



UNIVERSIDADE
DO ESTADO DA BAHIA

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS
CAMPUS IV
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

HELTON COSTA SANTANA

**DIREITO À VIDA E À MORTE: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE
VONTADE SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

JACOBINA,BA
2018

HELTON COSTA SANTANA

**DIREITO À VIDA E À MORTE: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE
VONTADE SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Universidade do Estado da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Emanuel Lins Freire Vasconcellos

JACOBINA, BA
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

HELTON COSTA SANTANA

DIREITO À VIDA E À MORTE DIGNA: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Universidade do Estado da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Aos meus pais, Selma Neide Costa Santana e Macário José de Santana Neto, à minha avó materna Azerina Costa de Santana por despertar em mim o interesse pelo tema, quando em nossas conversas sempre fala que sua vontade é morrer com dignidade.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus e a todos que de alguma forma contribuíram com a minha trajetória durante esse período de UNEB, cada um de sua maneira para que fosse possível chegar até esse momento.

Ao professor Emanuel Lins, pelas contribuições que me ofereceu como orientador da presente monografia.

A todos os meus familiares, tios, tias, a minha mãe Selma, meu pai Macário, meus irmãos Eder, Mario, Mara e Maíra, ao meu avô Jose Galdino e a minha avó Azerina Oliveira por todo o amor e apoio dedicado em todos esses anos.

A minha tia Rosana por tudo que me proporcionou durante todo esse tempo e aos meus primos Larissa e Antônio Marcelo pela convivência como irmãos durante todos esses anos que moramos juntos.

A minha tia Cândida que tanto contribuiu pra que fosse possível a realização desse sonho e que serei grato por toda minha vida.

A todos os meus professores do curso de direito da Universidade do Estado da Bahia pelos ensinamentos que nos foram proporcionados e contribuições para a vida profissional.

Aos meus colegas do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, pela amizade durante todo esse tempo que estivemos juntos em especial a Talize, Fabrícia, Manoel, Lara, Vitoria e Maria Ivonelma por serem pessoas que aprendi a admirar e nutro um grande carinho.

De forma geral, a todos que passaram pelo meu caminho e que contribuíram de alguma forma com minha trajetória na UNEB e que foram importantes em suas contribuições durante todo esse tempo.

A MORTE

Da morte nada sabemos.

só sabemos

as histórias

contadas do lado de cá, palavras que

sobre ela

colocamos,

a fim de torná-la uma presença

menos ameaçadora.

[...] Qual a vantagem

de falar sobre isto?

É simples.

quem não fala sobre

a morte

acaba por se esquecer

da vida.

morre antes, sem perceber...

Rubem Alves

RESUMO

A autonomia do paciente é o principal cerne das Diretivas Antecipadas de Vontade, estes instrumentos jurídicos são extremamente importantes para conferir e resguardar aos pacientes que estejam no fim de sua vida o direito de escolher pelos tratamentos que gostariam ou não de serem submetidos. Os supramencionados instrumentos surgiram nos Estados Unidos como forma de resposta aos avanços ocorridos na área da medicina e que possibilitou cada vez mais o prolongamento do processo da morte, fazendo com que levantasse uma discussão sobre até que ponto a medicina pode interferir empregando tratamentos aos pacientes que apresentem um quadro irreversível da doença, portanto, pacientes terminais que se encontram hospitalizados passando por todo tipo de sofrimento, seja físico ou mental. Diante disso, utilizando-se do método dedutivo e mediante pesquisa bibliográfica a proposta do presente trabalho é analisar o tratamento da matéria no Ordenamento Jurídico brasileiro, que embora, ainda não exista uma lei específica sobre o tema, possui um Ordenamento Jurídico que tem o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional e a morte digna é uma forma de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia do Paciente; Diretivas Antecipadas de Vontade; Dignidade da Pessoa Humana; Limites Finais; Testamento Vital; Mandato Duradouro.

ABSTRACT

Patient's autonomy is the core of the Advanced Directives of Living Will. These legal instruments are extremely important to assure and protect, for the patients that are in their final moments, the right of choosing the treatments that they would or would not like of being submitted to. The aforementioned instruments emerged in the United States of America as a form of response to the advances that occurred in the medicine field and have made it possible in a growing scale the prolong of the process of dying, raising a discussion regarding to which extent medicine must interfere by employing treatments to patients who present an irreversible stage of disease, thus, terminally ill hospitalized patients who are facing all sort of suffering, whether physical or mental. Therefore, through deductive method and bibliographic research the proposal in the present work is to analyze the dealing with this subject in the Brazilian Legal System, which although presents no specific law regarding this theme, has the principle of human dignity as constitutional grounds and the dignified death is a form of enforcement of fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Patient's Autonomy; Advanced Directives of Living Will; Human Dignity; Final Limits; Living Will; Durable Power of Attorney.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGB - BürgerlichesGesetzbuch

BGH - Bundesgerichtshof

CC - Código Civil

CF - Constituição Federal

CFM - Conselho Federal de Medicina

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

CONJU- Consultor Jurídico

CP- Código Penal

DAV- Diretivas Antecipadas de Vontade

DOU- Diário Oficial da União

PLC- Projeto de Lei da Câmara

PLS- Projeto de Lei do Senado

PSDA - Patient Self Determination Act

RENTV-Registro Nacional de Testamento Vital

TRF- Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DIREITO À VIDA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	15
1.1 DIREITO À VIDA.	16
1.2 INDISPONIBILIDADE E INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA	18
1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	21
1.4 DIREITO Á MORTE DIGNA	23
1.5 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DO PACIENTE NOS LIMITES FINAIS DA VIDA.	24
1.5.1 Eutanásia	26
1.5.2 Distanásia	27
1.5.3 Ortotanásia	28
2 DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	30
2.1DAS MODALIDADES.....	31
2.1.1 Do testamento vital	32
2.1.2. Do mandato duradouro pra cuidados de saúde	34
2.2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E PORTUGUESA.....	35
2.2.1 Estados Unidos	36
2.2.2 Alemanha	38
2.2.3 Portugal	38
3 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	40
3.1 PREVISÃO NORMATIVA NA CONSTITUIÇÃO E LEIS BRASILEIRAS.....	40
3.2 RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CRM.....	41

3.3 OMISSÃO LEGISLATIVA NO QUE TANGE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE.....	46
3.4 DA NATUREZA JURÍDICA E SUAS FORMALIDADES	48
3.5 OS EMPECILHOS E LIMITAÇÕES PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERENCIAS.....	56
ANEXOS.....	59

INTRODUÇÃO

Cumpriu sua sentença, encontrou-se com o único mal irremediável, aquilo que é a marca do nosso estranho destino sobre a terra, aquele fato sem explicação que iguala tudo que é vivo num só rebanho de condenados, porque tudo o que é vivo, morre.

Ariano Suassuna

Nas últimas décadas, registrou-se no Brasil e no mundo um aumento da expectativa de vida da população. Tal mudança provocou de forma significativa, várias consequências de ordem sociológicas, morais, jurídicas e religiosas. Assim, a relação com a morte também foi modificada, ao passo que a cerimônia fúnebre que era realizada com elementos simbólicos, formais e litúrgicos passou a ser cada vez mais esvaziada de seu sentido original.

Dessa forma, como destaca Otavio Luiz Rodrigues Junior¹ o prolongamento da vida não ocorreu somente em virtude das melhorias nas condições sanitárias, alimentares e educacionais. É importante destacar que o prolongamento da vida ocorreu com o avanço da medicina que tem proporcionado eficientes e caríssimos tratamentos médico-hospitalares. E é justamente aí nessa seara que se radica o estudo das Diretivas Antecipadas de Vontade, “testamento vital” ou testamento biológico e o “mandado duradouro”.

As Diretivas Antecipadas de Vontade tem como principal fundamento conferir autonomia ao paciente e buscar concretizar por meio dos instrumentos jurídicos sua

¹JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. Diretivas Antecipadas de vontade: Questões Jurídicas sobre seu conceito, objeto, fundamento e formalização. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. (orgs). Estudo em homenagem a Ivete Ferreira. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 381.

dignidade. É dado ao paciente o direito de escolher previamente a aceitação ou não pela ortotanásia, ou seja, a suspensão dos tratamentos médicos extraordinários que prolongue a vida.

Na hipótese do doente se encontrar diante de um quadro que não seja possível externar sua vontade por inconsciência, deve ser o procurador que decidirá no seu lugar, para que sua vontade seja cumprida.

Estes instrumentos jurídicos já foram regulamentados por leis em vários países da Europa como: Alemanha, Portugal, França, Itália, e também em outros como nos Estados Unidos, país que surgiu o primeiro documento a tratar sobre declarações prévias de vontade em 1967.

Assim, por meio deste trabalho, busca-se discorrer sobre o direito à vida bem como o direito à morte digna, mediante a prática da ortotanásia, defendendo sua licitude perante o ordenamento jurídico brasileiro, embora não exista ainda regulamentação por lei no Brasil.

Para tornar factível o presente trabalho, utilizou-se quanto aos objetivos, uma pesquisa de natureza exploratória, análise no direito estrangeiro sobre a matéria, entendimento das decisões judiciais, além da interpretação e aplicação analógica das normas, buscando aduzir informações relevantes acerca do objeto de estudo no intuito de responder ao seguinte questionamento: “se a vida é considerada perante o ordenamento jurídico brasileiro como um bem jurídico inviolável é possível falar em diretivas antecipadas de vontade no que se refere à liberdade do paciente em decidir por uma morte digna”?

Com relação aos meios de investigação, realizou-se pesquisa bibliográfica, tomando-se por base os estudos de Laura Scalldaferrri Pessoa (2011), Otávio Luiz Rodrigues (2015), Renato de Mello Jorge (2015), Mariângela Gama de Magalhães (2015) e Luciano Fincatti Santoro (2015) Luciana Dadalto (2016) dentre outros. No que se refere ao tipo de abordagem, adotou-se pesquisa de natureza qualitativa, tendo o estudo se valido do método dedutivo.

Diante disso, no primeiro capítulo faz-se uma abordagem sobre o direito à vida e a morte digna. Tendo como base principiológica a dignidade da pessoa humana, a autonomia do paciente e a liberdade.

Já no segundo capítulo, passou-se a dedicar sobre as Diretivas Antecipadas de vontade abordando seu conceito e suas modalidades fazendo uma análise comparativa com o direito estrangeiro na Europa e também nos Estados Unidos, buscando uma compreensão mais ampla sobre o tema.

No terceiro capítulo buscou-se fazer uma abordagem sobre a eficácia e validade das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil. Dedicou-se ao estudo das Resoluções do Conselho Federal de Medicina que tratam da matéria. Embora o tema seja discutido na área acadêmica, não existe lei que regulamente, mas é de grande importância a discussão sobre o tema.

Contudo, o instituto da DAV é o único instrumento jurídico capaz de respeitar a vontade do paciente nos limites finais da vida. É no sentido de contribuir com o debate e com o acesso de informações de médicos e cidadãos, haja vista, que é pouco conhecido no Brasil.

1 DIREITO À VIDA E À MORTE COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é sem dúvida o corolário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir desse contexto, busca-se discutir, sobre o direito a uma morte digna partindo da perspectiva de que é assegurada pela Constituição o direito a uma vida digna.

Indiscutivelmente o direito à vida é o principal direito individual, tutelado pelo Ordenamento Jurídico Constitucional e em pactos internacionais. É o bem jurídico de maior relevância, haja vista o fato de que o exercício de todos os outros direitos ocorre em decorrência deste.

Nesse contexto, Maria Helena Diniz², se posiciona da seguinte maneira

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art.5º. *caput* assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integridade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente da formação da pessoa.

Nesse sentido, de nada adiantaria se o legislador tutelasse direitos como a liberdade, igualdade e o patrimônio sem assegurar o direito à vida do indivíduo. Portanto, o direito à vida integra os direitos da personalidade que são direitos inerentes a todos os cidadãos.

Os direitos da personalidade surgiram em um contexto marcado por injustiças e revoltas na segunda metade do século XIX, embora não existisse consenso sobre quais seriam esses direitos da personalidade, falava-se com bastante frequência no direito ao próprio corpo, no direito à honra e no direito à vida.

A noção de personalidade deve ser considerada, segundo Anderson Schreiber³, sob dois aspectos distintos. O aspecto subjetivo identifica-se com a “capacidade que tem

²DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

³SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 3. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p.6.

toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações”. E o aspecto objetivo, que tem a personalidade como um “conjunto de características e atributos da pessoa humana”, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.

Nesse cenário, tem-se, em sua concepção subjetiva, o sentido de se falar em direitos da personalidade como forma de se proteger a condição humana, essa preocupação é bastante compreensível na medida em que a constituição tem como fundamento a liberdade, justiça e a paz.

1.1 DIREITO À VIDA

A definição de vida pode ser concebida a partir de diferentes perspectivas. Nesse sentido, em uma concepção biológica, pode ser entendida como a continuidade de todas as funções de um organismo vivo, ao passo que, na seara jurídica, é compreendida como o estado em que os seres se encontram animados, normais ou anormais que sejam suas condições fisiopsíquicas.

É certo que não existe uma definição única e inquestionável para o conceito de vida. Existem ainda definições que consideram vida como tudo aquilo que não está morto. Portanto, um conceito amplo que se refere a tudo que ainda não pereceu.

A vida que será tratada e objeto de análise e reflexão neste trabalho dizem respeito à vida do ser humano assegurados na Constituição Federal e em pactos internacionais. Não é a pretensão desse trabalho conceituar a vida em todas as suas formas. Assim, Araújo citando Erwin Schrodinger⁴ “aponta a nossa evidente incapacidade de defini-la, de forma que existem elementos gnoseológicos e filosóficos que compõem o conceito de vida que impedem, de forma incontestável, uma universalização”.

⁴ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Neoeugenia e Reprodução Humana Artificial: Limites Éticos e Jurídicos. Salvador:EdiçõesJuispodivm, 2014, p. 118.

Dessa forma, é sabido que, comprova-se o nascimento com vida através de diferentes maneiras. Dentro dessa seara, destaca-se o nascimento com vida através de um procedimento médico conhecido como docimasia hidrostática de Galeno ou docimasia pulmonar cujo procedimento consiste na observância da presença de ar nos pulmões, pela respiração.

Dito isso, é importante salientar que a presença do ar atmosférico nos pulmões ao nascer é que vai determinar o início da vida como também da personalidade do ser humano. A partir daí, todos os outros direitos passam a ser assegurados.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948, pela Organização das Nações Unidas, reconhecendo que existem direitos que são essências a todos os seres humanos, em seu art. 3º, proclama que “todo homem tem direito à vida, a liberdade e a segurança pessoal”.

Dessa forma, outro documento de cunho internacional, O Pacto de São Jose da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana dos Direitos Humanos ao qual o Brasil é signatário, preceitua, em seu capítulo II, art. 4º, I, o respeito à vida.

Nesse contexto, é possível vislumbrar o direito à vida digna (dignidade da pessoa humana) a partir da leitura do art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o pressuposto lógico da personalidade humana e, conseqüentemente, dos próprios direitos da personalidade.

Dessa maneira, cumpre salientar que a defesa da vida com dignidade é objetivo constitucional assegurado pelo Poder Público. Nesse sentido, configura-se como verdadeira cláusula geral, que servirá de base para impulsionar tudo que vem expresso na Ordem Constitucional ou infraconstitucional, ou seja, a dignidade é o fundamento principal da Republica Federativa do Brasil, é a base de todo o sistema jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagra em seu art.5º, caput, a vida como direito fundamental

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]

Destarte, o direito à vida é tutelado na Constituição sem determinar o momento inicial e final da proteção jurídica. Dessa maneira, devem ser estabelecidos pela legislação infraconstitucional obedecendo aos preceitos constitucionais.

O Código Civil (2002), em seu artigo 2º, dispõe que a personalidade da pessoa natural se inicia com o nascimento com vida, embora estejam resguardados os direitos do nascituro.

Nesse sentido, o direito à vida é protegido pelo legislador ordinário desde a concepção. Segundo a legislação civil, “a personalidade civil da pessoa começa a partir do nascimento com vida” embora a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC art. 2º).

O direito à vida é tido como o primeiro direito natural que o direito positivo não pode criar, mas simplesmente reconhecer. Assim, para Ives Gandra da Silva Martins⁵

O direito fundamental do ser humano à vida é lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas reconhecido e que pertence ao ser humano, não por evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter nascido. É-lhe, pois, inerente e não reconhecido.

Portanto, fica evidenciado, a partir desse raciocínio, que o direito consagrado no caput do art. 5º da Constituição brasileira, são direitos inerentes a raça humana e fundamentalmente uma espécie de direito natural. Assim, toda e qualquer pessoa tem assegurado o direito à vida cabendo ao Estado apenas reconhecê-lo.

1.2 INDISPONIBILIDADE E INVOLABILIDADE DA VIDA

⁵MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Direito à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito fundamental à vida. São Paulo: QuartierLatin: Centro de Extensão Universitária, 2005.p.76.

A vida é concebida constitucionalmente como um bem jurídico inviolável. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida mesmo antes do nascimento, outorgando a esse direito a qualidade de direito fundamental.

Assegura ainda, a inviolabilidade do direito à liberdade assim como a intimidade. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos⁶ considera que a inviolabilidade corresponde à proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Por outro lado, a indisponibilidade diz respeito à própria pessoa, que se ver constrangida, já que não se lhe reconhece discricionariedade em desprender-se de determinados direitos.

Nesse sentido, a legislação infraconstitucional também trata da matéria quando considera como crime o homicídio cometido por terceiros em face de alguém, mas não existe nenhuma previsão legal no sentido de punir uma pessoa que decidir colocar fim em sua própria vida.

Ainda segundo Bastos⁷, a legislação criminal pune aquele que pratica o homicídio, aquele que pratica o abortamento e, por fim, aquele que auxilia na prática do suicídio, mas não há punição para o próprio autor da tentativa de suicídio.

Dessa forma, o autor ressalta que a Constituição assegura a inviolabilidade do direito à vida, mas não a indisponibilidade, é o posicionamento adotado também nesse trabalho, haja vista, que a indisponibilidade não é absoluta, é relativizado a depender do caso concreto.

Nesse sentido, a inviolabilidade tem um caráter absoluto, enquanto a indisponibilidade se esbarraria nos casos concretos nos casos em que ocorrem conflitos de bens jurídicos, como é o caso de se escolher por uma morte digna.

Nesse sentido, a vida é tratada pela lei como bem jurídico indisponível, o que acaba por retirar do indivíduo sua autonomia e liberdade, transferindo para o Estado a qualidade de titular, ficando submetido ao poder estatal.

⁶BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. Parecer Jurídico, São Paulo, 23 de novembro de 2000.p.57.

⁷Idem

Assim, o direito à liberdade de decidir deve ser garantido a todos os indivíduos, mesmo que essa liberdade para decidir possa trazer perdas ou danos para si, irreparáveis ou definitivos, como é o caso da decisão de por fim a própria vida.

Para tanto, o Estado não pode adotar um preceito que considere a vida como um bem intocável, que somente Deus pode dispor e por um fim definitivo. No Estado de Direito Democrático, como ressalta Pessoa⁸, se tal postura for adotada, abandonar-se-á sua necessária laicidade e, conseqüentemente, se afastando do modelo democrático.

É importante destacar que a liberdade de crer e de não crer deve ser assegurada pelo Estado, e sua efetividade se dá quando são garantidas aos indivíduos tanto a opção de se manifestar mediante expressão de fé em um único Deus, como também as opções individuais de rejeitar qualquer crença religiosa, como é de se esperar de um Estado de Direito Democrático laico.

Dessa maneira, a vida é atribuída a Deus sendo este dono absoluto e, por isso, ninguém tem o direito de intervir colocando-lhe um fim. Por tal razão, o princípio da sacralidade da vida é invocado sempre que se discute a possibilidade do suicídio assistido e da eutanásia.

Assim, a interpretação desse princípio é sempre no sentido de conferir à vida humana uma indisponibilidade absoluta, sendo o motivo da indisponibilidade a obediência e o respeito ao senhor supremo que é Deus, como o guardião da vida e da morte.

Nesse sentido, não é por outra razão que a Igreja Católica, ao atribuir um caráter sacro da vida humana, se posiciona contra a eutanásia considerando-a uma violação as leis divinas, ofensa a dignidade humana, crime contra a vida e atentado contra a humanidade.

⁸PESSOA, Laura Scalldaferri. Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna. (Dissertação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2011. p. 49.

Como forma de contrapor essa ideia de sacralidade defendida pela igreja católica, se faz necessário fazer o seguinte questionamento: quando a pessoa, embora esteja viva, não vive mais com dignidade?

Nos dias atuais, é possível vislumbrar que o direito ao evoluir sua prática jurídica deixa cair por terra a ideia de sacralidade e passa a dar destaque à “qualidade de vida”. Dessa forma, quando um paciente apresentar um quadro irreversível de uma doença, não sendo a vida mais um benefício, é legalmente possível que os médicos decidam pelo fim da vida como forma de evitar ainda mais sofrimento.

O conceito de qualidade de vida é abrangente, pois se interliga a perspectivas econômicas, demográficas, antropológicas, bioéticas, ambientais e de saúde pública. Neste trabalho, a qualidade de vida diz respeito à capacidade do indivíduo de se perceber como sujeito ativo, autônomo e independente, que busca a realização de seus objetivos com motivação e capacidade funcional.

1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com o advento do Estado Democrático de Direito, os direitos da personalidade e as garantias fundamentais, ganharam destaque e passaram a integrar mediante o reconhecimento de sua normatividade, o arcabouço jurídico, tendo como base a dignidade da pessoa como um dos princípios estruturantes de toda a ordem constitucional brasileira.

É importante ressaltar que a dignidade humana remonta à Roma antiga e passou por diversos marcos que o ressignificou, dando novos contornos até ganhar destaque e o notável reconhecimento constitucional nos moldes atuais em toda parte do mundo.

Esse princípio, durante a pré-modernidade, era tido como um *status* conferido a determinadas pessoas em razão do cargo, classe social ou até mesmo por merecimento. A dignidade como direito inerente ao ser humano tem sua origem nas

contribuições da religião através de seus dogmas na medida em que defendem o respeito ao próximo, a solidariedade e o respeito à vida do ser humano.

O termo dignidade é de cunho filosófico e metajurídico, isto é, a dignidade da pessoa humana integra a na esfera jurídica como direito fundamental do ser humano. É um valor fundamental não por corresponder a um aspecto da condição humana, mas sim por ser, como já mencionado anteriormente, inerente ao ser humano.

Sua incorporação ao ordenamento jurídico tem como principal fundamento a proteção a condição humana tomando sempre a pessoa como um fim e nunca como um meio. A dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana e por tal razão é um valor presente em toda pessoa.

Diante disso, não se admite atitudes e comportamentos que reduzam o ser humano à condição de objeto, justamente porque vai de encontro à dignidade humana. O sujeito de direitos não pode ter desse modo, a sua dignidade afrontada.

Um caso célebre destacado por Anderson Schreiber⁹ é de um cidadão francês, Manuel Wackenheim com um pouco mais de um metro e catorze centímetros de altura. O nanismo restringiu consideravelmente suas chances de emprego. No verão de 1991, passou a exercer, no interior da França, uma ocupação inusitada. Seu ofício consistia em se vestir com capacete e roupas acolchoadas, com alças nas costas, e ser lançado em direção a um colchão de ar por clientes de bares e discotecas. A competição que ficou conhecida como lancer de nain (lançamento de anão), ganhou rápida popularidade e acabou por atrair a atenção das autoridades públicas francesas. Em outubro daquele mesmo ano, o prefeito da cidade de Morsang-sur-orge proibiu a realização da atividade. Manuel Wackenheim recorreu, então, à corte administrativa de Versailles, que anulou a proibição por considerar que não havia qualquer distúrbio à ordem, à segurança ou a saúde pública. O prefeito apelou da decisão e o Conselho de Estado francês acolheu o recurso, vedando a prática do lançamento de anão, por considerá-la uma afronta à dignidade humana.

⁹SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 3. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2014.p. 2

Embora existam correntes filosóficas distintas que tratam do conceito de dignidade, a posição adotada por esse trabalho é a mesma de Emmanuel Kant¹⁰, no sentido de que a pessoa humana tem uma dignidade que torna a espécie humana única.

Como visto, a vida é um direito que faz parte do rol dos direitos da personalidade e que no Ordenamento Jurídico brasileiro é bem jurídico dotado de maior proteção. Acontece que o que se busca discutir é a até que ponto essa vida tem uma proteção maior que a morte digna.

Dessa forma, Compreende-se que a vida que a Constituição Federal assegura como direito de todos é uma vida digna e não uma vida marcada por dor e sofrimento decorrente dos inúmeros procedimentos médicos que são utilizados para adiar a morte do enfermo.

Dito isso, acredita-se que todos têm o direito de escolher por uma morte digna, uma morte no tempo certo, de ter sua autonomia respeitada, que não se tente de todas as formas prolongarem uma vida de forma artificial. Defende-se uma morte natural no seu tempo certo como deseja o doente.

1.4 DIREITO À MORTE DIGNA

É de se reconhecer que a liberdade de escolher como se deseja morrer tem fundamento na própria dignidade humana. O direito de morrer é algo que envolve a liberdade e autodeterminação, de maneira que só a pessoa é quem pode decidir como quer morrer, não sendo cabível essa decisão nem ao Estado nem a terceiros.

A defesa por uma morte digna se refere àquela pela qual ocorre de forma natural sem qualquer meio que venha a prolongar de forma artificial, trazendo sofrimento e dor ao paciente. Leva-se em consideração o desejo do paciente em escolher por uma morte humanizada.

¹⁰ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 58-59

Assim, como o princípio da dignidade da pessoa humana, a concepção de morte digna também é abrangente, pois depende da visão de mundo e do seio social de cada pessoa. Embora o que se busca com a morte digna é o reconhecimento da vontade do doente e sua capacidade para exercer os seus direitos.

Nesse sentido, deve se evitar os tratamentos fúteis sem a autorização do paciente ou de seus familiares. A principal preocupação deve ser com a pessoa humana submetendo aos cuidados adequados que possa proporcionar mais conforto e menos sofrimento. De acordo com Borges¹¹ os procedimentos de intervenção terapêutica que forem realizados contra a vontade do paciente é um atentado contra sua dignidade.

Dessa forma, a não utilização de tratamentos fúteis não configura ofensa ao direito à vida pelo fato de não ter dado causa a morte. O médico apenas atua com ética respeitando a dignidade da pessoa perante a morte, seja mediante consentimento ou declaração prévia.

1.5 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DO PACIENTE NOS LIMITES FINAIS DA VIDA

Falar da liberdade é falar da autonomia que cada pessoa humana possa escolher a forma como gostaria de viver e morrer. Assim, as Diretivas Antecipadas de Vontade que tem como objetivo de conferir respeito à liberdade ao paciente por escolher tratamentos médicos extraordinários nos limites finais da vida. A autonomia individual é a base para a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Almeida¹² considera-se uma pessoa autônoma aquele indivíduo que tem a capacidade de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir em direção a esta deliberação, considerando valores do contexto no qual esta inserido.

¹¹BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e autonomia privada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p.4.

¹²ALMEIDA, E. H. R. Dignidade, autonomia do paciente e doença mental. Revista Bioética, 2010.p. 384.

Embora a Constituição Federal não faça qualquer menção explícita sobre o princípio da autonomia, é de se considerar que a garantia da liberdade prevista no (art.5º, *caput*, da CF) pressupõe também a autonomia do indivíduo. A autodeterminação do ser humano é justamente a ideia de o ser humano ser livre.

Nesse sentido, como forma de garantir a autonomia do paciente, as DAVs tornam-se importantes instrumentos na medida em que possibilitam a participação nas decisões sobre seu tratamento. Nesse sentido, Zulmar Fachin¹³ considera que

A consequência imediata do reconhecimento da autonomia privada é o respeito à dignidade humana, eis que assim se torna possível o reconhecimento da potencialidade da pessoa humana em se autodeterminar como interlocutor numa rede de interlocutores, isto é, como merecedora de respeito. É inegável que a adoção de qualquer postura reveladora do exercício de liberdades e não liberdades, argumentativamente construídas, possibilitarão que a dignidade seja evidenciada.

Atualmente, em razão da dignidade da pessoa, da liberdade e do respeito à autonomia do paciente tem se buscado cada vez mais a participação do paciente e de seus familiares nas decisões que diz respeito a sua saúde.

Com o crescente aumento de equipamentos modernos para adiar o processo morte, os pacientes são submetidos a procedimentos médicos que vão desde a alimentação por meios de tubos, ventilação mecânica, nutrição artificial e medicamentos cada vez mais poderosos. O fim da vida que era visto como algo natural, incontável, transformou-se em um desafio no meio médico, na medida em que a morte do paciente representa um fracasso da atuação médica.

Essas mudanças significativas que ocorreram na forma de ver e pensar o processo a morte tiveram forte influência nos acontecimentos que ocorriam no mundo como industrialização, urbanização, modernização e a Revolução Francesa e conseqüentemente, a forma de pensar o mundo. Com o aprimoramento do conhecimento científico e da própria medicina, as decisões sobre o tratamento do

¹³FACHIN, Zulmar. A Liberdade na Constituição de 1988. In: FACHIN, Zulmar (Coord.) et al. Direitos fundamentais e cidadania. São Paulo: Método, 2008.p. 103.

doente foram sendo cada vez mais atribuída a equipe medica por serem estes dotados de maior conhecimento.

Foi graças ao pensamento decorrente da medicina paliativa que a morte ganhou esse novo olhar, uma atenção especial para o doente e seus familiares como forma de conferir dignidade ao paciente.

1.5.1 Eutanásia

A eutanásia é um termo de origem grega que significa boa morte, ela é vista como a morte antecipada, como se apressasse a morte do paciente com doenças diagnosticadas como incuráveis. Dessa forma, a atuação do médico seria no sentido de aliviar as dores e sofrimentos provocados por uma enfermidade cruel que só prolonga a dor.

Assim, a eutanásia seria um mecanismo que atuaria para aliviar os sofrimentos daqueles pacientes que padecem de doenças que trará cada dia mais dor e sofrimento para o enfermo e para toda a família. Seria, dessa forma, uma maneira da ciência proporcionar o alívio e bem-estar para quem sofre e agoniza.

Tal prática já foi vista como uma espécie de homicídio piedoso que alguém cometia para por fim a dor e ao sofrimento dos pacientes incuráveis. Atualmente, a ideia de eutanásia está relacionada à antecipação da morte de paciente diagnosticado como incurável e que passa por qualquer tipo de sofrimento.

No Brasil, o Código de Ética Médica de 2010 proíbe os médicos de adotar tal prática, ainda que o pedido para abreviar a vida seja feito pelo próprio paciente ou de seus familiares. Não se admite que os médicos preceitue nenhum remédio mortal.

Laura Scaldaferrri Pessoa¹⁴ chama atenção para o fato de existir algumas tipologias variáveis das condutas eutanásicas. Assim, pode se classificar a eutanásia quanto ao modo de atuação do agente (direta e indireta); quanto à vontade do paciente (voluntária e involuntária); quanto à finalidade do agente (libertadora, eliminadora e econômica), dentre outras classificações.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro a eutanásia é tipificada como homicídio com previsão no art. 121 do código penal. Em alguns casos é possível vislumbrar que os juízes, a depender do caso, reduzem a pena de um sexto a um terço da pena em função das circunstâncias.

1.5.2 Distanásia

A distanásia, por sua vez, representa a morte adiada, tendo em vista que se busca a manutenção da vida de forma artificial. Nesse sentido, a distanásia ocorre quando a equipe médica continua valendo-se de meios extraordinários para evitar a morte do paciente ao seu máximo, mesmo que ela seja inevitável. Nesse sentido, o que se busca é o prolongamento do processo de morte.

Portanto, a utilização desses meios com o objetivo de prolongar a morte não consegue garantir a cura do paciente e muitas vezes só torna o processo mais difícil e sofrido. O paciente não consegue dar uma resposta positiva aos tratamentos, a evolução da doença já se encontra em estágio que já é impossível reverter o quadro.

Para Maria Helena Diniz¹⁵ trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte. É importante destacar que, embora a distanásia não seja considerada crime pelo ordenamento brasileiro, sob o ponto de vista da bioética é reprovável eticamente.

¹⁴PESSOA, Laura Scaldaferrri. Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna. (Dissertação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2011. p. 127.

¹⁵DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 316

É sabido que o avanço da medicina tem proporcionado um prolongamento na vida dos enfermos com tratamentos que muitas vezes acaba provocando uma série de danos para o doente. Assim, prolonga-se a angústia e o sofrimento de alguém que irá morrer de forma lenta em virtude dos meios artificiais empregados que não permitirá com que a pessoa morra com dignidade.

1.5.3 Ortotanásia

Nessa seara de expressões, existe a ortotanásia que é considerada pelos bioeticistas¹⁶ como a morte correta, pois não se utiliza de meios para prolongar a vida do paciente em estado terminal. É vista como a morte no tempo certo, tida como a única forma que honra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, na ortotanásia os médicos não interferem nem para antecipar nem para adiar. A origem da terminologia vem do grego *orthos* que significa “correto” e *thanatos* que significa “morte”, daí chamar de morte no tempo correto.

Segundo Severo Hryniewicz apud Pessoa¹⁷ entende a ortotanásia como a recusa aos tratamentos extraordinários capazes de possibilitar um prolongamento precário e penoso da vida, sem interrupção dos cuidados normais (ordinários) devidos ao doente em casos semelhantes.

Dessa maneira, não existe qualquer consequência legal para os médicos que atuarem no sentido de evitar sofrimentos e dor quando optarem por desligar os aparelhos ou deixar de realizar qualquer procedimento que venha a causar ainda mais sofrimentos. Entende-se que essa atuação médica está em acordo com o código de ética médica.

¹⁶Diz-se de profissional especializado em bioética.

¹⁷PESSOA, Laura Scaldaferrri. Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna. (Dissertação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2011. p. 60.

É importante destacar que essa prática somente deverá ser realizada quando se estiver diante de um paciente que contenha uma doença diagnosticada incurável. É necessário também que seja autorizada pelo paciente ou por familiares quando este não se encontrar em condições de expressar sua vontade.

É tida como morte natural pelo fato de que não se utiliza de meios artificiais para prolongar ou antecipar a morte. Como a doença encontra-se em estágio avançado sem uma resposta positiva, os médicos apenas deixam que esse processo de morte aconteça de forma natural em respeito à dignidade da pessoa humana.

Dito isto, não se fala em dar causa à morte, uma vez que esta já era inevitável, pois está prestes a ocorrer, não se pratica qualquer ato ilícito por isso não tem tipicidade perante o código penal vigente.

Diante disso, compreende-se que a Resolução de Conselho Federal de Medicina foi um passo importante para levantar a importância da matéria e dar uma maior segurança na atuação médica. O Poder Judiciário decidiu no sentido de que o CFM tem competência para editar a resolução que regulamentou e reconheceu que na ortotanásia não configura crime de homicídio.

Dito isso, compreende-se que na ortotanásia não existe colisão entre as garantias fundamentais do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana como ocorre na eutanásia. O direito à vida prepondera com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2 DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Compreende-se as Diretivas Antecipadas de Vontade como institutos jurídicos que tem como finalidade conferir força à vontade do paciente em decidir sobre os procedimentos que deseja ou não quando estiver diante de um quadro irreversível de uma doença e se encontre impossibilitado de expressar sua vontade sobre o fim de sua vida.

São documentos que são elaborados previamente a um estado de incapacidade cognitiva, em que o indivíduo expressa sua anuência ou discordância acerca de tratamentos que possam prolongar o processo da morte, ou ainda, escolhe alguém que decida em seu lugar.

Nesse sentido, explica Junior¹⁸

As diretivas antecipadas de vontade podem ter por objeto: a) a realização de procedimentos médico-terapêutico; b) a delimitação de quais procedimentos poder-se-iam realizar no paciente; c) a pré-exclusão de certos procedimentos; d) o estabelecimento de um lapso para a continuidade dos tratamentos, após o qual, permanecendo o estado vegetativo, se teria a recusa prévia a sua continuidade; e) na hipótese de gravidez, quais os procedimentos a serem adotados em relação ao feto.

Feitas tais considerações, as Diretivas Antecipadas de vontade são documentos escritos com o objetivo de auxiliar os médicos nos tratamentos que assim o desejar. São destinadas as situações específicas, como nos casos de doenças terminais ou em quadros irreversíveis da doença, sendo que este produz efeito a partir do momento em que se constata que o paciente não possui capacidade para decidir sobre seus cuidados médicos.

Nesse contexto, no direito estrangeiro existem além das DAV's outros mecanismos previstos que são utilizados para expressarem de forma antecipada as escolhas individuais sobre os variados procedimentos médicos aplicáveis tanto no momento

¹⁸JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; Miranda, Jorge. (orgs). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. p. 383.

final da vida como também em outras circunstâncias de saúde como resguardar contra intervenções cirúrgicas contrárias à sua profissão de fé.

Por outro lado, o debate e o conhecimento desses instrumentos jurídicos, acontecem de forma ainda incipiente no Brasil, pois, a discussão e divulgação desses instrumentos para os cidadãos não acontece da forma como deveria e isso contribui para que dificulte sua aplicação e sua eficácia.

As diretivas sempre devem prevalecer sobre qualquer outro parecer que não seja emitido por médico, até mesmo sobre os desejos dos familiares. Nesse sentido, é preferível que essas disposições sejam comunicadas diretamente ao médico pelo paciente, pois, caso não o faça de forma expressa, pressupõe a revogação de diretivas anteriormente elaboradas e a necessidade de elaboração dessas novas disposições, é o que expressa o § 4º do art. 2º da Resolução do Conselho Federal de Medicina.

As diretivas antecipadas de vontade devem ser conhecidas, caso não haja representante designado pelo paciente para poder expressar, assim como familiares que façam ou se não existir consenso entre os familiares, a decisão fica a cargo do Comitê de Bioética da instituição, se assim existir, ou quando não houver, à Comissão de Ética Médica do Hospital ou recorrer aos Conselhos Regional e Federal de Medicina¹⁹.

É importante destacar que existe a necessidade de mediação legislativa para dar conformidade e instruir os procedimentos referentes a tais procedimentos. Ante a ausência de disposições legislativas para regulamentar o tema no cenário nacional, os tribunais tomam por base em seus julgados o fundamento normativo contido no art. 15 do Código Civil, no sentido de que ninguém deve ser constrangido a tratamento médico, do direito à vida digna e da Resolução do CFM 1.995/2012.

2.1 DAS MODALIDADES

¹⁹JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; Miranda, Jorge. (orgs). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. P. 384.

No que concerne ao objeto de estudo desse trabalho, considerar-se-á os estudos de Otavio Luiz Rodrigues Junior²⁰, que apresenta a partir do modelo da doutrina americana, alemã e portuguesa que se refere às diretivas antecipadas de vontade como gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato para cuidados e saúde.

2.1.2 Do testamento vital

Segundo a doutrina, na qual se filia Luciana Dadalto²¹ e Otavio Luiz Rodrigues Junior²² testamento vital é uma declaração de vontade emitida por uma pessoa natural, com plena capacidade mental, se refere a uma autorização ou restrição que pode ser total ou parcial à submissão do declarante a determinados procedimentos médicos - terapêuticos, na hipótese de ao mais ser capaz de emitir seu comando, em razão da perda de autodeterminação, seja por lesões cerebrais, seja por ele se encontrar em estado terminal.

O Testamento Vital surgiu a partir da tradução da expressão americana *living will*, pioneira do instituto. Em razão das várias possibilidades de tradução, algumas terminologias foram adotadas pela doutrina brasileira, além do Testamento Vital, tais como: Declaração Prévia de Vontade, Testamento Biológico, Manifestação Explícita de Própria Vontade, Instruções Previas, dentre outros.

Segundo entendimento de Otavio Luiz Rodrigues Junior²³

Trata-se de uma declaração de vontade emitida por uma pessoa natural, em pleno gozo de suas capacidades, cujo conteúdo é uma autorização ou uma restrição total ou parcial à submissão do declarante a certos procedimentos médico-terapêutico, na hipótese de não mais ser possível emitir esse comando, em face da perda de autodeterminação, seja por lesões cerebrais, seja por ele se encontrar em estado terminal.

²⁰ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; Miranda, Jorge. (orgs). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. p. 384.

²¹DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos...p.107.

²²op. cit

²³Ibidem, p. 382

Oportuno salientar, ainda, que sua eficácia é durante a vida do paciente, e não *post mortem*, por tal razão, a exemplo de Dadalto²⁴, considera-se inapropriado a expressão “Testamento Vital” sendo um equívoco qualquer relação do instituto com o testamento civil tradicional.

Nesse viés, o testamento vital, também é conhecido como “testamento em vida” ou “testamento biológico” é um ato de natureza pessoal, unilateral e revogável a qualquer tempo, onde as disposições nele contidas devem ser necessariamente feitas por pessoa capaz que expressa sua vontade de forma consciente. No entanto, as disposições não têm caráter patrimonial como no testamento civil e destinam a ser válida anterior a morte do testador.

Em termos doutrinários, reconhece-se como “Declaração Prévia de Vontade Para o Fim da Vida”, pois, verifica-se que se trata de uma declaração do paciente que será utilizada no estágio de fim de vida. Assim, sua eficácia se dará em vida e não depois da morte.

Diante do exposto, é possível tecer algumas considerações a cerca do referido instituto, no sentido de que uma vez elaborado, os médicos, a família e até mesmo o Estado ficam vinculados ao seu cumprimento. Sua aplicação e eficácia ficam associadas às condições de terminalidade de vida marcada pela inconsciência do paciente e não se deve aplicar para todo e qualquer caso, mas tão somente, nos procedimentos que prolonguem artificialmente a vida.

Nesse sentido, a principal diferença entre essa espécie de testamento e o testamento previsto pelo Código Civil (2002) em seus arts. (1857-1859) está em que o primeiro tem sua eficácia em vida, indicando a forma como a pessoa gostaria de ser tratada nos casos em que se encontrar diante de uma doença grave e inconsciente.

²⁴ DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos...p.107

Trata-se, portanto, de uma declaração de vontade de um paciente expressar de forma escrita quanto aos procedimentos aos quais não gostaria de ser submetidos caso encontre impossibilitado de se manifestar. Segundo Júnior²⁵

No que se refere às diretivas antecipadas de vontade, podem apresentar má variação no que se refere ao seu objeto. Podendo ser a realização de procedimentos médicos-terapêuticos, a delimitação de quais procedimentos poderá ser realizados no paciente, a não utilização de determinados procedimentos, a determinação de um lapso temporal para continuidade do tratamento, por exemplo, caso permanecesse o estado vegetativo, poderá recusar a continuidade.

Assim, o seu objeto não compreende a constituição de mandatário para que, na hipótese de perda de consciência ou incapacidade do paciente, estes decidam sobre o modo ou a interrupção do tratamento do outorgante.

No ordenamento brasileiro contemporâneo, a norma infralegal que regula as diretivas da vontade é a Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina. A supramencionada Resolução, em seu art. 1º, expressa que o objeto das “diretivas antecipadas de vontade” diz respeito ao “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que deseja ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autônomo”.

2.1.3 Do mandato duradouro pra cuidados de saúde

Dentro dessa mesma seara, o Mandato Duradouro, assim como o Testamento Vital, também derivam das experiências norte-americanas, do instituto intitulado de *durable Power of attorney for healthcare*. Trata-se, portanto, de uma procuração onde o paciente confere poderes a uma ou mais pessoas para tomar as decisões

²⁵JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; Miranda, Jorge. (orgs). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. p. 383.

médicas em seu lugar, quando se encontrar impossibilitado de realizar por conta própria na superveniência da capacidade cognitiva.

Nesse sentido, de acordo com Matheus Mabtum e Patrícia Marchetto, o mandato duradouro

Consiste na outorga de procuração referente aos cuidados com saúde, portanto com poder duradouro, em que se nomeia um representante para tomar as providências cabíveis em nome do paciente não apenas em situações de terminalidade. Por meio do mandato duradouro, podem ser nomeados um ou mais procuradores para auxiliar os médicos na decisão de aceitar ou recusar um tratamento, em nome do mandante, se este estiver incapacitado para manifestar seu desejo. A decisão deverá sempre ser alicerçada nos valores e desejos dele²⁶.

Dessa maneira, é possível aferir que o Mandato Duradouro não se aplica apenas aos casos de terminalidade de vida, mas sim a diversas situações, como por exemplo, nas situações em que ocorra perda temporária de consciência.

Como toda e qualquer procuração, deve constar no mandato duradouro as circunstâncias em que o mandatário agirá como substituto, podendo o outorgado ser consultado pelo médico a respeito de qualquer decisão que precise ser tomada ou tão somente quando se tratar de tratamentos extraordinários na iminência de morte do paciente.

Dessa maneira, cumpre salientar que pode ser nomeado como procurador qualquer pessoa que seja da confiança e próxima do paciente como parentes, amigos ou seu advogado. Sendo que a validade do Mandato Duradouro depende do grau de proximidade entre ele e o procurador de sua confiança, ainda que tenha sido feito de forma consciente pelo paciente.

2.2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E PORTUGUESA

²⁶ MABTUM, M. M.; MARCHETO, P. B. O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade. 1.ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. p. 447.

É importante traçar um comparativo com a experiência estrangeira para uma melhor análise do tratamento da matéria como forma de ampliar as possibilidades de previsão no direito brasileiro. Embora apresentem outros contextos é imprescindível fazer uso do estudo comparado.

2.2.1 Estados Unidos

O primeiro documento que tratou sobre a vontade do paciente de decidir antecipadamente pela interrupção dos cuidados médicos para manutenção da vida surgiu nos Estados Unidos da América, em 1967. Posteriormente, em 1969, surge um novo modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade com o instrumento do “testamento vital”.

Portanto, Junior²⁷ explica que essa concepção do living will, o testamento vital surge com Luis Kutner que publicou na época, um artigo intitulado de “o devido processo da eutanásia: o testamento vital, uma proposta”.

Assim, de acordo com Otavio Luiz Rodrigues Junior²⁸, o autor destaca em seu texto a figura do *living will* como sendo a solução para evitar uma possível responsabilização dos hospitais e médicos caso sejam acusados pela prática da eutanásia. Dessa forma, esse instrumento seria destinado aos adultos e capazes de decidir sobre o fim da vida.

Nesse sentido, o autor defende que o paciente tenha autonomia para decidir se deseja ou não passar por tratamentos sem seu consentimento quando este estiver incapacitado de exteriorizar por conta de seu estado de saúde.

²⁷ JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; Miranda, Jorge. (orgs). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012. p. 387.

²⁸ Idem

Diante disso, compreende-se que o principal fundamento para o referido instituto estaria pautado na possibilidade do paciente ter ou não a oportunidade de decidir previamente sobre os cuidados e procedimentos que seria submetido.

Dessa forma, as Diretivas Antecipadas de Vontade, ganhou regulamentação federal nos Estados Unidos em 1º de dezembro de 1991, no Patient Self Determination Act (PSDA). De acordo com Luciana Dadalto²⁹ essa lei pode ser considerada como a primeira lei federal que reconhece o direito de autodeterminação do paciente.

A lei estabelece que as DAVs “advances directives” como gênero de manifestação antecipada de vontade para tratamentos médicos, sendo espécie, o “living Will” (testamento vital) e o “durable Power of attorney for healthcare” (mandato duradouro) explica Dadalto³⁰.

Faz-se necessário destacar que estas duas propostas tiveram que ser adaptadas pelos Estados Unidos apenas com relação à previsão no que tange a ortotanásia. Dessa maneira, além da lei federal, existem ainda trinta e cinco leis estaduais sobre o testamento vital.

Apesar de ser considerada como um grande avanço no que se refere à autodeterminação do indivíduo, Dadalto destaca que menos de 25% da população norte-americana se utiliza do “living Will”. Entre os motivos, estaria a falta de conhecimento da população sobre o tema, além da dificuldade das pessoas colocarem no papel seus desejos.

O supramencionado instrumento norte-americano deve conter para sua validade e eficácia algumas formalidades tais como: ser feito por pessoa maior e capaz, ser assinado na presença de duas testemunhas que comprove a sanidade mental do paciente e um parecer da junta médica. Passa a ter validade, somente decorridos 14 dias da elaboração, como forma de possibilitar ao outorgante a mudar sua decisão, embora possa ser revogado a qualquer tempo.

²⁹ DADALTO, Luciana. 2014. P. 101

³⁰ Ibidem, p. 102

Dito isso, no que se refere à prática da eutanásia, existem alguns estados americanos que tem sua prática permitida, a exemplo do estado do Novo México, Califórnia, Washington, entre outros.

2.2.2 Alemanha

Denominada de “*Patientenverfügungen*” as Diretivas Antecipadas de Vontade, passaram a integrar o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) em dezembro de 2009, com sua previsão nos §§ 1901a -1904. Em 2010, o Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH)³¹ por acórdão decidiu legitimidade aos dispositivos.

Os dispositivos do Código civil alemão preveem, em síntese, que diante de uma determinação prévia do paciente, se faz necessário que o médico verifique se a situação atual do paciente corresponde com o tratamento que será submetido. Independente de forma ou requisito, essa declaração pode ser revogada a qualquer tempo. Na ausência de DAV's, ou caso a declaração não esteja atualizada, os médicos devem optar, ainda que de forma presumida pelo respeito à vontade do paciente. Oportuniza-se aos parentes sua manifestação ou pessoas que tenham proximidade para a verificação da verdade seja real ou presumida.

Na Alemanha, a prática da eutanásia é criminalizada, embora seja permitido o suicídio assistido, ou seja, o médico pode, a pedido do paciente, prescrever um medicamento que seja letal.

2.2.3 Portugal

³¹ Acórdão do Tribunal Alemão (BGH2 StR 454/09, de 25.6.2010), disponível em: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=336df172498ab76673716de8ddda020f&nr=52999>

Em Portugal, a matéria é tratada pela lei nacional de nº 25/2012³², que trata das Diretivas Antecipadas de Vontade como sinônimo de testamento vital. Por sua vez, a legislação portuguesa inova no tratamento da matéria quando estabelece uma previsão para um prazo de validade de cinco anos para o documento.

O legislador teve a preocupação e o cuidado no tratamento da matéria, exigindo que seja ratificado após esse período, como uma forma de conferir ao documento maior certeza do paciente quanto ao que ali fora declarado. Esse olhar é no sentido de garantir mais segurança à equipe médica de que a vontade do paciente está atualizada e conforme sua vontade.

O artigo 47 do Código Penal português proíbe a eutanásia, mas esclarece que não se considera prática eutanásica a recusa de tratamento consistente na abstenção terapêutica. Embora os médicos tenham liberdade para realizar seu diagnóstico, devem abster-se de prescrever exames ou tratamentos desnecessários ou atos supérfluos.

Ademais, outra novidade trazida pela lei portuguesa é a previsão de um cadastro nacional. Esse registro foi desenvolvido pelo Ministério da Saúde em 2014 com o objetivo de possibilitar maior acesso ao documento que pode ser preenchido pela internet por qualquer cidadão. Após o preenchimento desse formulário, este deverá ser encaminhado para uma Unidade Local de Saúde para compor o banco de dados do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTV).

³² Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1765&tabela=leis Acesso em: 18 out. 2018.

3 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Não existe no Ordenamento Jurídico brasileiro nenhuma lei nacional que trate da matéria. A validade para alguém dispor mediante Diretivas Antecipadas de Vontade sobre os tratamentos médicos que prolongue a vida de forma artificial, optando pela prática da ortotanásia deve buscar guarida na própria Constituição Federal de 1988, nos princípios da dignidade humana (art.1º, III, CF/88) da liberdade (art.5º, caput, CF/ 88) além do princípio da autonomia, ainda que implícito na Constituição.

Nesse sentido, os procedimentos médicos que têm como função o prolongamento da vida podem ser dos mais variados possíveis. De acordo com Dadalto³³ a manutenção da vida de forma artificial das atividades biológicas do corpo humano pode se dar de diferentes maneiras, podendo destacar de forma não taxativa a intubação, a respiração mecânica, alimentação e nutrição, reanimação, hemodiálise, reanimação, a traqueostomia, dentre outros.

Diante de um estágio terminal de vida em que o paciente encontra-se inconsciente, a tomada de decisões fica a cargo do médico, familiares, amigos e procuradores que deverão decidir respeitando a vontade do enfermo. Em caso de existência da DAV, a decisão dos parentes e familiares não pode prevalecer sobre o desejo do paciente.

3.1 PREVISÃO NORMATIVA NA CONSTITUIÇÃO E LEIS BRASILEIRAS

A CF/88 preceitua que nenhum paciente pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante, (art.5º, III, CF). Dentro dessa seara, o Código Civil de 2002 (art.15) expressa que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

³³ DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 132

Entende-se que nos casos em que o paciente esteja acometido por dor e sofrimento, sem nenhuma perspectiva de melhora em seu quadro, essa condição por si só, já é atentatória contra os direitos da pessoa, cabendo apenas ao paciente decidir pelo prolongamento da vida.

Dessa forma, compreende-se que não existe no ordenamento brasileiro nenhuma norma que obrigue aos médicos prolongar a vida de forma artificial nos casos irreversíveis, haja vista, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

Nesse sentido, conforme o posicionamento do Ministério Público Federal, Luciano Santoro³⁴, afirma que prática da ortotanásia é lícita perante o ordenamento jurídico brasileiro, não existe nenhuma norma que a criminalize, seja no Código Penal, seja em legislação penal extravagante, existe na verdade uma omissão legislativa no que diz respeito à prática da ortotanásia.

Assim, não existe possibilidade de adequar a suspensão de tratamentos desnecessários ao crime de homicídio, a responsabilização penal por tal ato é inadmissível, uma vez que a morte do paciente não se deu pela conduta do médico, mas sim pela patologia incurável e terminal em que se encontra o paciente. Na ausência de outro tipo penal que enquadre tais condutas, a ilicitude da prática da ortotanásia não pode ser considerada como ato criminoso (art. 5º, XXXIX).

O Código Civil preceitua também, em seu art.107 que dispõe sobre a validade da declaração de vontade de qualquer indivíduo independente de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir, o que não é o caso em análise.

3.2 RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM

³⁴SANTORO, Luciano Fincatti. Morrer com dignidade. In: Visão Jurídica. Direito de vida e morte. São Paulo: Escala, n° 03, 2015.p. 9.

Buscando-se priorizar a autonomia do paciente, em 2006 o CFM, editou uma Resolução nº 1.805/2006, tratando-se da ortotanásia onde destaca já em seu preâmbulo, em situações de terminalidade de vida irreversíveis “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente”. Obviamente, essa possibilidade deve ser compatível com o desejo do paciente ou de seu representante legal.

Nesse sentido, quando não for possível obter o consentimento do paciente, por não estar em condições de manifestar livremente a sua vontade, o médico deverá procurar obtê-la através de seus familiares. E no caso de impossibilidade, caberá ao médico adotar as medidas de acordo com o princípio da beneficência.

Outros princípios que devem ser observados na prática da ortotanásia é morte do paciente ter sido compreendida como iminente e inevitável e a atuação do médico visando um estado completo de bem estar físico, psíquico, social e espiritual do paciente.

Assim, a própria Resolução do Conselho Federal de Medicina³⁵ nº 1.805/2006 (Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006. Seção I, pg.169) em seu artigo 1º, obriga o médico a respeitar a vontade da pessoa ou de seu representante legal. Conforme os termos a seguir

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

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

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

§ 3º. É assegurado ao doente ou ao seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

³⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.805/2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm2006/1805_2006.htm. Acesso em: 17 jul.2018.

Assim, a Resolução garante que o doente continuará a receber todos os cuidados médicos necessários para diminuir o sofrimento, assegura a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e também espiritual. Sua legitimidade corroborada com por sentença prolatada em 01 de dezembro de 2010, nos autos da ação civil pública que tinha sido proposta pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina, pleiteando o reconhecimento da nulidade da referida resolução.

Os argumentos defendidos pelo CFM foi no sentido de que a prática da ortotanásia não significa antecipar a morte do doente, mas sim o respeito a aceitação pelo fim no tempo natural, não se utilizando de procedimentos que venha prolongar a vida e o sofrimento tanto do doente como de seus familiares.

Nesse sentido, com a mudança do posicionamento do Ministério Público Federal sobre a competência do CFM legislar sobre a matéria, levando se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a considerar a ortotanásia como prática que garante a morte digna do doente. Não versa sobre direito penal, mas tão somente, sobre ética médica e suas consequências disciplinares.

Dessa forma, diante do novo parecer do Ministério Público Federal, o magistrado competente para a referida causa julgou improcedente a ação civil pública, reconhecendo a possibilidade dos médicos “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que possa prolongar a vida do paciente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis realmente não ofende o ordenamento jurídico posto”, assim, foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª região³⁶.

Diante disso, após a decisão em tela, a ortotanásia passou a ser aceita pelo poder judiciário tonando-se pacificado pela doutrina majoritária e também pela jurisprudência. A decisão dos médicos e dos tribunais em decidir a favor do que deseja o paciente, leva-se em consideração a sua autonomia.

³⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 14a Vara Federal do DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Substituto Roberto LuisLuchi Demo. 01 dez. 2010. Disponível em: Acesso em: 21 set. 2017

Com a promulgação do novo Código de Ética Médica, através da resolução de nº 1.931/2009, passou com sua nova redação, a determinar o respeito à vontade do paciente e o cumprimento de suas escolhas como princípio basilar da atuação médica, devendo o profissional de saúde abster-se de “empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas” e de qualquer procedimento que lhe gere sofrimento e agrida sua dignidade.

Ao vislumbrar os dispositivos normativos novo do novo Código de Ética do CFM, ao pautar a conduta médica nos casos de fim de vida, preconizando que os profissionais devem agir “sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas” acaba por considerar a prática da distanásia como antiética.

Assim, o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina preceitua em seu Art. 41. Parágrafo único.

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal³⁷.

A prática da ortotanásia embora não seja tratada de forma explícita, é possível afirmar a partir da análise do seu texto que constitui com uma atitude ética dos médicos, recomendando, assim, que os mesmos, não comprometam a integridade e dignidade de seus pacientes, diante dos casos de patologias consideradas graves e irreversíveis.

Com o advento da Resolução 1.995/ 2012³⁸, tem-se o primeiro e único documento a tratar da matéria, estabelecendo as diretrizes a serem seguidas pelos médicos a qualquer paciente que se encontre inconsciente, ou seja, impossibilitado de

³⁷BRASIL. **Código de ética médica** (Resolução CFM 1.897/2009). Brasília: CFM, 2009.

³⁸_____. Resolução CFM n. 1.995/2012. Publicada no D.O.U de 31 de agosto de 2012, seção I, p.269-70

expressar suas preferências. Não se trata, portanto, de tão somente de diretivas antecipadas de vontade e ortotanásia.

Nesse contexto, com a publicação da supramencionada resolução, conferiu segurança aos profissionais de saúde no que tange ao cumprimento da vontade expressa nesses documentos. Com isso, as DAV's se tem cada vez mais se popularizado e conseqüentemente aumentado a procura nos cartórios para lavraturas como mostra os dados do Consultor Jurídico (CONJU)³⁹

Merece destaque a acertada decisão da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu pela autonomia do paciente ao julgar a apelação cível nº 70054988266 de 2013 do relator Desembargador Irineu Mariani, sendo assim ementadas:

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

³⁹CONSULTOR JURÍDICO. Número de testamentos vitais lavrados no Brasil cresce 700%. 30 ago. 2017. Disponível em: Acesso em: 21 set. 2018.

preservar o médico de eventual acusação de terceiros, **tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução n° 1995/2012, do conselho Federal de Medicina.** 5. Apelação desprovida.

(Apelação Cível N° 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariane, Julgado em 20/11/2013).

É importante observar que a decisão, embora fundamentada na resolução n° 1995 de 2012, e na perspectiva da ortotanásia, não diz respeito aos tratamentos, cuidados ou procedimentos considerados como fúteis empregados no fim da vida do paciente, o que não é o caso em comento.

3.3. OMISSÃO LEGISLATIVA NO QUE TANGE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A morte sempre gerou discussão no mundo jurídico e até hoje desperta atenção dos estudiosos do direito. Assim, é necessário discutir para além do direito a uma vida digna é preciso aprofundar um debate sobre a qualidade da morte, ou seja, sobre morte digna.

É nesse sentido que as DAV's se apresentam como alternativa para oportunizar aquelas pessoas que desejarem por uma morte sem dor e sofrimento provocado pelos tratamentos terapêuticos. Atualmente, o Conselho Federal de Medicina é quem tem a prerrogativa para estabelecer critérios nos procedimentos referentes à supracitada prática.

No entanto, é importante ressaltar que, no Brasil, a eutanásia configura-se como crime, punida como homicídio privilegiado, em virtude da presença de relevante valor moral na conduta do agente (art. 121, §1º CP). Diferentemente da ortotanásia que tem sua licitude já pacificada dada a manifestação do Ministério Público Federal.

Nesse sentido, após a manifestação do Ministério Público Federal, pela sua licitude, a ortotanásia atualmente regulada pela Resolução nº 1805 /2006 do Conselho Federal de Medicina, sendo fortalecido pelo parágrafo único do art. 41 do Código de Ética Médica, como pode ser observado no tópico anterior.

Entende-se que uma lei que tratasse diretamente da ortotanásia traria maior segurança jurídica para a atuação médica. Hoje, no Brasil existe uma omissão legislativa no que diz respeito à ortotanásia. Diante disso, compreende-se que a ortotanásia é lícita no Brasil, uma vez que não existe nenhuma norma que tipifique tal conduta e criminalize a pessoa que optar pela ortotanásia.

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo, o ser humano tem direito à vida, todos têm direito a uma vida digna. E quando a vida não puder mais ser vivida com dignidade, quando não existir mais possibilidade de vida, ainda assim a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada. Por isso, é evidente que se existe o direito à morte digna, como o direito a uma vida digna.

Atualmente, existem dois projetos de lei tramitando no Senado e na Câmara dos Deputados com a finalidade de reformar a parte especial do Código Penal. Prevê a eutanásia como causa privilegiada do homicídio e a ortotanásia como causa de exclusão de ilicitude.

Um desses projetos que continua em tramitação é o PLS nº 236/2012 que foi proposto pelo senador José Sarney, que tratava inicialmente de uma reforma do Código Penal Brasileiro a inclusão de um artigo específico no sentido de criminalizar a eutanásia e tornar lícita a ortotanásia. Após as modificações que ocorrerem no projeto original, o projeto prevê apenas a inclusão ao art. 121 da excludente de ilicitude da prática da ortotanásia.

Existe ainda, o PLC nº 5.559/2016, de autoria de Deputado Federal Pepe Vargas, que trata sobre os direitos dos pacientes quando estes estiverem diante de cuidados prestados por serviços de saúde de qualquer natureza ou por profissionais da área da saúde. Tem como principal objetivo a defesa dos direitos dos pacientes e impedir os abusos médicos e/ ou jurídicos.

As Diretivas Antecipadas de Vontade são destacadas pelo projeto de lei que também é chamado de Estatuto do Paciente, com podemos ver a seguir em seus artigos.

Art. 11. O paciente tem o direito de envolver-se ativamente em seus cuidados em saúde, participando da decisão sobre seus cuidados em saúde e do plano terapêutico.

Art. 20. O paciente tem o direito de ter suas diretivas antecipadas de vontade respeitadas pela família e pelos profissionais da saúde.

Art. 21. O paciente tem o direito de morrer com dignidade, livre de dor e de escolher o local de sua morte.

CAPITULO III

DAS RESPONSABILIDADES DOS PACIENTES

Art. 22. Os pacientes são responsáveis por compartilhar informações sobre doenças passadas, internações, medicamento do qual faz uso e outras pertinentes com os profissionais de saúde, visando auxiliá-lo na condução de seus cuidados.

Parágrafo único. Os pacientes são responsáveis por:

IV- indicar seu representante para os fins desta lei;

V- informar os profissionais de saúde acerca da desistência do tratamento prescrito, bem como de mudanças inesperadas em sua condição;

Art. 24. A violação aos direitos dos pacientes dispostos nesta Lei caracteriza-se como situação contrária aos direitos humanos, nos termos do disposto na Lei de número 12. 986 de 02 de junho de 2014 (BRASIL, 2016)

Assim, uma vez que essa lei venha a ser promulgada, será a primeira legislação nacional a tratar da matéria, o projeto já passou por análise e foi aprovado pela na Comissão de Direitos Humanos e Minorias, faltando ainda passar pela comissão de Seguridade Social e Família e da comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

3.4 DA NATUREZA JURÍDICA E SUAS FORMALIDADES

A eutanásia é ação ou omissão empregada para abreviar a vida de um paciente incurável suprimindo-lhe a dor e o sofrimento. Por outro lado, a ortotanásia é a conduta do médico que diante a morte eminente e inevitável, respeitando a autonomia do paciente, passa a empregar os cuidados paliativos, ao invés de submeter seu paciente a um tratamento fútil, a uma verdadeira obstinação terapêutica. Segundo Santoro⁴⁰

O que se busca na ortotanásia é o respeito ao bem-estar físico, psíquico, social e espiritual que é o conceito atual de saúde. Já a eutanásia é ação ou omissão empregada para abreviar a vida de um paciente incurável, suprimindo-lhe a dor e o sofrimento.

Dessa forma, um dos principais requisitos para a ortotanásia é o consentimento que pode ser tanto do paciente como do seu representante legal, para a conversão do tratamento em cuidados paliativos como forma de proporcionar ao enfermo um maior conforto e bem-estar.

Dessa forma, embora existam diferenças entre as DAVs - na modalidade do testamento vital e o testamento civil, previsto no Art. 1.857 do Código Civil brasileiro, possuem em comum algumas regras que são aplicadas para ambos os institutos. São, portanto, negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável.

Como dito anteriormente, a diferença se dá com relação às disposições de natureza patrimonial e quanto ao momento que ganham eficácia, haja vista que no testamento civil sua eficácia ocorre após a morte de eu outorgante e no testamento vital durante a vida.

Para tanto, os requisitos para sua elaboração devem seguir as regras previstas no Código Civil (art. 104, I, CC) que exige do indivíduo a capacidade para os atos da vida civil. Além do pleno discernimento na sua manifestação de vontade, ou seja,

⁴⁰SANTORO, Luciano Fincatti. **Morrer com dignidade**. In: Visão Jurídica. Direito de vida e morte. São Paulo: Escala, n° 03, 2015. p. 9.

sua decisão deve ser de forma livre e consciente e bem informada como disposto no (parágrafo único do art. 1860 do CC).

Como não existe nenhuma norma que regulamenta as diretivas, não se exige nenhuma formalidade específica para sua elaboração, sua forma deve ser buscada na doutrina, no direito comparado e regras gerais que possam ser aplicadas por analogias como disposto no (art. 107 do CC).

Embora os enunciados não tenham força de leis, eles servem de base para orientação para as formalidades próprias às DAV's por serem elaboradas por especialistas. Assim, em 2014 o CNJ promoveu em São Paulo a I Jornada de Direito da Saúde, onde foi elaborado o Enunciado nº 37

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízos de outras formas inequívocas de manifestação e admitidas em direito⁴¹.

Assim, embora o enunciado nº 37 não mencione que os tratamentos médicos especificados nas DAV são os de natureza extraordinários na manutenção da vida em estado terminal não se pode negar sua grande importância diante de um cenário de incertezas na sua aplicação em favor do paciente.

Como visto, o enunciado supracitado faz recomendações no sentido de que as Diretivas Antecipadas de Vontade devem ser elaboradas por escrito e de preferência registrar como Escritura Pública em livro de escrituração de Cartórios de Notas, como forma de da publicidade e conferir segurança jurídica para o mesmo.

As Diretivas Antecipadas de Vontade também pode ser feita mediante documento particular, desde que o declarante possua firma reconhecida em cartório, devendo ser feito diante da presença de testemunhas como forma de garantir a veracidade do documento e não existir dúvida quanto ao desejo do paciente.

⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito da Saúde. São Paulo, 14-15 mai. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>. Acesso em: 20 set. 2018.

Existe ainda, a possibilidade de o paciente entregar a declaração pessoalmente ao médico, sendo que esta deve ser registrada e assinada no prontuário hospitalar do paciente para uma posterior comprovação em caso da mesma ter sua autenticidade questionada. Podendo ainda ser através da via judicial.

Todavia, nada impede que a manifestação de vontade do declarante seja feita de forma oral para amigos, parentes, ou ao próprio médico, ou por meio de áudio ou vídeo. No entanto, é de se considerar que as declarações feitas oralmente são muito mais suscetíveis de se perderem e comprovadas, o paciente pode não ter sua vontade efetivada, como também não tem como resguardar os médicos de possíveis ações judiciais futuras que possam surgir após o interrompimento do tratamento e morte do enfermo.

Por oportuno, não se pode deixar de mencionar a eficácia das declarações feitas e compartilhadas pelas redes sociais por meio de depoimentos que expressa sua recusa pelos tratamentos terapêuticos extraordinários no fim da vida.

Em se tratando da validade das DAV's as regras divergem de um país para outro no que tange ao momento inicial de sua validade em alguns, como visto anteriormente, o início se dá a partir dos 14 dias, em outros sua validade é de forma imediata. Como no ordenamento jurídico brasileiro não existe um prazo determinado, antes de decidir pela ortotanásia é imprescindível verificar se a declaração é atual e se condiz com o real desejo.

3.5 OS EMPECILHOS E LIMITAÇÕES PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

No Brasil, como dito anteriormente, não existem parâmetros legais que possam orientar a elaboração e a aplicação das Diretivas Antecipadas de Vontade. Essa ausência é um dos principais entraves na sua utilização, essa omissão legislativa, traz de certo modo insegurança na atuação dos médicos, assim como também aos próprios pacientes.

Outra questão que merece ressalvas é a dificuldade que a equipe médica encontra de verificar se as Diretivas Antecipadas de Vontade condiz com a vontade real e atual do paciente, pois, não há como assegurar que o exercício desse direito foi feito de forma consciente, livre pelo paciente.

As Diretivas Antecipadas de Vontade são pouco conhecidas no Brasil, muitos cidadãos desconhecem o que são as diretivas e qual sua finalidade. Não existe uma divulgação desses institutos de forma ampla, isso dificulta a sua utilização, é preciso uma maior popularização acerca dos direitos que gozam os pacientes.

A decisão pela ortotanásia também encontra resistência pelos familiares quando estes, diante dos valores e dogmas se questionam na hora de decidir pela vontade anteriormente manifestada pelo enfermo se essa é a decisão mais acertada.

A dificuldade em confiar nos prognósticos dos médicos sobre a incurabilidade do paciente em virtude dos erros médicos e a possibilidade de surgir novos e eficazes tratamentos terapêuticos, também configuram-se como barreiras para a suspensão dos tratamentos extraordinários para a manutenção da vida.

Faz-se necessário destacar que as DAV's podem ser anuladas a qualquer tempo, se caso for descoberto novos tratamentos que possam reverter o quadro da doença em virtude dos avanços na pesquisa na área da medicina, os médicos podem optar por anular as diretivas e da continuidade ao tratamento.

Nesse contexto, o conteúdo das DAV's não pode ir de encontro com o ordenamento jurídico brasileiro vigente. Por esse motivo é que se proíbe que as Diretivas Antecipadas de vontade tenham conteúdo que autorize a antecipação da morte de alguém, o que configuraria na eutanásia que é considerada, como visto, crime no Brasil.

Nesse viés, no caso de existir disposições de vontade nas DAV's que versem sobre tratamentos que já não são mais aplicados em razão do avanço da medicina, ou por tal enfermidade ter chances de reversão do quadro clínico a revogação dar-se-á de forma tácita.

Dessa forma, compreende-se que esses empecilhos para a efetivação das Diretivas Antecipadas de Vontade seriam resolvidos com a promulgação de uma lei que regulamentasse esse instituto. O reconhecimento dos direitos do paciente mediante lei seria uma forma de conferir maior segurança aos médicos no que tange sua responsabilização na esfera penal e também como forma de assegurar ao paciente o exercício de sua autonomia.

Diante da inexistência de lei que reconheça a legalidade e regule as Diretivas Antecipadas de Vontade em âmbito nacional o profissional da medicina pode ser responsabilizado judicialmente ou administrativamente independente de sua decisão, pois, o que a Resolução tem o condão de afastar é tão somente as sanções administrativas. É necessário certa urgência na sua regulamentação para que as diretivas sejam de fato conhecidas e efetivadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, a partir da metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho de conclusão de curso, a qual se deu mediante revisão bibliográfica, tornou-se factível tecer algumas considerações com o objetivo de responder ao problema levantado no início da pesquisa.

O debate sobre a defesa da liberdade, do poder de autodeterminação e a morte voluntária, em tempos de garantia de direitos humanos, tem como principal fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Relaciona-se com a liberdade de cada pessoa para reger sua vida de acordo com sua própria vontade.

Em um Estado Democrático de Direito, que tem a dignidade humana como seu principal elemento fundante, não poderia esse trabalho tomar outro posicionamento que não fosse o de acentuar a prevalência da autonomia do paciente em relação aos avanços da medicina, que tem permitido o prolongamento da vida de forma artificial diante das situações de terminalidade e de irreversibilidade.

É importante ressaltar, que o presente trabalho não tem a intenção jamais de fazer apologia à morte nos casos de velhice avançada, ou por qualquer outro motivo que venha a decidir pela terminalidade daqueles socialmente inconvenientes ou ainda pela terminalidade dos enfermos.

Com o advento das descobertas científicas aliados ao desenvolvimento e as conquistas da ciência médica, como aparelhos, procedimentos médicos e o surgimento de novos fármacos que atuam no alívio das dores tem contribuído para o aumento da longevidade das populações e conseqüentemente o número de pacientes terminais com idade avançada.

Por tal razão, é que se questiona sobre os limites médicos e a necessidade cada vez maior de se impor aos médicos do respeito a princípios éticos que garantam a dignidade da pessoa humana na hora da morte. A expressão máxima da garantia da liberdade é a autonomia do indivíduo em escolher o próprio final.

A omissão legislativa acerca da temática deste trabalho, juntamente com a resistência de alguns segmentos da sociedade em virtude de dogmas religiosos, impossibilita o avanço do Direito e a efetivação do direito fundamental de morrer com dignidade.

Assim, como visto a normatização das Diretivas Antecipadas de Vontade já é uma realidade em vários países, mas no Brasil não existe uma lei nacional sobre o assunto, o que existe no Ordenamento Jurídico brasileiro são leis no âmbito estadual, Resoluções do Conselho Federal de Medicina e decisões judiciais.

Compreende-se que o fato de não existir regulamentação por lei nacional, não significa que os institutos sejam ilícitos, como visto a interpretação sistemática dos princípios da dignidade, liberdade e autonomia, permite concluir pela validade das Diretivas Antecipadas de Vontade ainda que não exista lei nacional que regule e discipline a conduta dos médicos diante dos casos que se apresentam.

Diante da inexistência de lei que reconheça a validade e regule as Diretivas Antecipadas de Vontade gera insegurança jurídica para os profissionais da medicina. Nesse sentido, o que se reconhece pelas Resoluções é a autonomia do paciente, mas não a legalidade da ortotanásia.

Como visto a atuação do médico não será a causa da morte, pois a morte é inevitável na escolha pela ortotanásia, mas o médico ao decidir pela ortotanásia ou mesmo se negar, pode ser responsabilizado judicialmente ou administrativamente por tal decisão, pois, o que impede é somente sanções administrativas.

O presente trabalho buscou demonstrar que no contexto atual, a ortotanásia é vista como uma forma de garantir uma morte digna aos pacientes. Essa conduta ética dos médicos deve ser empregada somente nos casos de terminalidade de vida e que a doença seja irreversível.

REFERÊNCIAS

Acórdão do Tribunal Alemão (BGH2 StR 454/09, de 25.6.2010), disponível em: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=336df172498ab76673716de8ddda020f&nr=52999>

ALMEIDA, E. H. R. Dignidade, autonomia do paciente e doença mental. *Revista Bioética*, 2010, 18 (2) 381-395.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Neoeugenia e Reprodução Humana Artificial: Limites Éticos e Jurídicos**. Salvador: Edições Juispodivm, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. Parecer Jurídico, São Paulo, 23 de novembro de 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Código de ética médica** (Resolução CFM 1.897/2009). Brasília: CFM, 2009.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Resolução CFM n. 1. 805/2006. Publicada no D.O.U de 28 de novembro de 2006, seção I. p.169.

_____. Resolução CFM n. 1.9995/2012. Publicada no D.O.U de 31 de agosto de 2012, seção I, p.269-70.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 14ª Vara Federal do DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Substituto Roberto Luis Luchi Demo. 01 dez. 2010. Disponível em: Acesso em: 25 set. 2018.

_____. **Código Penal Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

. DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

Disponível em: <http://www.apcp.com.pt/outros-documentos/lei-do-testamento-vital-lei-25-2012.html>: Acesso em 12 de novembro de 2018.

Disponível em: <https://www.jn.pt/nacional/interior/a-eutanasia-no-resto-do-mundo-5641675.html> Acesso em: 17 de agosto de 2018

FACHIN, Zulmar. A Liberdade na Constituição de 1988. In: FACHIN, Zulmar (Coord.) et al. **Direitos fundamentais e cidadania.** São Paulo: Método, 2008.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiúza. **O direito in vitro:** da bioética ao biodireito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. **Diretivas Antecipadas de vontade:** Questões Jurídicas sobre seu conceito, objeto, fundamento e formalização. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. (orgs). Estudo em homenagem a Ivete Ferreira. São Paulo: LiberArs, 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Direito à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: QuartierLatin: Centro de Extensão Universitária, 2005.

OSSOLA, Ana Laura. et al. **Principais Problemas do Direito da Personalidade e estado - da-arte da matéria no direito comparado**. In: FRUET, Gustavo Bonato; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; Miranda, Jorge. (orgs). Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2012.

PACTO de São José da Costa Rica. Artigo 4º - Direito à vida. I) Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

PESSOA, Laura Scaldaferrri. **Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna**. 2011. (Dissertação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SANTORO, Luciano Fincatti. **Morrer com dignidade**. In: Visão Jurídica. Direito de vida e morte. São Paulo: Escala, nº 03, 2015.

SCHORODINGER, Erwin. O que é vida? O aspecto físico da célula viva. Tradução Jesus de Paula Assis e Vera Yukie Kuwajima de Paula Assis. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 159

ANEXOS



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012

[\(Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70\)](#)

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLVE:

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

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

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

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

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

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

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

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação

Brasília-DF, 9 de agosto de 2012

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/12

A Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina, considerando, por um lado, que o tema diretivas antecipadas de vontade situa-se no âmbito da autonomia do paciente e, por outro, que este conceito não foi inserido no Código de Ética Médica brasileiro recentemente aprovado, entendeu por oportuno, neste momento, encaminhar ao Conselho Federal de Medicina as justificativas de elaboração e a sugestão redacional de uma resolução regulamentando o assunto. Esta versão contém as sugestões colhidas durante o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina de 2012.

JUSTIFICATIVAS

1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida

Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D'Amico *et al*, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las.

2) Receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade

Pesquisas internacionais apontam que aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este se encontra incapaz para participar da decisão (Simón-Lorda, 2008; Marco e Shears, 2006).



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

No Brasil, estudo realizado no Estado de Santa Catarina, mostra este índice não difere muito. Uma pesquisa entre médicos, advogados e estudantes apontou que 61% levariam em consideração as vontades antecipadas do paciente, mesmo tendo a ortotanásia como opção (Piccini *et al*, 2011). Outra pesquisa, também recente (Stolz *et al*, 2011), apontou que, em uma escala de 0 a 10, o respeito às vontades antecipadas do paciente atingiu média 8,26 (moda 10). Tais resultados, embora bastante limitados do ponto de vista da amostra, sinalizam para a ampla aceitação das vontades antecipadas do paciente por parte dos médicos brasileiros.

3) Receptividade dos pacientes

Não foram encontrados trabalhos disponíveis sobre a aceitação dos pacientes quanto às diretivas antecipadas de vontade em nosso país. No entanto, muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida, bem como a elaboração de documento sobre diretivas antecipadas (in: Marco e Shears, 2006).

4) O que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal

Diz o artigo 34 do Código de Ética Médica italiano: “Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso” (O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo – *traduzimos*). Desta forma, o código italiano introduziu aos médicos o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Diz o artigo 27 do Código de Ética Médica espanhol: “[...] Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y La opinión de las personas vinculadas responsables”. Portanto, da mesma forma que o italiano, o código espanhol introduz, de maneira simples e objetiva, as diretivas antecipadas de vontade no contexto da ética médica.

O recente Código de Ética Médica português diz em seu artigo 46: “4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer”. No parágrafo seguinte diz que o médico poderá investigar estas vontades por meio de representantes e familiares.

Deste modo, os três códigos inseriram, de forma simplificada, o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais.

5) Comitês de Bioética

Por diversos motivos relacionados a conflitos morais ou pela falta do representante ou de conhecimento sobre as diretivas antecipadas do paciente, o médico pode apelar ao Comitê de Bioética da instituição, segundo previsto por Beauchamps e Childress (2002, p. 275). Os Comitês de Bioética podem ser envolvidos, sem caráter deliberativo, em muitas decisões de fim de vida (Marco e Shears, 2006; Savulescu; 2006; Salomon; 2006; Berlando; 2008; Pantilat e Isaac; 2008; D’Amico; 2009; Dunn, 2009; Luce e White, 2009; Rondeau *et al*, 2009; Siegel; 2009). No entanto, embora possa constar de maneira genérica esta possibilidade, os Comitês de Bioética são



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

raríssimos em nosso país. Porém, grandes hospitais possuem este órgão e este aspecto precisa ser contemplado na resolução.

Carlos Vital Tavares Corrêa Lima
Relator

Lei portuguesa sobre Diretivas Antecipadas de Vontade (Lein.º25/2012–Portugal)

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.º 25/2012 de 16 de julho

Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

CAPÍTULO II

Diretivas antecipadas de vontade

Artigo 2.º

Definição e conteúdo do documento

1- As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade é capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2- Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expresse a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

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

Artigo 3.º

Forma do documento

1- As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registro Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste:

- a) A identificação completa do outorgante;
- b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;
- c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem

efeitos;

d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;

e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam.

2-No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

3- O ministério com a tutela da área da saúde aprova, mediante pareceres prévios do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e da Comissão Nacional de Proteção de Dados, um modelo de diretivas antecipadas de vontade, de utilização facultativa pelo outorgante.

Artigo 4.º

Requisitos de capacidade

Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente:

a) Sejam maiores de idade;

b) Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomaliapsíquica;

c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

Artigo 5.º

Limites das diretivas antecipadas de vontade

São juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade:

a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas;

b) Cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e

evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal;

c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

Artigo 6.º

Eficácia do documento

1- Se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipe responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei.

2- As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando:

a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;

b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;

c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

3- O responsável pelos cuidados de saúde regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde, quando exista, bem como ao RENTEV.

4- Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante.

5- A decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante.

Artigo 7.º

Prazo de eficácia do documento

1- O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de

cinco anos a contar da sua assinatura.

2- O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 3º.

3- O documento de diretivas antecipadas de vontade mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.

4- Os serviços de RENTEV devem informar por escrito o outorgante de DAV, e, caso exista, o seu procurador, da data de caducidade do documento, até 60 dias antes de concluído o prazo referido no n.º 1.

Artigo 8.º

Modificação ou revogação do documento

1- O documento de diretivas antecipadas de vontade é revogável ou modificável, no todo ou em parte, em qualquer momento, pelo seu autor.

2- Sem prejuízo do disposto no n.º 4, a modificação do documento de diretivas antecipadas de vontade está sujeita à forma prevista no artigo 3º.

3- O prazo de eficácia do documento de diretivas antecipadas de vontade é renovado sempre que nele seja introduzida uma modificação.

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

Artigo 9.º

Direito à objeção de consciência

1- É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante o direito à objeção de consciência quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.

2- O profissional de saúde que recorrer ao direito de objeção de consciência deve

indicar a que disposição ou disposições das diretivas antecipadas de vontade se refere.

3- Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados.

Artigo 10.º

Não discriminação

Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de diretivas antecipadas de vontade.

CAPÍTULO III

Procurador e procuração de cuidados de saúde

Artigo 11.º

Procurador de cuidados de saúde

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

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

3- Não podem ser nomeados procuradores de cuidados de saúde:

- a) Os funcionários do Registo previsto no artigo 1.º e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela presente lei;
- b) Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde.

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

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

Artigo 12.º

Procuração de cuidados de saúde

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

2- É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 262.º, 264.º e nos n.os 1 e 2 do artigo 265.º do Código Civil.

Artigo 13.º

Efeitos da representação

1- As decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante, nos termos da presente lei.

2- Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.

Artigo 14.º

Extinção da procuração

1- A procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante.

2- A procuração de cuidados de saúde extingue-se por renúncia do procurador, que deve informar, por escrito, o outorgante.

CAPÍTULO IV

Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV)

Artigo 15.º

Criação do Registo Nacional de Testamento Vital

1- É criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde.

2- O tratamento dos dados pessoais contidos no RENTEV processa-se de acordo com o disposto na legislação que regula a proteção de dados pessoais.

3- A organização e funcionamento do RENTEV são regulamentados pelo Governo.

4- Compete ao Governo atribuir ao RENTEV os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários ao seu funcionamento.

Artigo 16.º

Registo de testamento vital/procuração no RENTEV

1- O registo no RENTEV tem valor meramente declarativo, sendo as diretivas antecipadas de vontade ou procuração de cuidados de saúde nele não inscritas igualmente eficazes, desde que tenham sido formalizadas de acordo com o disposto na presente lei, designadamente no que concerne à expressão clara e inequívoca da vontade do outorgante.

2- Para proceder ao registo das diretivas antecipadas de vontade e ou procuração dos cuidados de saúde, o outorgante pode apresentar presencialmente e o respetivo documento no RENTEV, ou enviá-lo por correio registado, devendo, neste caso, a assinatura do outorgante ser reconhecida.

3- O RENTEV informa por escrito o outorgante e, caso exista, o seu procurador, da

conclusão do processo de registo do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração, enviando a cópia respetiva.

Artigo 17.º

Consulta do RENTEV

1- O médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autónoma a sua vontade, assegura da existência de documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde registados no RENTEV.

1- Caso se verifique a sua existência, o documento de diretivas antecipadas de vontade, e ou procuração de cuidados de saúde, são anexados ao processo clínico do outorgante.

2- O outorgante do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde, ou o seu procurador, podem solicitar ao RENTEV, a qualquer momento, a consulta ou a entrega de copiada DAV do outorgante.

Artigo 18.º

Confidencialidade

1- Todos aqueles que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde ficam obrigados a observar sigilo profissional, mesmo após o termo das respetivas funções.

2- A violação do dever a que se refere o número anterior constitui ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei.

CAPÍTULO V

Disposições finais

Artigo 19.º

Regulamentação

O Governo regulamenta a presente lei no prazo de 180 dias a partir da entrada em vigor.

Artigo 20.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Aprovada em 1 de junho de 2012

A Presidente da Assembleia da República, Maria da Assunção A. Esteves.

Promulgada em 5 de julho de 2012.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 6 de julho de 2012.

O Primeiro-Ministro, Pedro Passos Coelho.