do ramo de estudos interdisciplinares que busca compreender as interações dos campos biológicos da saúde aos limites éticos da vida. Tal princípio estaria relacionado ao livre consentimento de pacientes sobre sua saúde, desde que plenamente informado sob todas as condições que a permeiam (ALMEIDA, 2000). Mozer (2004) explica as implicações relativas a referido princípio na adoção de medidas concernentes à pacientes em hospitais:

Ninguém pode decidir pelo enfermo, desde que este apresente condições mínimas para isso. E ainda que estas lhe faltem, não cabe ao médico, mas ao círculo familiar tomar as decisões mais importantes. A tomada de decisão, contudo, tem a pressuposição de que os doentes sejam devidamente informados não só sobre o diagnóstico, como também sobre as várias alternativas para uma intervenção de ordem terapêutica. Com isso passou a ganhar força o que se denomina direito ao consentimento informado. (MOZER, 2004)

O princípio em questão, no campo do ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, deveria ser observado a partir dos desdobramentos constitucionais extraídos do art. 5º, II, CRFB/88, em cujo seu teor é observada a prerrogativa de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei. No ideal constitucional, a autonomia da vontade encontra limitações legislativas, vinculando-se à ideia de que a todo cidadão tudo é permitido, desde que a lei não seja contrária.

Com o raciocínio exposto, encontramos fundamentos necessários para a discussão acerca da autodeterminação de um direito que, embora se apresente sob a nomenclatura de “autonomia da vontade”, encontra limitações a seu exercício.

Para tanto, há de se observar, como exemplo das limitações à autonomia da vontade no campo da busca pela disponibilidade de direitos fundamentais, o Tema 1069/STF, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como de repercussão geral, onde se discute o direito de autodeterminação das testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão da sua consciência religiosa (STF, c2022).

A discussão em tese aborda direitos igualmente fundamentais: a liberdade religiosa, estampada ao art. 5º, VI (“é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)”) em contraposição ao direito à inviolabilidade da vida, prevista ao art. 1º, III, bem como o direito social à saúde, nos termos do art. 196, todos da Constituição Federal de 1988.

Considerando a colisão entre os direitos fundamentais apresentados, os instrumentos hermenêuticos adotados pelas instâncias judiciárias brasileiras encontram fundamentação na disciplina apresentada pelo alemão Robert Alexy, o qual orienta a solução sob a ótica de uma busca pelo “equacionamento das colisões a fim de alçar o menor impacto possível aos direitos fundamentais contrapostos” (ALEXY, 2012), isso porquê:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. (ALEXY, 2012. Trad. Virgílio Afonso da Silva)

A possibilidade (e necessidade) para referido instrumento decorre da condição a qual se insere todos os direitos constitucionais. Conforme explica Muller *apud* Alexy (2008), “nenhum direito fundamental é garantido de forma ilimitada”.

O direito penal acolhe a capacidade cognitiva do indivíduo como representação da linha tênue que separa o dever de agir em detrimento à garantia da autonomia decisória (BARRETO NETO, 2013). Beauchamp e Childress (2002) entendem tal capacidade como a relação entre ato e efeito, de modo que a ausência de discernimento sobre a situação atrelada ao “posicionar-se autonomamente” em relação ao fato poderia justificar a atuação penal. Às palavras de Claus Roxin (2006):

Partindo-se da concepção aqui defendida, um tal paternalismo só se justifica em casos de déficits de autonomia na pessoa do afetado (ou seja, em caso de perturbação anímica ou espiritual, coação, erro e similares) ou para fins de proteção aos jovens (a qual também decorre de uma responsabilidade limitada)

Para a área abordada, a intromissão penal se justificaria uma vez colacionada hipóteses que representassem indícios de perda da autonomia a fim de gerar resultados incapazes de serem tolerados na esfera criminal. Pierangeli (2001), no entanto, ao abordar contextos mais específicos da legislação penal, expõe a irrelevância acerca do consentimento do indivíduo que, ainda que em pleno gozo de suas faculdades mentais, dispõe sobre “direitos indisponíveis”.

Em outras palavras, “o consentimento da vítima não produz efeitos jurídicos” quando da disposição sobre a própria vida – motivo pelo qual, no Brasil, apesar de não existir necessariamente a tipificação da eutanásia, os indivíduos responsáveis pelo ato incorreriam no crime de homicídio, previsto ao art. 121 do Código Penal.

2.3. EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO

Na esteira da análise realizada pela aceção da autonomia de vontade, esbarramo-nos em limitações abrangidas pelos mais diversos campos. Com efeito, um dos exemplos mais específicos na legislação brasileira está escorada na tipificação do suicídio assistido, bem como da eutanásia – que, no entanto, não recebe este nome aos artigos do Código Penal. Ora, por consequência, imperioso destacarmos estes institutos, vez que se alinham perfeitamente aos temas expostos: a vida, saúde e autonomia.

De início, no entanto, relevante especificarmos as diferenças entre as três práticas médicas a seguir abordadas, quais sejam, a eutanásia, o suicídio assistido e a ortotonásia.

De La Torre (2019) define a eutanásia como *“la provocación intencionada de la muerte de una persona que padece una enfermedad avanzada o terminal, a petición expresa de ella, y en un contexto médico”*. Haveria, pois, como agente ativo no ato intencionado, o médico, que proporciona a morte (digna, conforme expressão utilizada por inúmeros autores) ao paciente que expressa seu desejo em não mais prolongar e/ou continuar tratamentos médicos.

Acerca da expressão “morte digna”, esta é cunhada por inúmeros autores ao tratar da abreviação da vida. Maria Helena Diniz (2002), porém, é expoente contrária no direito brasileiro à utilização da expressão, ao relacionar a decisão autônoma do enfermo à ausência de dignidade: “que tipo de dignidade é essa em que a pessoa não tem direito a vida e sim a morte?”. Em sua obra “O estado atual do biodireito”, Diniz colaciona inúmeros filósofos, contrapondo-os, a fim de justificar seu ponto de vista contrário a quaisquer temas relacionados ao término por meios que não o falecimento natural dos corpos.

Justificando aqueles que pensam em sentido contrário, Diniz (2002) faz a seguinte menção:

Platão, em seus Diálogos, lembra a respeito à afirmação de Sócrates de que “o que vale não é o viver, mas o viver bem”. O princípio da qualidade de vida é usado para defender a eutanásia, por considerar que uma vida sem qualidade não vale a pena ser vivida.

Retornaremos à análise da citação ao filósofo adiante.

Considerando a eutanásia como o ato de abreviar a vida do enfermo – sob o consentimento deste –, podemos especificar o “suicídio assistido” como fruto de uma transferência de responsabilidade pela antecipação da morte. Neste, o detentor do ato que de fato põe fim à vida seria o próprio enfermo, enquanto agente de sua própria morte, sob os cuidados de um profissional médico capacitado: *“Es la ayuda médica para la realización de un suicidio ante la solicitud de un enfermo, proporcionándole los fármacos necesarios para que él mismo se los administre”*, explica De La Torre (2019).

Com efeito, a última prática médica mencionada diz respeito à ortotanásia. Consubstancia-se na ação do médico em não prolongar tratamentos paliativos com o intuito tão somente se estender a vida do paciente. A ortotanásia se refere ao “deixar morrer de forma natural”, assegurando os cuidados tão somente necessários com o intuito de evitar o sofrimento desnecessário, conforme expõe Bomtempo (2011):

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (Resolução nº 1.805/2006 do CFM).

No Brasil, o auxílio ao suicídio encontra tipificação própria no Código Penal, conforme previsão do art. 122, determinando a reclusão de seis meses a dois anos como penalidade. Já a eutanásia, apesar de não expressamente prevista na legislação pátria, é caso de enquadramento à hipótese de homicídio, consoante inteligência do art. 121, também do Código Penal; salienta-se, contudo, a possibilidade atenuante, nos termos do parágrafo primeiro. Rosa (2011) explica:

A Lei Penal prevê a figura do homicídio privilegiado, que se dá quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 121, §1º). O valor moral a que se refere o dispositivo diz respeito a interesses particulares do agente (compaixão, piedade, etc.). (ROSA, 2011)

Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro apresente um olhar punitivista acerca da abreviação à vida em atos caracterizados como eutanásia e suicídio assistido. A penalização do tema afasta a discussão sobre a autonomia de pacientes terminais, de forma que, sua tipificação, reduz a discussão em tabu.

Sobre o tema, ao contrário de Diniz, representante de uma corrente que entende a autonomia de escolha como tema a ser analisado subversivamente à vida, Bomtempo cita que as práticas de eutanásia ou do suicídio assistido representariam justamente a materialização do direito a dignidade humana enquanto reflexo de um direito à vida e morte digna.

Nestes termos, o autor mencionado se filia às citações apresentadas em nome de Platão. Ambos reconhecem o direito a autonomia privada como suprassumo da afirmação cidadã enquanto reflexo da liberdade de escolhas. Vieira apud Bomtempo (2017) relaciona com maestria a ideia veiculada nos capítulos anteriores, no sentido de que a saúde e a vida, enquanto garantias de dignidade, devem ser analisados sob a ótica da autonomia de vontade:

É dado a pessoa o direito à vida e não o dever a vida, ou seja, você tem o direito, mas não é obrigado a permanecer perecendo. Isso explica, de certa forma, o que é dito com relação ao artigo 5º da Constituição Federal, pois é dado o direito a inviolabilidade da vida, isso significa para o autor que se tem o direito, mas sendo esse do cidadão, é ele quem deve escolher.

Considerando, por consequência, a existência de um “direito à vida e não o dever a vida”, caminha-se para a análise de uma proposta que visa justamente assegurar tal direito como materialização da dignidade humana ao final da vida, considerando o fato de que, muito embora seja abordada de maneira receosa, a morte assistida merece ser tratada enquanto política de saúde pública, não como crime.

3. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O ordenamento jurídico brasileiro não está apto a regulamentar todas as situações que surgem em meio a crises enfrentadas e, por isso, emergem lacunas legislativas que devem ser resolvidas com o auxílio dos métodos e dos princípios da hermenêutica. Todavia, algumas áreas do conhecimento, como a saúde, buscam sempre operar sob o pálio de uma legislação objetiva que oriente e justifique suas ações enquanto profissionais (BATISTA; SEIDL, 2011).

Visando suprir o vácuo legislativo que ameaçava a autonomia do paciente, as expressões de suas vontades enquanto enfermo e a ética médica diante de situações conflituosas, surgiu, em 2012, a Resolução n. 1.995 do Conselho Federal de Medicina, definindo as “diretivas antecipadas de vontade do paciente”, isto é, “o conjunto de desejos expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar (...) sua vontade” (CFM, 2012).

O documento tem inspiração em legislações internacionais, em especial a estadunidense, pioneira na América sobre o tema; qual seja, a lei “H.R. 4449”, conhecida como PSDA – Patient Self Directive Act, ou simplesmente “The Act”, do centésimo primeiro mandato congressista, que elucida e prioriza a autonomia do paciente em relação aos seus próprios anseios (CLOTET, 2009).

Embora inovador no âmbito nacional, por se tratar de instrumento ético-profissional, a solução apresentada pelo CFM não tem competência para definir ou limitar o conteúdo das diretivas. Certo é que a atual Constituição Federal veda, em seu 5º artigo, a abreviação da vida, ainda que a pedido do paciente, conquanto, demais princípios constitucionais discorrem sobre o exercício do direito à livre decisão sobre sua pessoa ou bem-estar.

Outrossim, é necessário aprofundar o tema em questão, na medida em que a lacuna causada pela falta de legislação específica sobre as diretivas antecipadas pode colocar em risco a independência do paciente enquanto detentor de seus próprios direitos de personalidade (COGO e LUNARDI, 2018).

3.1. SOB A ÓTICA DO DIREITO ESTRANGEIRO

3.1.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O modelo das diretivas antecipadas de vontade surgiu nos Estados Unidos da América, sob aplicação nacional para todos os estados daquele país, em 1991, na forma da lei federal conhecida como “*The Patient Self-Determination Act*” – o que, em tradução livre, poderia ser reconhecida como uma legislação que versasse sobre a autodeterminação de pacientes (CONGRESS, c2021).

Entretanto, a ideia de um documento que atuasse enquanto instrumento representativo da proteção ao “direito individual a permitir a morte” (DADALTO, 2013) surgiu tempos antes, em 1969, pelo advogado e ativista de direitos humanos Luis Kutner, muito embora o termo tenha sido cunhado em 1967 pela *Euthanasia Society of America* (ESA) em uma proposta genérica sobre o tema (MONTEIRO e SILVA JUNIOR, 2019).

À época, o texto legislativo previa duas hipóteses a fim de materializar a decisão do paciente, sendo elas: a) “*living will*”, instrumento pelo qual o paciente definia seus desejos diante de um diagnóstico terminal; b) “*durable power of attorney for health care*”, consistindo em uma procuração outorgando poderes a alguém que decidiria os procedimentos a serem seguidos em caso de incapacidade do paciente em externar seus anseios.

Ambos os modelos representam uma busca pela necessidade de o paciente participar ativamente das decisões concernentes à sua própria saúde e, em um objeto de análise mais amplo, sua própria vida. Entretanto, atualmente, Brown *apud* Dadalto afirma que somente 25% dos estadunidenses usufruem dos instrumentos presentes à legislação desde a década de 90. Para Teoli e Ghassemzadeh (2021), um dos motivos para a baixa popularidade estaria atrelada aos receios dos profissionais de saúde sobre eventuais acusações envolvendo auxílio ao suicídio, considerando o fato de que não havia certeza em como seriam as conseqüentes acusações daqueles que implementassem a PSDA em suas clínicas:

*There were several areas of concern surrounding the passage of this amendment. At the time, **individual physicians were concerned about accusations of assisting suicide if withdrawing IV fluids, feeding tubes, etc. as it was not yet certain how the law would treat any subsequent accusations toward those trying to implement the PSDA into their clinical practice. There was a concern for malpractice liability if difficulty arose in implementing patient wishes for any reason.** There was concern about physicians having to adapt their own moral compass; treating patients in a way they might not have before the passage of PSDA. (TEOLI e GHASSEMZADEH, 2021) (negritamos).*

Com efeito, muito embora sua adesão não tenha expressividade significativa entre os cidadãos americanos, há que se ressaltar os resultados alcançados a partir da posituação das diretivas antecipadas. Thobaben (1996) cita que os instrumentos em tela capacitam os pacientes, os emponderando a se tornarem agentes decisivos em relação aos cuidados pertinentes a si mesmos, evitando tratamentos excessivos e insuficientes: *“Nevertheless, the innovative amendment changed the face of healthcare for millions of people: patients, their families, and their healthcare providers alike”*.

3.1.2. PORTO RICO

O país foi o primeiro na América Latina a legislar sobre o tema abordado neste capítulo aprovando, em 2001, a Lei n. 160, conhecida como *“Ley de Declaración previa de voluntad sobre tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal o de estado vegetativo persistente”* (PUERTO RICO, 2001). Monteiro e Silva Jr. (2019) assim definem os requisitos para as diretivas:

Maiores de 21 anos em pleno gozo de suas faculdades mentais declarar-se sobre os tratamentos aos quais querem ou não ser submetidos quando em condição terminal ou em estado vegetativo persistente. Possibilita ainda nomear procurador. A DAV deve ser registrada em cartório, podendo ainda ser declarada na presença do médico e de duas testemunhas não herdeiras. A lei vincula o médico e a instituição de saúde à execução do documento. Peculiarmente, essa lei estabelece que, caso a paciente esteja grávida, a diretiva só será executada após o nascimento do bebê. (MONTEIRO e SILVA JR, 2019)

Através da exposição de motivos preliminares apresentada na Lei n. 160, observamos a presença de inúmeros princípios que justificariam a necessidade

de positivação das DAVs. Dentre eles, podemos mencionar a dignidade humana e a autonomia de vontade.

Para os legisladores porto-riquenhos, a necessidade da promulgação de uma normativa que abordasse as diretivas antecipadas seria reflexo do reconhecimento de direitos da personalidade: *“los derechos libertarios de las personas, reconocidos y protegidos por la exigencia del proceso legal”* (PUERTO RICO, 2001).

O texto legislativo em questão, então, reconhece as diretivas enquanto procedimento legal a ser adotado pelo cidadão maior de idade, capaz, no caso de decisões voluntárias a fim de que seja expressado qual tratamento será necessário ou não administrado. Considera como condição, no entanto, a existência de condição terminal ou estado vegetativo para que o ato produza efeito – não se fala em auxílio ao suicídio, pelo qual haveria sua expressa vedação ao art. 13: “esta lei não autoriza a prática da eutanásia ou a provocação da morte por piedade”, em tradução livre.

Enquanto requisito formal, a Lei estabelece que a declaração de vontade deverá ser escrita, assinada e firmada diante do escrivão, mediante testemunhas (ressalvados herdeiros diretos). No entanto, muito embora possua a necessidade de registro e reconhecimento em repartição pública, a norma prevê como obrigação do paciente informar ao médico ou ao hospital a existência de declaração de vontade, devendo o paciente providenciar a entrega do documento; em sendo o caso de incapacidade de comunicação pelo próprio outorgante, uma das testemunhas ou eventual procurador constituído por aquele deverá notificar o hospital.

3.1.3. CANADÁ

Em relação aos países mencionados anteriormente, não existem diferenças significativas no que tange a definição das diretivas antecipadas de vontade no Canadá. De acordo com a lei canadense, o “living will” (em tradução livre: testamento vital) é um instrumento escrito que estabelece diretrizes específicas a serem seguidas em relação aos cuidados médicos, caso o autor do documento não possa tomar essas decisões por si mesmo (STEINLE, 1992).

Todavia, no que diz respeito às formalidades, a legislação do país não estipula requisitos, sendo o fato de que muitas províncias – assim conhecidos os estados no país – somente solicitam a assinatura de testemunhas ao documento (WILLFUL, c2021).

A necessidade de se discutir as peculiaridades do país repousa na recente decisão da Suprema Corte canadense que reconheceu como violação aos interesses fundamentais atinentes a autonomia privada a proibição do suicídio assistido. A interferência pertinente a escolhas relativas ao próprio corpo resultaria em uma ofensa à liberdade de interesses:

It is clear that anyone who seeks physician-assisted death because they are suffering intolerably as a result of a grievous and irremediable medical condition does so out of a deeply personal and fundamental belief about how they wish to live, or cease to live. (CARTER, 2016)

A Suprema Corte, então, determinou que a criminalização do suicídio assistido através do Código Penal daquele país, violaria a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Carta Canadense de Direitos e Liberdades, em tradução livre), considerando que os direitos à vida, liberdade e segurança deveriam ser valorados em consonância ao princípio da autonomia da vontade, observado o direito relativo às escolhas fundamentais à própria vida.

Há de observar os requisitos estabelecidos pela Corte para o suicídio assistido. A fim de conferir segurança e evitar influência sobre a decisão, determinou-se uma série de critérios a serem observados: a) pessoa capaz; b) consentir claramente com a abreviação da vida; c) ter uma condição médica grave e irremediável; e d) estar sofrendo de maneira intolerável (CANADA, 2015).

Com efeito, a decisão estabeleceu um período de um ano – o qual, no entanto, foi prorrogado em alguns meses – para que as esferas federativas e provinciais se organizassem a fim de que uma nova lei fosse implantada, afastando a tipificação do ato, sendo, atualmente, plenamente possível a realização da abreviação à vida para aqueles pacientes que ora preenchem as condições impostas (CASTRO *et al*, 2016).

3.2. DAV NO BRASIL: SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS

No âmbito legislativo, as diretivas antecipadas no Brasil não encontram respaldo legal no que diz respeito aos procedimentos de validade. Em outras palavras, não há lei promulgada regulamentando e providenciando as diretrizes a serem seguidas pelo instrumento em questão. Há, no entanto, inúmeros projetos de lei versando sobre o tema. Em uma busca no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados pelo termo “diretivas antecipadas de vontade”, encontramos o total de vinte e duas proposições que versam sobre direitos do paciente através do documento (DAV).

Apesar de as diretivas antecipadas não serem objeto da legislação no ordenamento jurídico brasileiro, não há o que se falar na inexistência de possibilidade legal, sendo a confecção de tal documento dotada de capacidade de produzir efeitos. Qualquer indivíduo, desde que capaz, poderia registrar publicamente uma escritura contendo suas expressões de vontade quanto a tratamentos que deseja ou não receber, tendo a validade deste documento extraída da fé pública a qual o responsável cartorário é investido (MABTUM e MARCHETTO; 2015).

Não obstante, o Conselho Federal de Medicina (CFM), autarquia que regulamenta o exercício da profissão de medicina no país, visando suprir a lacuna legislativa brasileira sobre o tema, com a finalidade de vincular exclusivamente a classe médica, sendo incapaz de produzir efeitos para além destes, apresentou a Resolução n. 1.995/2012, definindo as diretivas antecipadas e discorrendo sobre os procedimentos a serem adotados pelo profissional em face de eventual incapacidade do paciente em exprimir suas vontades relativamente à própria saúde.

Nota-se que, para o Conselho, as diretivas antecipadas representam um conjunto de desejos manifestados previamente “sobre cuidado e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (CFM, 2012). Ainda, de acordo com a Resolução apresentada, a validade do instrumento teria eficácia desde que de acordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. Em

relação ao tema, importante salientar que o art. 41 de referido código impõe aos médicos a vedação da abreviação da vida do paciente, ainda que a pedido deste.

Considerando a fragilidade do instrumento no país, diante da inexistência de legislação específica sobre o tema e nos vinculando apenas à normativas de autarquias sem eficácia *erga omnes* (isto é, para todos), há que se discutir sobre a necessidade de positivar as diretivas antecipadas de vontade a fim de que limites, diretrizes e parâmetros procedimentais sejam adotados, uniformizando a discussão sobre a questão em um caráter nacional.

Assim, em uma análise dos países mencionados aos tópicos anteriores, podemos observar algumas questões relevantes a serem observadas pelos legisladores. Dentre elas, cita-se a necessidade de estipulação quanto ao procedimento de registro e suas formalidades – Porto Rico, como exemplo, adotou um modelo em que a testemunha possui relevante papel no que diz respeito à incapacidade do autor, conforme especificado, registrando o documento em uma repartição pública notarial, sem distinção a demais documentos.

Embora não citada nos países anteriormente elencados, a Espanha também legislou sobre o tema. Entretanto, quanto as formalidades a serem cumpridas, foi além, criando o Registro Nacional de Instruções Prévias, vinculado ao Ministério da Saúde e Consumo (LÓPEZ SÁNCHEZ, 2003), – os documentos registrados nesta repartição podem ser consultados por vias eletrônicas, facilitando o acesso às disposições.

Com efeito, a concentração de tais documentos em um órgão exclusivo poderia facilitar a comunicação entre aqueles pacientes que, infelizmente, deem entrada nos centros e hospitais médicos já incapazes de exprimir suas vontades. O mecanismo substituiria a necessidade das testemunhas em fazerem cumprir os anseios do paciente, vez que a situação de necessidade a que se insere as DAVs é de imprevisibilidade: muito embora o documento seja redigido sob hipótese futura, nunca seríamos capazes de estabelecer quando a situação poderia se concretizar.

Para além dos procedimentos formais, há que se discutir relevâncias materiais a serem dispostas. Dadalto (2013) leciona sobre cinco pontos específicos que devem estar presentes no instrumento: “valores e desejos; decisões sobre o fim da vida; disposições outras; diretrizes para a equipe

médica; e revogação”. Assim, considerando a intenção do autor do documento, conforme as especificações contidas aos “valores e desejos” aliados a disposições sobre sua decisão propriamente especificada às “decisões sobre o fim da vida”, teríamos uma definição clara, sem margens para eventuais questionamentos, acerca das reais intenções que guiaram a confecção do instrumento.

3.2.1. REFLEXÕES SOBRE LIMITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

De fato, a eutanásia no Brasil não é propriamente tipificada; não existindo menção específica no Código Penal sobre o ato. Sua criminalização no ordenamento jurídico brasileiro se dá enquanto crime de homicídio, nos termos do art. 121 do Código Penal. O auxílio ao suicídio, no entanto, consta enquanto tipificação, estando previsto ao art. 122, também do mencionado código. O enquadramento aos tipos penais mencionados se dá em razão da previsão constitucional relativa a indisponibilidade da vida.

No âmbito administrativo, por força do Código de Ética Médica - CEM, observa-se a impossibilidade de previsão quanto a abreviação à vida nas diretivas antecipadas de vontade. Prevê o art. 14 do CEM que o documento de disposição não pode carregar em seu teor quaisquer atos que traduzam hipótese de abreviação da vida e, caso possua, o profissional poderá se recusar a seguir os termos dispostos.

De maneira efetiva, no entanto, as perspectivas sobre o fim da vida merecem ser discutidas à luz do direito à vida digna, conforme mencionado aos capítulos anteriores. Veja bem. A consideração acerca da inviolabilidade da vida não deve ser analisada enquanto dever de viver – sua aplicação vai além simplesmente da imposição a viver sob quaisquer custos: não é por outro motivo que esta mesma Constituição, que impõe a inviolabilidade a vida, assevera a garantia à ortotonasia, fazendo valer as garantias à saúde e à dignidade, materializados sob a ótica de uma morte digna.

Entre os constitucionalistas, é clara a máxima de que “nenhum direito é absoluto”; nesta premissa se encontra um dos fundamentos para a reconsideração das limitações impostas pelo campo penal: a autonomia da vida, enquanto condição digna, deve ser analisada sob um viés capaz de agregar em

seu entendimento os demais direitos e garantias sociais presentes na Constituição.

Para além das palavras eruditas, é necessário evidenciar a injustiça a qual se insere o atual ordenamento jurídico ao negar acesso à saúde digna e universal assegurada constitucionalmente, materializado como fruto da escassez de investimentos em recursos destinados ao combate de uma situação de calamidade pública, como foi – e está sendo – a pandemia causada pelo Covid-19.

Uma vez que o Estado possui a capacidade de intervir conforme seu entendimento sobre o orçamento financeiro, gerando impactos sociais ao violar, como consequência, inúmeras vidas a partir de uma decisão exclusivamente política, compreende-se que de forma semelhante poderia o indivíduo, como detentor de sua própria existência, dispor de sua vida, enquanto corolário de sua própria autonomia.

A necessidade da positivação das diretivas antecipadas deve ir além da simples discussão quanto as formalidades que envolveriam o documento, trazendo em seu bojo argumentativo a disposição sobre a própria vida. Isto pois a autonomia da vida, frente aos princípios da dignidade humana e a inevitabilidade em se enxergar o desejo pela abreviação da vida enquanto questão de saúde pública, deve ser valorada com a condição fundamental que lhe é inerente.

Por fim, é importante ressaltar o que os princípios fundamentais da medicina (CFM, 2009) expõem como alvo da atenção do médico “a saúde do ser humano”. Para tanto, impossível enxergar a saúde como objeto alheio aos anseios pessoais, afinal, Platão bem especifica o fundamento deste trabalho ao definir a autonomia enquanto a necessidade de se “realizar a humanidade em cada um de nós”.

Para além dos olhos daqueles que enxergam a abreviação da vida enquanto tabu e algo que afasta a dignidade da pessoa humana, penso justamente o contrário: dignidade humana é poder estar inserido em um contexto em que reste assegurado todas as garantias do homem, sem exceção, repousado, aí, a autonomia privada sobre os próprios anseios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao início deste trabalho, observamos que a saúde, como a conhecemos atualmente – universal, integral e equânime – foi alcançada somente através da Constituição de 1988, pela qual restou elevada ao patamar de direito fundamental. Esta nova categoria alcançada pelo direito à saúde no Brasil exigiu um novo olhar pelos entes federativos a fim de que seus preceitos fossem cumpridos. Para tanto, sua concretização deveria ser objeto de um importante planejamento orçamentário que fosse capaz de assegurar sua fruição a todos que neste país estivessem.

Muito embora a expectativa de que o novo sistema único de saúde fosse capaz de conferir as garantias propostas pela atual Constituição, a realidade se apresenta como uma área pública escassa de recursos, a qual nunca teve um orçamento próprio, dependendo sempre de destinações relativas a contribuições alheias à pasta da saúde. Com efeito, os reflexos foram visíveis quando do combate à pandemia ocasionada pelo vírus Covid-19: faltaram leitos, materiais essenciais para internações e profissionais suficientes a atender toda a demanda gerada.

As consequências da falta de investimento resultaram em milhares de cidadãos sem atendimentos, conforme a política de triagem, fruto do racionamento de material. Essa insuficiência de recursos resultou em uma análise sobre a valoração da vida, sob a ótica, também, da Constituição vigente. O texto constitucional prevê a inviolabilidade da vida como preceito fundamental. Entretanto, expõe-se que o direito à saúde é desdobramento de uma necessidade apresentada pela própria Constituição enquanto resultado de uma vida digna, nos termos do princípio da dignidade humana.

Embora a crise sanitária causada pelo Covid-19 tenha gerado aumento na demanda do Sistema Único de Saúde, o déficit de recursos do SUS há muito carece de eficiência por escassez orçamentária. A falta de planejamento orçamentária eficaz após a Constituição de 1988 apresenta reflexos na capacidade de atendimento do SUS, fruto do desprezo quanto a necessidade de um fundo orçamentário próprio – e não dividido – desta.

Com efeito, os números referentes ao orçamento do SUS para o combate à Pandemia se demonstraram insuficientes ao efetivo enfrentamento,

mas o Sistema poderia estar, há muito, melhor preparado: o colapso atual é fruto de decisões políticas históricas.

O dever do Estado em assegurar os direitos sociais sob sua máxima proteção não foi cumprido, deixando inúmeros brasileiros às mínguas do atendimento clínico durante a Pandemia, com a privação de profissionais, insumos e leitos. Com efeito, observamos que a ausência de investimentos representou mera decisão política – o orçamento de combate poderia ser maior e as consequências menores.

Não foi o caso observado diante do prognóstico orçamentário investido no contexto apresentado, vez que as decisões adotadas pelo Estado enquanto desinteresse em assegurar maiores recursos no contexto citado, representam violação de direitos sociais que refletem, necessariamente, desrespeito à vida (digna) das pessoas que usufruem do SUS.

Realizadas tais considerações, analisou-se a situação real quanto ao direito a vida constitucional, emergindo o debate acerca do efetivo cumprimento de promoção às condições necessárias a fim de que a “indisponibilidade da vida”, considerada como inviolável, pelo Estado, estivesse resguardada através de políticas públicas capazes de a assegurarem.

Sob a justificativa de que a inviolabilidade da vida humana restou desmitificada por ato discricionário político, entende-se rompido o teor que limitaria a autonomia privada em temas como “eutanásia” e “suicídio assistido”. Assim, os institutos foram considerados sobre a ótica da intimidade e personalidade do indivíduo, atribuindo um olhar humanista sobre a abreviação da vida.

Com efeito, não se discutiu os sujeitos destinatários de um direito à abreviação da vida: não se aborda a possibilidade de estipulação por pacientes terminais ou aqueles que possuem doenças crônicas e afins. Entende o autor que o debate sobre estes sujeitos deve ser realizado de maneira interdisciplinar, envolvendo interações entre áreas para além do campo exclusivamente jurídico. As considerações estipuladas neste trabalho referem-se ao “morrer dignamente” sob uma ótica abstrata, sem análise quanto ao sujeito final.

Após, restou exposto a necessidade de legislação acerca das diretivas antecipadas de vontade – instrumento em que o indivíduo registra o caminho a ser percorrido diante da relação médico-paciente em situações de incapacidade

em externar a autonomia de vontade no que diz respeito ao tratamento a ser seguido.

Com efeito, o tema foi abordado com o objetivo de que a abreviação à vida fosse passível de registro às DAVs, vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há legislação específica sobre o tema que exemplifique, oriente e limite a construção das diretivas, dependendo tão somente da Resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina de 2012.

Conquanto as diretivas antecipadas não sejam objeto da legislação no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, não há o que se falar na inexistência de possibilidade legal. A normativa mencionada, ainda que não tenha caráter legislativo, serviu como instrumento de promoção do registro público das diretivas antecipadas. Neste sentido, imprescindível que se fomente o debate sobre a regulamentação do direito à expressão da vontade e de seus limites, sob a ótica do direito à livre decisão sobre sua pessoa e/ou bem-estar.

Podemos afirmar que a não regulamentação das diretivas antecipadas de vontade pode apresentar consequências sociais como efeito de sua omissão, vez que não há regramentos a serem adotados de maneira uniforme no país. Devem, assim, serem regulamentadas, positivando procedimentos, limites e validade, a fim de proporcionar segurança jurídica àqueles que utilizam do instituto.

A previsão sobre abreviação da vida enquanto teor do documento mencionado deveria ser penalmente descriminalizada e, em consequência, civilmente positivada, ante a fundamentação exposta, aliando os princípios à vida digna e à autonomia privada, afinal, a morte merece ser abordada enquanto política de saúde pública, assegurando-se a dignidade humana até o desejo de suspiro final do sujeito, e não como motivo de criminalização de um desejo interno, único e exclusivamente pessoal.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALLISON, H. E. Kant's Theory of Freedom. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

ALMEIDA, Aline Mignon de. Bioética e biodireito. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

ALVES, Cristiane Avancini. **A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade**. In: Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pp. 113-144.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. Princípios de ética biomédica. São Paulo: Loyola, 2002.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. Síntese de Direito de Família, São Paulo, v. 13, n. 68, p. 73-95, out./nov. 2011.

BRASIL. Código Penal (1940). Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dez. 1940.

CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias; CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. **A autonomia do médico e do paciente no atual Código de Ética Médica**. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coords.). Livro homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

CONGRESSO INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA, INICIAÇÃO CIENTÍFICA E CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas devontade dos pacientes**. Resolução n. 1.995, de 9 de agosto de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, Seção I, p.113, 31 de ago. de 2012. Disponível em:
<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em 21 de set. de 2020.

DADALTO, Luciana. **A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos portugueses e franceses**. Revista M, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 443-460, 2016. DOI <https://doi.org/10.9789/2525-3050.2016.v1i2.443-460>. Disponível

em: <http://seer.unirio.br/index.php/revistam/article/view/8140>. Acesso em: 11 mar. 2021. <https://doi.org/10.9789/2525-3050.2016.v1i2.443-460>

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de estado e políticas de governo: o caso da saúde pública**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 18 p.

DOUBLE, Richard. **The non-reality of free will**. New York: Oxford University Press, 1991.

DRANE, James F. **Clinical bioethics – theory and practice in medical-ethical decision making**. Kansas City, United States: Sheed & Ward, 1994.

EDSEL, Ernest. **The complete legal form book of living wills**. United States: Folger Public Policy Research Center on Death and Dying. 2009.

EMANUEL, Ezekiel J. *et al.* **Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19**. The New England Journal of Medicine, Massachusetts, n. 382, p.2049-2055, 2020. DOI 10.1056/NEJMsb2005114. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmsb2005114>. Acesso em: 28 maio 2021. <https://doi.org/10.1056/NEJMsb2005114>

EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 4., 2020, Belo Horizonte. **Fatores que interferem na tomada de decisão frente à escassez de recursos em serviço de urgência e emergência [...]**. Belo Horizonte: [s. n.], 2020. 10 p. Tema: Direito e saúde. Disponível em: http://izabelahendrix.edu.br/pesquisa/anais/arquivos2019/ciencias-da-saude/fatores-que-interferem-na-tomada-de-decisao-frente-a-escassez-de-convertido_pagenumber-1.pdf. Acesso em: 11 maio 2021.

FERNANDES, Gustavo Andrey de Almeida Lopes *et al.* **Os desafios do financiamento do enfrentamento à COVID-19 no SUS dentro do pacto federativo**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 595-613, 2020. DOI <http://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200290>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/zNs77xnNYYT3xxtVhTpyVt/?lang=pt#:~:text=Em%20o%20utras%20palavras%2C%20busca-se,SUS%20no%20pacto%20federativo%20brasileiro>. Acesso em: 4 maio 2021. <https://doi.org/10.1590/0034-761220200290>

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional - 38ª Ed.** Saraiva, 2012, p. 125.

GALHA, Lucília. **Morte assistida - temos o direito de escolher a forma como morremos? – os desejos e os receios de sete doentes portugueses confrontados como fim**. Alfragide, Portugal: Oficina do livro, 2013.

GARCIA, Eusebio Fernandez. **Dignidad humana y eutanásia**. In: ROIG, JavierAnsuátegui (coord.). Problemas de la eutanásia. Madrid: Dykinson, 1999.

ISMAEL, Maria Letícia Monteiro *et al.* **O estabelecimento de critérios para a ocupação de leitos de UTIs no Brasil durante a pandemia da Covid-19: uma análise das limitações jurídico-filosóficas impostas**. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 14, ed. 2, 2020. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/222>. Acesso em: 10 maio 2021.

KANT, I. 1980: Critica da Razão Pura. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. In: Col. Os Pensadores. Abril Cultural. São Paulo.

MABTUM, MM., and MARCHETTO, PB. **Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico**. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 89-131.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NORONHA, Kenya Valeria Micaela de Souza *et al.* **Pandemia por Covid-19 no Brasil: análise da demanda e da oferta de leitos hospitalares e equipamentos de ventilação assistida segundo diferentes cenários**. Cadernos de Saúde Pública, [s. l.], v. 36, n. 6, p. 01-17, 2020. DOI 10.1590/0102-311X00115320. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csp/2020.v36n6/e00115320/>. Acesso em: 4 maio 2021. <https://doi.org/10.1590/0102-311x00115320>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, 2012.

PAIM, Jairnilson Silva. **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos**. SciELO, [s. l.], p. 1723-1728, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/Qg7SJFjWPjvdQjvnRzxS6Mg/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 abr. 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.09172018>

PESSINI, Leocir. **Eutanásia, por que abreviar a vida?**. Ed. Centro Universitário São Camilo: São Paulo, 2004.

Puerto Rico. Lei nº 160, de 17 de novembro de 2001. **Lei da Declaração Prévia de Vontade. Reconhece legalmente o direito de todo maior de idade, em uso de suas faculdades mentais, declarar previamente sua vontade sobre tratamento médico em caso de condição terminal ou estado vegetativo persistente** [Internet]. 2001 [acesso 27 de fevereiro de 2022]. Disponível: <https://bit.ly/2TEi7MB>

RANDOWN, Roberta Mendes Von *et al.* **Práticas gerenciais em unidades de pronto atendimento no contexto das redes de atenção à saúde.** Revista de Administração em Saúde, [s. l.], v. 16, n. 64, p. 79-88, 2014. DOI 10.5327/Z1519-1672201400640002. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=784613&indexSearch=ID>. Acesso em: 12 maio 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire; DADALTO, Luciana. **Direito e Medicina - A morte digna nos tribunais.** Belo Horizonte: Foco, 2018.

SÁ, Maria de Fatima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Lenir (org.). **Direito da saúde no Brasil.** Campinas: Editora Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SATOMI, Erika, et al. **Fair allocation of scarce medical resources during COVID-19 pandemic: ethical considerations.** einstein (São Paulo). 2020; 18:eAE5775. https://doi.org/10.31744/einstein_journal/2020AE5775

SERVO, Luciana Mendes Santos *et al.* **Financiamento do SUS e Covid-19: histórico, participações federativas e respostas à pandemia.** SciElo, [s. l.], p. 01-22, 2020. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/1530>. Acesso em: 11 maio 2021. <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.1530>

Silva JAC, Souza LEA, Costa JLF, Miranda HC. Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital. Rev. bioét. (Impr.) [Internet]. 2015. Disponível: <https://bit.ly/2JMviGt>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2022.
STEINLE, Susan J. Living Wills in the United States and Canada: A Comparative Analysis, 24 Case W. Res. J. Int'l L. 435 (1992) Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol24/iss2/6>.

UNITED NATIONS. World Health Organization. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020.** WHO, [S. l.], p. 1, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19>. Acesso em: 25 maio 2021.

VALENTE, Sílvio Eduardo. **Diretivas antecipadas de vontade para o fim da vida: um estudo à luz do direito penal.** São Paulo: [s. n.], 2014. 159 p. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-30082017-160818/publico/Diretivas_antecipadas_de_vontade_para_o_fim_da_vida.pdf. Acesso em: 19 mar. 2021.

VIEIRA, Júlia Maggi *et al.* **What do we know about COVID-19?: A review article.** Revista da Associação Médica Brasileira, [s. l.], ano 4, v. 66, p. 534-540, 2020. DOI <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9282.66.4.534>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ramb/a/wTF8wwBNXmDBjcPKSLQHf9M/abstract/?lang=en>. Acesso em: 12 maio 2021. <https://doi.org/10.1590/1806-9282.66.4.534>

VIEIRA, Nathália Pontes *et al.* **A morte assistida e suas razões.** Revista Transformar, [s. l.], v. 12, ed. 2, p. 148-165, 2018. Disponível em: <http://www.fsj.edu.br/transformar/index.php/transformar/article/view/200>. Acesso em: 13 maio 2021. Acesso em: 11 maio 2021.