UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

TESTAMENTO VITAL: DESAFIOS EM TORNO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Carlo Moraes Martins

Santa Maria, RS, Brasil
2015

TESTAMENTO VITAL: DESAFIOS EM TORNO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

por

Carlo Moraes Martins

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito.**

Orientadora: Profª. Drª. Valéria Ribas do Nascimento

Santa Maria, RS, Brasil
2015

Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de Graduação

TESTAMENTO VITAL: DESAFIOS EM TORNO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

elaborada por
Carlo Moraes Martins

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Comissão Examinadora

Profª. Drª. Valéria Ribas do Nascimento
(Presidente/Orientadora)

Profª. Drª. Nina Trícia Disconzi Rodrigues
(Universidade Federal de Santa Maria)

Profª. Mª. Maria Ester Toaldo Bopp
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 03 de dezembro de 2015

AGRADECIMENTOS

Percebo, cada vez mais, que a graduação, muito além de proporcionar um crescimento profissional, me possibilitou um importante e imensurável crescimento pessoal. Pude, neste período de seis anos, me conhecer melhor, me entender melhor, e visualizar o mundo de uma maneira mais coerente e profunda.

Agradeço, em primeiro lugar, à minha mãe, ***Maria do Carmo do Nascimento Moraes****, a qual jamais poupou esforços em sempre me proporcionar o que de melhor esteve ao seu alcance: "Mãe, te amo!".*

Ao meu avô, ***Eurico Moraes Netto****, por ser o meu maior exemplo de honestidade, integridade, coragem e idoneidade: "Você é nosso herói!".*

Aos meus tios e primos, principalmente, ***Betina Moraes Rizzato****, pela amizade, e pelo forte laço de irmandade.*

À querida amiga e Defensora Pública, ***Valéria Tabarelli Brondani****, profissional que admiro muito, e quem possibilitou minha primeira oportunidade de estágio: "Meu muito obrigado!".*

Aos meus amigos, sem os quais não me reconheço.

Por fim, à minha orientadora, ***Valéria Ribas do Nascimento****, pela confiança depositada em mim, pela disponibilidade, e pelo importante auxílio na escolha de um tema tão instigante e motivador.*

"A felicidade aparece para aqueles que choram.
Para aqueles que se machucam
Para aqueles que buscam e tentam sempre.
E para aqueles que reconhecem
a importância das pessoas que passaram por suas vidas."

(Há momentos - Clarice Lispector)

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

TESTAMENTO VITAL: DESAFIOS EM TORNO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 1.995 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

AUTOR: **CARLO MORAES MARTINS**
ORIENTADOR: **VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO**
Data e Local da Defesa: Santa Maria, 03 de dezembro de 2015.

Diante da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, depreende-se a primeira regularização acerca das diretivas antecipadas de vontade no Brasil. Associada à ideia de inimagináveis avanços médicos e científicos, indisponibilidade do direito à vida, e paternalismo médico, contexto que deixou necessariamente em risco o direito à morte digna, emerge a necessidade das pessoas antecederem as suas vontades em casos de terminalidade combinada com impossibilidade de manifestação. Assim, o presente trabalho utilizou o método dialético, pois é visível a contraposição de ideias, sendo que a partir da análise das mesmas pode-se chegar a conclusões reflexivas. Por sua vez, são visualizados dois enfoques principais. O primeiro consiste na apresentação da temática da bioética ligada a uma ideia de cuidados paliativos, evidenciando institutos como eutanásia, ortotanásia e distanásia, obrigatoriamente vinculados às concepções de testamento vital e mandato duradouro, espécies do gênero diretivas antecipadas de vontade. O segundo decorre do primeiro, na medida em que restou proposta Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, no intuito de buscar a possível inconstitucionalidade da supracitada Resolução. Nesse sentido, para resolver o embate abordam-se os princípios constitucionais que vinculam a temática, quais sejam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o da Autonomia Privada. Por fim, deflagra-se a breve experiência brasileira relativa às diretivas antecipadas de vontade, raciocínio necessário, para em conjunto, verificar a validade e eficácia do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Conselho Federal de Medicina; testamento vital; mandato duradouro; ortotanásia; Dignidade da Pessoa Humana; Autonomia Privada.

ABSTRACT

Graduation Monografh
Law School
Federal University of Santa Maria

LIVING WILL: CHALLENGES AROUND THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE RESOLUTION Nº 1995/2012 OF THE FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE

Author: Carlo Moraes Martins
Adviser: Valéria Ribas do Nascimento
Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 03, 2015.

With the Resolution Nº 1.995/2012 of the Federal Council of Medicine, occurs the first regulation about advance health care directives in Brazil. Associated with the idea of unimaginable scientific and medical advances, unavailability of the right to life, and medical paternalism, context which necessarily put in risk the right to dignified death, emerges the need for people to precede their wills in cases of terminal illness combined with impossibility of expression. Therefore, the present work used the dialectical method, because it is visible the contrast of ideas, and from the analysis of them, reflective conclusion can be reached. In turn are displayed two main goals. The first is the presentation of the theme of bioethics linked to a view of palliative care, showing institutes such as euthansia, orthothanasia and dysthanasia, necessarily linked to concepts of living will and durable power attorney, species of the advance health care directives. The second follows the first, in the sense that it was proposal Class Action by Federal Prosecutors Officec in order to seek the possible unconstitutionality of the abovementioned Resolution. In this sense, to solve the confrontation, occurs an approach to the constitutional principles that bind the subject, which are the principle of Human Dignity and the Private Autonomy. Finally, triggers the brief Brazilian experience with the advance health care directives necessary reasoning, to jointly verify the validity and effectiveness of living wills in the Brazilian legal system.

Key-Words: Federal Council of Medicine; living will; durable Power attorney; orthothanasia; Dignity of human person; Private autonomy

SUMÁRIO

RESUMO.....6
ABSTRACT.....7
INTRODUÇÃO.....9
1 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO 12
1.1 Bioética e seus princípios aplicados ao paciente terminal: o importante estudo de casos 12
1.2 Eutanásia, Ortotanásia, Distanásia e Suicídio Assistido.....22
1.3 Testamento Vital e Mandato Duradouro como espécies das Diretivas Antecipadas de Vontade.....29
2 MATRIZ PRINCIPIOLÓGICA APLICADA E NOTÍCIA DE EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA..... 37
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: em busca do direito à morte digna.....37
2.2 Princípio da Autonomia Privada nos casos de terminalidade da vida: a supremacia da liberdade individual.....43
2.3 Da breve experiência brasileira: Ação Civil Pública contra a Resolução nº 1.995/2012 do CFM (Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500) 48
CONCLUSÃO 58
REFERÊNCIAIS BIBLIOGRÁFICAS.....61
ANEXOS 66

INTRODUÇÃO

A finitude da vida e a vulnerabilidade do corpo e da mente são sinais da nossa humanidade, o destino comum que iguala a todos, representando a um só tempo, mistério e desafio. Mistério, pela incapacidade humana de compreender em plenitude o processo de existência, e desafio, pela ambição permanente de domar a morte e prolongar a sobrevivência (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 22).

A ciência e a medicina expandiram os limites da vida de uma forma inimaginável em todo o mundo. Os rápidos avanços tecnológicos e científicos vêm suscitando as maiores perplexidades a respeito dos limites do corpo humano. Com o avanço das novas tecnologias, na visão de muitos médicos, o homem praticamente passou de "ser humano", para "objeto de contrato". Nesse sentido, esclarece-se a importância dos valores da pessoa humana que o ordenamento jurídico considera intangíveis, já que representa um valor em si e por si.

Contudo, o humano está para a morte, a qual não tem cura. É a partir dessa confluência entre a vida e a morte, entre o conhecimento e o desconhecido, que se originam diversos dos medos contemporâneos. Não obstante, ao adentrar-se ao campo da terminalidade da vida, deve necessariamente ser observada a autonomia individual como expressão da dignidade da pessoa humana, fato que é capaz de tornar o processo de morrer mais humano e respeitoso.

Com efeito, a partir da aprovação da Resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina (CFM) em 2012, ocorre uma primeira regulamentação objetiva acerca das diretivas antecipadas de vontade no país, vinculando principalmente a classe médica. A resolução prevê o mandato duradouro, e ainda, a possível confecção de um testamento vital, o qual seria um documento redigido por pessoa em pleno gozo de suas faculdades mentais, dispondo acerca dos tratamentos que deseja se submeter ou não, se por ventura sobrevier diagnóstico de doença terminal cumulado com impossibilidade de manifestação de vontade.

Nessa linha de raciocínio, o presente trabalho de monografia visou analisar a possível legalidade, e principalmente, constitucionalidade da referida Resolução, a qual restou discutida por Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal também no ano de 2012.

Para tanto, utilizou-se a metodologia de abordagem dialética, visto que buscou se extrair conclusões e reflexões inovadoras a partir de contraposição de ideias ou situações contrárias. Nesse passo, a partir do impasse gerado com a nova Resolução, depreende-se contraste no ordenamento jurídico brasileiro imposto, o qual garante sobremaneira a indisponibilidade do direito à vida em contraposição aos preceitos de autonomia privada e dignidade da pessoa humana, intrínsecos aos indivíduos.

O método de procedimento adotado foi principalmente o investigatório, realizando-se, assim, uma pesquisa bibliográfica para a definição dos institutos aqui tratados, e uma pesquisa legislativa e jurisprudencial acerca do tema em comento. No aspecto legislativo, a experiência estrangeira teve importante destaque, principalmente o caso de Portugal. Finalmente, como técnica de pesquisa a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica, mas sem deixar de lado a busca em outras fontes, ideias ou pontos de vista críticos que possam enriquecer e colaborar para o desenvolvimento do trabalho. Ainda, trazendo um viés prático da problemática, dissecaram-se os autos do Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500, os quais tratam da Ação Civil Pública que discute a constitucionalidade Resolução.

Destaque-se que não foi objetivo do trabalho esgotar toda a gama que envolve as diretivas antecipadas de vontade, mas apenas focar nas reflexões que elucidam um viés mais prático a matéria. Além disso, ressalta-se que não foi possível, diante dos objetivos do trabalho, incluir todos os autores que possuem obras de qualidade sobre o tema desenvolvido, sobretudo por serem estrangeiros.

O trabalho foi dividido em dois grandes capítulos. O primeiro capítulo tem por objetivo apresentar o tema das diretivas antecipadas de vontade do indivíduo dentro de um contexto bioético, motivo pelo qual foi subdividido em três subcapítulos. No primeiro momento, configurou-se a bioética e destacaram-se os seus importantes princípios, corroborando para apresentação de importantes casos que permeiam o tema, ainda apresentou-se a atual imprescindibilidade dos cuidados paliativos. Posteriormente, caracterizaram-se peculiares institutos essenciais para os casos de terminalidade de vida, dando-se principal enfoque a ortotanásia. Ao final do capítulo, foram apresentadas as duas espécies de diretivas antecipadas de vontade, quais sejam o testamento vital e o mandato duradouro.

O segundo capítulo, também dividido em três subcapítulos, teve por objetivo firmar a posição mais adequada quanto ao tema principal desta pesquisa, qual seja, a (in)constitucionalidade da Resolução. Para tanto, primeiro foi apresentada a matriz principiológica, arraigada na Constituição Federal, que envolve a análise crítica dos princípios da dignidade da pessoa humana, e posteriormente, o da autonomia privada. Por fim, apresentou-se a breve experiência brasileira até o presente momento, observando-se a importante posição do CFM, e o incipiente histórico judicial, indispensáveis para averiguar a validade e eficácia dos institutos propostos.

Seguindo esses objetivos e a proposta apresentada, chegou-se às conclusões que seguem no correr da presente monografia.

1 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO

> “Confesso que, na minha experiência de ser humano, nunca me encontrei com a vida sob a forma de batidas de coração ou ondas cerebrais. A vida humana não se define biologicamente. Permanecemos humanos enquanto existe em nós a esperança da beleza e da alegria. Morta a possibilidade de sentir alegria ou gozar a beleza, o corpo se transforma numa casca de cigarra vazia” (ALVES, 2003, p. 3).

1.1 Bioética e seus princípios aplicados ao paciente terminal: o importante estudo de casos

Antes de adentrar a qualquer tipo de conceituação de institutos relevantes ao atual trabalho, partindo-se de uma premissa de vida digna, indaga-se: Independentemente de sua qualidade, a vida humana deve ser sempre preservada? Devem ser empregados todos os recursos biotecnológicos para prolongar um pouco mais a vida de um paciente terminal? Os processos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que os efeitos do mal a curar deverão ser aplicados (SÁ, 2012, p. 76)?

Não há dúvidas de que o presente tema permeia o campo da bioética, isto é, "o estudo do comportamento moral do homem em relação às ciências da vida" (CONTI, 2004, p. 5). Proveniente dos vocábulos gregos *"bios"* e *"ethos"*, os quais significam, respectivamente, "vida" e "ética", a bioética traduz-se em uma ética aplicada no âmbito biológico, estando incluído em tal plano a prática da medicina, visto que para tal ciência o bem estar dos pacientes e a benevolência devem ser os objetivos primordiais (MENEZES, 2015, p. 20).

O grande precursor do referido termo foi o médico americano cancerologista, Van Potter, o qual destacou em 1970 que "era necessário estabelecer uma ponte entre ciências biológicas e valores morais, no sentido de se constituir uma nova ética baseada no propósito de sobrevivência humana e em um ambiente saudável" (CONTI, 2004, p. 20).

Consoante a isso, emerge o conceito de biodireito, o qual busca regular a medicina e a biologia. Nessa linha, ainda que se entenda que todo o direito esteja relacionado ao homem e, assim, pressuponha a vida, "consagra-se o vocábulo em questão, no sentido de ser o conjunto de leis que regulamenta a prática de técnicas científicas, que envolvam a vida" (LOUREIRO, 2009, p. 8).

Por oportuno, as normas bioéticas são embasadas em princípios que, de tão essenciais, estão contidos inclusive na gênese dos ordenamentos éticos e profissionais, destinados a pesquisadores e cientistas. A reflexão ética principialista originou-se da preocupação pública com o necessário controle social da pesquisa em seres humanos, assim sendo, a principal abordagem ética[1] utilizada na prática clínico-assitencial, ou seja, em situações cotidianas advindas da relação médico-paciente, efetivou-se em 1979, pela obra *Principles os biomedical ethics* ("Princípios da ética biomédica"), dos americanos Tom Beauchamp e James Childress (MENEZES, 2015, p. 35).

Referido estudo solidificou o potencial teórico da Bioética nos Estados Unidos, consagrando o uso de quatro princípios[2]: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Desta feita, no campo do exame para a tomada de decisão no cuidado de saúde, o princípio de respeito à autonomia sobressai-se como de extrema importância para materialização do presente trabalho, motivo pelo qual será devidamente tratado em capítulo específico.

Não obstante, preliminarmente, cabe destacar que “o respeito pela autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros”, logo, retiram a possibilidade de uma equidade mínima entre as pessoas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 143).

Outrossim, diante da ausência de uma orientação concreta acerca da decisão a respeito dos procedimentos de suporte de vida e da assistência na morte, emerge o princípio de não maleficência, o qual determina a obrigação de não infligir danos

---

[1] Imperativo destacar o prévio Relatório Belmont (1978), publicado em Washingotn D.C., documento que tornou possível a inicial operacionalização de princípios éticos básicos, superando antigos códigos e "tomando como princípios éticos básicos, ao tratar da adequação das pesquisas realizadas em seres humanos, o respeito às pessoas, a beneficência e a justiça" (MENEZES, 2015, p. 35).

[2] Previamente, cabe destacar que nenhum desses princípios possui caráter absoluto (CONTI, 2004, p. 125).

intencionalmente, ou seja, não causar males (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 209).

A não maleficência, assim, requer apenas que intencionalmente haja a abstenção da execução de ações causadoras de dano, isto é, as suas regras, portanto, assumem a forma de “não faça X”. Com relação ao dano, aqui se enfocam os danos físicos, incluindo a dor, a deficiência e a morte, sem negar a importância dos danos mentais e do comprometimento de outros interesses (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 212-214).

Por sua vez, com escopo relativamente contrário ao princípio da não maleficência sobressai-se o princípio da beneficência, o qual exige que os agentes tomem atitudes positivas para ajudar os outros, e não simplesmente se abstenham de realizar atos nocivos. Nesse contexto, entende-se a ação beneficente num sentido mais amplo, incluindo todas as formas de ação que tenham o propósito de beneficiar outras pessoas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 281-282).

Nessa linha, o princípio da beneficência[3] é colocado no vértice, compreendendo o fim da medicina, qual seja a promoção do bem, evitando o mal, por enfatizar a busca do bem-estar do paciente, não o prejudicando, conforme preconiza o juramento hipocrático[4]. Assim, o médico deve sempre fazer uma avaliação do procedimento a ser usado com o paciente, no intuito de evitar sofrimentos desnecessários sem obter resultados. Deve, portanto, informar ao paciente acerca dos riscos e benefícios, a fim de que esse e seu responsável legal possam dar sua decisão final em atenção ao princípio da autonomia (LOUREIRO, 2009, p. 12-13).

O papel do quarto princípio, qual seja o da justiça, é reverenciar a equidade, definindo quem deve arcar com a responsabilidade pelo experimento em seres

---

[3] Infelizmente, a atual estrutura hospitalar não respeita a relação entre o médico e o paciente: "Desde que o capitalismo do livre mercado foi introduzido na prática dos cuidados médicos a fim de reduzir os custos, esses fatos aumentaram a deterioração do relacionamento entre o médico e o paciente, cujos cuidados foram transformados em malevolente empreendimento comercial, fazendo desaparecer a benfazeja dedicação histórica dos médicos em benefício dos pacientes, transformando as profissões em empregos, os compromissos morais sendo comandados por administradores que exploram o trabalho dos médicos, agora seus funcionários, fazendo que os médicos mudem a interpretação de si mesmos, seus padrões éticos e seu papel na sociedade e tornando a ética médica tradicional de porca validade (JÚNIOR, 2009, p. 231 apud MENEZES, 2015, p. 82).

[4] "O juramento de Hipócrates continua ainda hoje a ser a expressão dos ideais da Medicina do alicerce da postura ética do médico. Há nele, entretanto, uma lacuna no que se refere ao livre-arbítrio do paciente para decidir. O texto não contempla, em momento algum, os direitos da contraparte nesse relacionamento: a vontade do paciente não é mencionada" (CONTI, 2004, p. 129)

humanos, assim como quem deve ser o destinatário final de seus benefícios. Sem adentrar ao mérito da justiça formal e material, no campo sanitário, deve ser observada a igualitária alocação de recursos para o desenvolvimento da pesquisa biomédica, além do extremo cuidado às pessoas doentes, desvalidas e excluídas, materializando-se a eficácia social da isonomia (MENEZES, 2015, p. 44-46).

A partir do exposto, a concreta maximização dos limites de expectativa de vida na sociedade ocidental implicou as mais diversas consequências antropológicas, sociológicas, religiosas, jurídicas e morais. Tendo em conta a situação que lhe rodeava, e os conflitos ali existentes, Dworkin (2003, p. 251), ainda nos anos 1990, denunciou aquilo que observava cotidianamente:

> Todos os dias, no mundo todo, pessoas racionais pedem que lhes seja permitido morrer. Às vezes, pedem que outras as matem. Algumas delas já estão morrendo, muitas em meio a grandes sofrimentos, como Lillian Boyes, uma inglesa de setenta anos que agonizava devido a uma forma terrível de artrite reumatóide, com dores tão lancinantes que nem mesmo os analgésicos mais poderosos conseguiam mitigar. [...] Algumas pessoas querem morrer porque não querem continuar vivas da única maneira que lhes resta, como Patricia Diane Trumbull, uma nova-iorquina de quarenta e cinco anos que estava com leucemia e recusou o tratamento quimioterápico e os transplantes de medula mesmo depois de informada de que o tratamento lhe ofereceria uma entre quatro possibilidades de sobreviver. Patricia assim decidiu porque conhecia a devastação resultante do tratamento e achava que a probabilidade de sobreviver não compensaria o sofrimento atroz que teria de suportar.

Nesse passo, cada vez mais os indivíduos se dão conta da importância de tomar uma decisão com antecedência[5]: procura-se ou não ser tratados desse modo?

Neste mesmo influxo, ao longo dos últimos anos observou-se uma profunda alteração na relação entre a medicina e a sociedade. Vários fatores colaboraram para este desiderato, nomeadamente a utilização excessiva de tecnologia sofisticada o que contribuiu decisivamente para a desumanização da prestação de cuidados de saúde.

Com efeito, é inconteste que os avanços tecnológicos na área da saúde contribuíram de forma substancial para salvar muitas vidas e minorar-lhes o

[5] "Alguém que pense que sua própria vida seria pior se retardasse a morte iminente por mais algumas semanas graças a uma dúzia de aparelhos, ou se permanecesse biologicamente vivo durante anos, em estado vegetativo, acredita estar demonstrado mais respeito pela contribuição humana à santidade de sua vida se tomar providências antecipadas que lhe permitam evitar esse estado de coisas" (DWORKIN, 2003, p. 305).

sofrimento. Entretanto, percebe-se que inúmeros problemas de ordem ética advieram com o propalado avanço.

Nesse sentido, em uma democracia plural, a postura paternalista tradicional da medicina não pode se sobrepor a autonomia dos pacientes, ou seja, a decisão médica deve ser progressivamente partilhada com o doente e a sua família. Tal desmembramento exige a concreta existência de normas nos ordenamentos jurídicos que amparem a interpretação adequada da vontade das pessoas.

Partindo-se da referida premissa, questiona-se "se o paciente deve ou não poder ser livre para se autodeterminar e fazer escolhas livres, informadas e esclarecidas, nomeadamente quando se trata de doentes terminais" (NUNES, 2012, v. 21, p. 250-255).

Para elucidar de melhor forma a situação dos pacientes em fase terminal, e as suas possíveis escolhas para uma almejada morte digna, ante um contexto de exponencial sofrimento, mostra-se imprescindível tratar de casos reais, os quais representaram uma mudança de rumo para o mundo atual.

Amplamente divulgado na mídia, o caso da americana Terri Schiavo comoveu o mundo. Após quinze anos vivendo em Estado Vegetativo Persistente (EVP)[6], a enferma padeceu sobre a cama do *hospice*[7] em que se tratava, duas semanas da posterior retirada do tubo de alimentação que lhe mantinha "viva" (GOODNOUGH, 2005).

---

[6] "O estado vegetativo é uma situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral" (THE MULTI-SOCIETY TASK FORCE ON PVC, 1994, p. 1572-1579 apud DADALTO, 2015, p. 32). Igualmente, seus critérios de definição são: total ausência de consciência do eu ou do ambiente circundante; a impossibilidade de interação com o próximo; a ausência de respostas sustentadas, reprodutíveis, intencionais e voluntárias a estímulos visuais, auditivos, tácteis ou nóxios; a ausência de compreensão ou expressão verbais, vigília intermitente, ciclos sono-vigília, preservação das funções hipotalâmicas e autonômicas suficientes para sobrevivência. Assim sendo, ao contrário do estado "permanente", o qual corresponde a um prognostico, já que diz respeito à irreversibilidade do quadro, o segundo é um diagnóstico, referindo-se a uma condição de incapacidade que ocorreu em determinado momento e persiste.

[7] "O termo *hospice* não pode ser confundido com hospício e muito menos hospital. Nesse sentido, os *hospices* são clínicas onde as pessoas que sabem que vão morrer se internam para receber todo tipo de ajuda médica e psicológica, voltando os cuidados clínicos no intuito de enfrentar a morte da melhor forma possível. Originados na Inglaterra, os *hospices* buscam não tratar os indivíduos simplesmente como pacientes, mas em proporcionar um lugar o mais confortável possível de convivência com seus familiares, amigos, suas coisas, crenças e animais de criação. Podem, assim, morrer em paz, auxiliados por quem se preparou para exercer a função de tanatologista, isto é aquele que estuda o fenômeno da morte. Consequentemente, os *hospices* são muitos mais do que qualquer estabelecimento de saúde: é um modo de pensar e ver o ser humano em toda a sua dimensão, humana e espiritual" (CONTI, 2004, p. 146-147).

Devido a uma parada cardíaca em 1990, com a consequente falta de oxigênio, a mulher sofreu danos irreversíveis no seu cérebro, com a eventual destruição do seu córtex cerebral. Nesse contexto, seu marido e representante legal, Michael Schiavo, vinha solicitando ao Judiciário dos EUA, desde 1998, que desligasse os tubos de hidratação e alimentação artificial que lhe arrastavam o processo para uma morte digna. Com efeito, a justificativa do marido era embasada no fato de que "Terri não gostaria de viver sem consciência, apenas como um vegetal" (SÁ, 2012, p. 181). Assim sendo, a esposa teria manifestado diversas vezes, antes de entrar em estado vegetativo, que não gostaria de ser mantida viva artificialmente.

Tal entendimento era contrário do que preconizavam os pais da paciente, os quais defendiam a manutenção da sonda alimentar. Assim, após iniciado o conflito judicial, que depois de envolver, a Justiça Federal, o Legislativo e o Governador do Estado, em 2005, veio a Suprema Corte Americana a deferir o pedido do marido, autorizando o desligamento dos aparelhos (DADALTO, 2015, p. 42-43). Desta feita, o marido por três vezes ganhou na justiça o direito de retirar a sonda, contudo nas duas primeiras vezes a autorização foi revertida, somente, então, em 19 de março de 2005 a sonda foi retirada pela terceira vez, assim permanecendo até a sua morte.

A luta polarizada sobre o destino de Schiavo desencadeou um debate nacional no âmbito dos Estados Unidos da América: em que momento a vida de pessoas incapacitadas, as quais deixaram instruções especificas, deve acabar? Ainda, como determinar o interesse de Terri na sua morte e na maneira como esta deveria ser efetivada? Ela não deixou qualquer tipo de diretivas antecipadas de vontade documentadas. Destarte, poderia de fato o marido, seu guardião e representante legal, decidir por ela (SÁ, 2012, p. 181)?

Por sua vez, o caso da menina inglesa Hannah Jones, o qual repercute na seara da capacidade de autodeterminação dos incapazes, possui visivelmente outras peculiaridades. Diagnosticada com uma rara forma de leucemia aos cinco anos de idade, o seu coração ficou tão danificado com o invasivo tratamento que ela precisaria de um transplante cardíaco para sobreviver. Contudo, aos treze anos de idade ela recusou o procedimento cirúrgico, visto que preferia viver um pouco mais na paz de sua casa junto a sua família, do que passar mais um dia isolada e aprisionada em um hospital (RETTER, 2013).

Controversamente, os pais da garota lhe apoiaram em todos os sentidos, forçando que o *Hereford Hospital* cogitasse a ideia de propor ação judicial com a finalidade de forçá-la a se submeter ao tratamento cirúrgico, uma vez que se tratava de incapaz. Diante da inexistência de legislação que autorizasse ela a emanar uma decisão definitiva, foi enviado assiste social para avaliar o grau de consciência de sua decisão, chegando-se a conclusão de que ela estava certa de sua escolha, de modo que ação alguma restou proposta (SÁ, 2012, p. 168-169).

Independentemente de Hannah ter optado posteriormente pela realização da cirurgia, a qual lhe mantém viva até hoje, o caso narrado levanta questões importantíssimas, como a imprescindível sensibilidade da análise quanto à capacidade de autodeterminação dos incapazes. Nessa linha, o Direito Civil, ao instituir o regime das incapacidades desejou proteger os indivíduos que padecessem de qualquer limitação ao exercício de sua autonomia. Entretanto, mesmo diante de uma autonomia limitada, mostra-se necessária uma discussão acerca da capacidade e autonomia dos incapazes com base em casos concretos[8].

Sendo o Direito produto de um fluxo comunicativo em que conceitos jurídicos não são "rochas" imutáveis, deve-se buscar uma reconstrução contínua através da efetiva prática argumentativa[9]. Nas palavras de Sá (2012, p. 169-170):

> A presunção de incapacidade um indivíduo de 16 anos, ou menor de 18 anos é absoluta? Não poderiam estes indivíduos decidir sobre questões existenciais que digam respeito a sua autobiografia, ou a presunção de incapacidade impede seja construída a sua pessoalidade?

Logo, tendo sido respeitada a decisão da menor "incapaz", percebe-se um concreto avanço devido à supremacia da liberdade individual, assim, sempre que

---

[8] Um exemplo do exercício da autonomia do incapaz encontra-se no processo de adoção. O artigo 45, § 2º do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069) define que para o trâmite da adoção será necessário o consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, caso possível, assim como necessário o consentimento do adotando maior de doze anos (SÁ, 2012, p. 171).

[9] "Já é tempo de entendermos que o propósito da Constituição Federal de 1988 é o da prevalência da dignidade humana, em interpretação que se estende para uma concepção de garantia integridade e do bem-estar psicofísico, como sendo algo construído e reconstruído pela pessoa titular do Direito. Claro que por questões de política legislativa precisamos determinar quando começa a capacidade plena do indivíduo. O Direito, em sua dimensão operacional, impõe seja tal questão pontualmente determinada. Todavia, isso não quer dizer que seu discernimento deva ser sempre atrelado à capacidade ditada pela norma, de forma a impossibilitar o exame de questões polêmicas pelo Judiciário" (SÁ, 2012, p. 172-173).

possível, a capacidade de autodeterminação das pessoas deve ser considerada relevante no momento de escolhas a elas inerentes.

Por fim, possivelmente o caso mais intrigante, visto que diversos setores ligados à Igreja Católica foram envolvidos, relata a trajetória da italiana Eluana Englaro, a qual sofreu um grave acidente de trânsito em 1992. Aludido sinistro lhe deixou em coma profundo (Estado Vegetativo Permanente), até a data de sua morte em 2009, permeando um período de dezessete anos, dos quais onze foram de acirradas batalhas judiciais travadas pelo seu pai, Beppino Englaro, no fito de interromper a alimentação da filha (IL POST, 2014).

Apesar de possuir capacidade de respirar espontaneamente, a sua dependência fisiológica era evidente e a sua sobrevivência física dependia de alimentação e hidratação artificial administrada por sonda[10]. Diante deste fato, a jovem restou interditada, e seu pai, nomeado seu guardião - representante legal.

A partir disso, sobrevieram inúmeras decisões contraditórias, ressaltando-se que o caso Eluana produziu dezesseis sentenças da magistratura italiana e da União Europeia. Uma das razões para isso era a falta de legislação - ausência de leis claras - que regulassem os tratamentos como a alimentação forçada em caso de Estado Vegetativo Permanente.

Nesse contexto, levou-se a questão à apreciação da Corte de Apelação de Milão, defendendo-se que a vontade da paciente seria certamente contrária ao tratamento invasivo pelo qual passava há anos, lesando totalmente a expressão de sua dignidade. Contudo, no mérito foi negado o referido pedido, visto que somente a manifestação precisa da vontade de Eluana, quando consciente (testamento vital), poderia conduzir à efetiva valoração de que o tratamento até então administrado seria degradante. Consequentemente, referida Corte considerou o direito à vida

[10] Existem dificuldades na tomada de decisão acerca do uso da nutrição e hidratação artificiais em um ente querido pelos seus responsáveis legais, visto que esses métodos não reduzem a mortalidade, tão somente prolongando o processo de morte. Nesse sentido, "Quando planejamos a nutrição de um paciente grave agudamente enfermo é importante lembrarmos quais as metas factíveis: prevenir a inanição e a deficiência de nutrientes específicos, dar suporte à resposta inflamatória, modificá-la por meio de doses farmacológicas de nutrientes específicos, implementar a função da barreira intestinal e a imunidade local e sistêmica. No entanto, são limitados os estudos sérios que mostram vantagens no prognostico do paciente e consensualmente não há redução de mortalidade" (RIBEIRO, 2006, p. 60-61 apud MENEZES, 2015, p. 54).

como um bem supremo, rejeitando a possível existência de um "direito de morrer"[11] (SÁ, 2012, p. 175-176).

Por último, o caso foi levado à Suprema Corte de Cassação da Itália, trazendo novo tom ao debate. A Corte dissertou acerca do consentimento informado, representando o consentimento livre e esclarecido uma forma de respeito à liberdade e aos melhores interesses do indivíduo, inclusive quanto à recusa à submissão de quaisquer tratamentos. Ademais, demonstrou-se que não se estava diante de eutanásia, mas sim de uma possível ortotanásia (referidos institutos serão devidamente abordados no próximo capítulo), traduzindo-se no direito de recusar os tratamentos sanitários, já que não se objetiva acelerar a morte, ma sim proteger o direito à integridade do corpo através da não submissão às intervenções terapêuticas extraordinárias, invasivas e indesejadas. Portanto, maximizou-se a posição do tutor, como protetor da pessoa, inclusive em sua manifestação existencial, autorizando-se a interrupção do tratamento de sustento vital artificial (SÁ, 2012, p. 175-180).

Diante das situações narradas, vem à tona o importante movimento dos cuidados paliativos, o qual o senso comum equivocadamente entende se tratar de uma ação ou medida que não resolve um determinado problema, mas somente "coloca panos quentes" sobre este. No mesmo raciocínio, ocorre confusão do instituto com a eutanásia (indução de morte), ou com a suspensão de tratamentos, contudo:

> Os CP não apressam a morte, apenas a aceitam como parte inexorável de um processo. Também não se suspende todo o tratamento apenas os considerados fúteis (distanásia). Cuidar paliativamente requer, muitas vezes, um tratamento mais ativo, mais abrangente e mais complexo. Não no sentido de sofisticação tecnológica, mas sim no de integração multidisciplinar (PESSINI; BERTACHINI, 2006, p. 5).

---

[11] "Não há dúvidas de que, em decorrência do direito à saúde e à autodeterminação no campo sanitário, o sujeito capaz possa recusar o tratamento indispensável para mantê-lo vivo, no caso de pessoa incapaz (do qual não seja certa a vontade, como no caso Eluana), para o que está a ter lugar apenas um tratamento de nutrição, independentemente da modalidade invasiva que é executada (sonda nasogástrica) é seguramente indispensável pela impossibilidade do sujeito alimentar-se de outra forma e que, se suspenso, conduziria o mesmo a morte, o Juiz - chamado a decidir se suspende o referido tratamento - deve levar em consideração as irreversíveis conseqüências que portaria o pedido de suspensão (morte da pessoa incapaz), deve necessariamente operar um equilíbrio entre direitos igualmente garantidos pela Constituição, tais como a autodeterminação e à dignidade da pessoa e à vida" (MILÃO, 2006 apud SÁ, 2012, p. 175-176).

Diferente da medicina curativa, a qual visa restabelecer a integridade perdida, ou seja, o bem estar biológico, psicossocial e espiritual, a medicina paliativa defronta-se a um contexto de pessoas doentes excluídas da possibilidade de restabelecimento integral da saúde. Deste modo, os enfermos têm que enfrentar a morte iminente e inevitável, quando a tentativa de busca de cura (distanásia ou obstinação terapêutica) transforma-se em uma lesão direta à dignidade humana, portanto, o que deve sobressair neste instante é uma especial prioridade à qualidade de vida e ao controle dos sintomas[12] (PESSINI; BERTACHINI, 2006, p. 5).

Igualmente, Barroso e Martel (2012, p. 25), também enumeram os obstáculos para efetivação dos cuidados paliativos:

> a) o desconhecimento; b) o apego à medicina curativa; c) os conflitos de interesses entre diferentes ramos profissionais em saúde; d) os conflitos de interesses econômicos, pelo não emprego de algumas tecnologias altamente avançadas e da não realização de alguns procedimentos cirúrgicos; e) dificuldade de acesso a substâncias restritas empregadas no controle da dor; f) insegurança dos profissionais da saúde, mormente médicos, quanto à aceitação legal de práticas de cuidados paliativos.

Com efeito, os cuidados paliativos são fortemente indicados quando se vislumbra enfermidade avançada, progressiva e incurável; impossibilidade de resposta ao tratamento específico; numerosos sintomas intensos, múltiplos, multifatoriais e mutantes; grande impacto emocional no paciente, na família e na equipe médica; e prognostico de vida inferior a seis meses (PESSINI, BERTACHINI, 2006, p. 8).

Por conseguinte, buscando-se sempre uma política de cuidado integral da pessoa, a família deve ser valorizada como principal fonte de apoio, para uma efetiva promoção de autonomia e dignidade do doente[13]. Logo, ratifica-se que os cuidados paliativos são uma alternativa que sustenta o direito de morrer com dignidade e o respeito pela vida humana no seu fim, com a ausência da temerosa abreviação (eutanásia) nem do prolongamento indevido (distanásia).

---

[12] Na definição da Organização Mundial da Saúde (OMS): "Os cuidados paliativos são uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias que enfrentam o problema associado com a doença com risco de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento por meio da identificação precoce, avaliação impecável, tratamento da dor e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual" (WHO, 2002).

[13] “Hoje, entende-se que tanto os pacientes quanto suas famílias devem também participar do encaminhamento das soluções médicas, em prol de posições mais humanas e dignas tanto para a vida quanto para a morte” (PESSINI, 2004, p. 274).

Partindo-se dos casos aqui enfrentados, percebe-se que as pessoas podem exigir, mediante o disposto em seus "testamentos de vida" que não desejam ser mantidas vivas artificialmente. Entretanto, não podem exigir, conforme determina o direito atual, que alguém as mate. Diante disso, as palavras de Dworkin (2003, p. 255) são preciosas: "Onde se vai traçar a linha divisória entre não ser mantido vivo e ser morto"?

Seguindo o mesmo raciocínio, quais são os riscos de que pessoas venham a pedir para morrer depois de receberem um diagnóstico equivocado, ou que faleçam antes que se descubram ou desenvolvam tratamentos inovadores que podiam salvar suas vidas se tivessem aguardado (DWORKIN, 2003, p. 256)?

Por fim, “quanto é possível tratar de uma doença e até onde isso é o melhor para o doente? Na sequência, quando é o momento de não mais tratar o paciente e aceitar sua morte, em benefício de um fim de vida menos sofrido e mais digno?” (PESSINI, 2004, p. 272). Ato contínuo, passa-se a análise de institutos de caráter interdisciplinar, os quais são imprescindíveis para o coerente entendimento do tema proposto.

1.2 Eutanásia, Ortotanásia, Distanásia e Suicídio Assistido

Para compreender melhor o objeto das diretivas antecipadas de vontade dos pacientes terminais, mostra-se imprescindível a conceituação dos peculiares institutos que permeiam essa área de estudo.

A nomenclatura eutanásia vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. Etimologicamente, o vocábulo foi cunhado a partir da junção do prefixo grego *"eu"*, que significa bom, acrescido do substantivo *"thánatos"*, morte (MENEZES, 2015, p. 63). Não obstante o termo vincular-se a um ideal de morte boa, misericordiosa, solidária, tal valoração sofreu forte turbulência nos campos científicos, e religiosos.

A partir dessa perspectiva, se trata da conduta, através da ação ou omissão do médico que emprega, ou omite, com consentimento da pessoa, meio eficiente

para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, estranho ao curso natural, abreviando-lhe a vida (SÁ, 2012, p. 88).

Nesse contexto, há quem distinga neste termo geral três modalidades distintas de eutanásia: a ativa direta, quando se provoca a morte mediante drogas ou outros meios letais; a passiva, que consiste na eliminação dos meios que prolonguem a vida; e a ativa indireta, ou ortotanásia, quando se administram calmantes com a intenção principal de aliviar a dor do paciente, mas cujo efeito colateral é o de apressar a sua morte (RAPOSO, 2011, p. 185- 186).

Barroso e Martel (2012, p. 24) enaltecem a qualidade benevolente que caracteriza a eutanásia:

> Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte - com exclusiva finalidade benevolente - de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos.

Por sua vez, em busca de um conceito objetivo de eutanásia, Hryniewicz e Sauwen (2000, p. 130 apud MENEZES, 2015, p. 66), traçam os pressupostos para sua verificação, quais sejam, a boa intenção como o "sentimento caritativo no sentido de interromper o sentimento alheio"; a qualificação do ministrante sendo que "o assistente à morte deve estar preparado para avaliar a condição do paciente, sendo de preferência o médico; e só sendo justificada a ação de outro profissional em condições especialíssimas"; e por fim, o meio empregado, o qual deve ser obrigatoriamente indolor.

Destarte, a eutanásia[14] é considerada uma prática criminosa na legislação brasileira, contudo o anacrônico Código Penal brasileiro de 1940[15], atualizado em

---

[14] "No debate atual sobre a legislação da eutanásia são utilizadas cinco classes de argumentos a seus favor: a) o direito à morte digna, requerida por quem padece de sofrimentos atrozes; b) o direito de cada um dispor da sua vida; c) forma de combater as práticas de eutanásia clandestinas; d) o progresso que representa eliminar a vida dos deficientes psíquicos e dos enfermos em estágio terminal, já que se trata de vida que não se podem chamar de humanas; e) manifestação de solidariedade social, representada pela eliminação de vidas sem sentido, que constituem uma dura carga para os familiares e para a sociedade" (MAGALHÃES, 2012, p. 147).

[15] O Código Penal brasileiro encontrasse substancialmente desatualizado, no momento de sua confecção sequer havia sido descoberta a penicilina por exemplo. Sob esse prisma, as mudanças são incontestes, sejam no campo moral, científico ou tecnológico. Assim, "As democracias pluralistas do século 21 são laicas e secularizadas. Não podem mais conviver com absolutos morais. Para que haja coerência com nossa contemporaneidade, é indispensável que o Brasil abra discussões

1984, considera tal ato como uma hipótese privilegiada de homicídio, em razão de sua menor gravidade, podendo gozar de minoração da pena, veja-se:

> Artigo 121. Matar alguém:
> Pena - reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.
> Parágrafo 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL, 1940)

As duas primeiras figuras típicas contempladas como formas privilegiadas de homicídio estão expressas nos motivos determinantes do crime: relevante valor social ou moral. É indiscutível que o Código Penal brasileiro não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, entretanto não se direciona ao rigor de não conceder o privilégio do relevante valor moral, uma vez comprovada a ausência de egoísmo do matador e sim o móvel piedoso ou compassivo (CONTI, 2004, p. 81).

Ademais, vê-se que citado parágrafo não determina quem seja o agente, acarretando a conclusão de que qualquer pessoa que realizar o ato, desde que compelida por motivo de relevante valor moral, terá se valido de eutanásia. Consequentemente, não há, no Direito brasileiro, a exigência de que a eutanásia seja praticada por médico, como, tecnicamente, é concebida (SÁ, 2012, p. 192).

A partir das premissas levantadas, vislumbra-se que o direito produz um resultado aparentemente irracional, nas palavras de Dworkin (2003, p. 259):

> [...] por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se à comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outro, não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos podiam facilmente conseguir-lhes.

Ao mesmo tempo, pode-se ressaltar que a eutanásia passiva (deixar morrer), dependendo da situação, pode ser enquadrada como o crime previsto no artigo 135, intitulado "omissão de socorro" (BRASIL, 1940).

A importante questão está em saber se esse dever cessa quando o doente manifestar a vontade de não prosseguir o tratamento. É nesta perspectiva que o

---

responsáveis com relação ao irreversível pluralismo de percepções verificado em nossa sociedade" (PESSINI, 2004, p. 276).

artigo 15 do Código Civil preceitua que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica" (BRASIL, 2002), e este artigo deve ser obrigatoriamente lido à luz da Constituição, sendo que:

> [...] ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos que não concebeu, contudo, um direito fundamental à imortalidade (RIBEIRO, 2005, apud DADALTO, 2015)

Ao seu passo, a ortotanásia[16], do grego *"orthos"*, normal, correto, e *"thanatos"*, morte, principal alvo das diretivas antecipadas de vontade, e deste trabalho, distingue-se por representar uma omissão, ou seja, uma limitação terapêutica:

> A intenção de realizar a eutanásia também pode gerar uma omissão, ou seja, a não-realização de ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância. A eutanásia passiva ou ortotanásia [...] pode consistir tanto na não iniciação de um tratamento como na suspensão do mesmo. Também pode ser caracterizada pelo não tratamento de uma enfermidade ou complicação intercorrente, e a morte ocorrerá a seu tempo, sem prolongamento desnecessário da vida. (SÁ, 2012, p. 89).

Referida prática busca a morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários ou desproporcionais, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. Traduz-se, assim, no trajeto e aceitação natural da morte, respeitando a integridade do paciente, não se antecipando a morte, mas, sim, deixando-se de procrastiná-la indevidamente.

Apesar de controvérsias doutrinárias, percebe-se interessante destacar o ensinamento de Villas-Bôas (2008, p. 63), a qual enaltece a sutil distinção entre eutanásia passiva e ortotanásia. Nesse sentido, esclarece a sua relevância na medida em que o tratamento jurídico proposto é diferente: a ilicitude da primeira, e a licitude da segunda.

Na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais à saúde do paciente. Ao passo que na ortotanásia, as condutas médicas restritivas são lastreadas em critérios médico-

---

[16] "A ortotanásia consistiria em suspender os tratamentos extraordinários, mantendo apenas os secundários, a alimentação e os cuidados paliativos – contra a dor, por exemplo. Discute-se, no Brasil, se está compreendida na previsão do homicídio, devido ao art. 13 do Código Penal caracterizar este como causar a morte de outrem por ação ou omissão" (ASCENSÃO, 2009, p. 431).

científicos de indicação ou não indicação de uma medida, conforme a sua utilidade para o paciente, ocorrendo uma opção consciente pela abstenção, quando a mesma já não exerce a função que deveria exercer, tão somente prolongando a vida artificialmente.

Com efeito, mesmo quando acelere a morte a ortotanásia jamais se confunde com a autêntica eutanásia, nem objetiva ou subjetivamente. Objetivamente, pois a causa eficaz da morte não é a ortotanásia, mas sim os fatores que geram o processo mortal. Subjetivamente, pois a sua intenção direita e principal não é agilizar a morte, a qual é aceita e tolerada como um efeito negativo proporcional ao efeito positivo que se procura, qual seja a diminuição do sofrimento (RAPOSO, 2011, p. 192).

Nos últimos anos a impugnação contra a criminalização da eutanásia ativa e passiva tem aumentado. Desta feita, a ideia de eutanásia não permaneceu estanque, mas passou por uma mutação de ordem conceitual e jurídica, modificação que acarreta fundamentalmente o problema da distinção entre o que é lícito e o que não é, entre o que é liberdade para morrer e o que é o dever de salvar vidas (TORRES, 2003, p. 477 apud MENEZES, 2015, p. 65). Assim sendo, o desenvolvimento de uma fundamentação lógica é obrigatória tanto para o posicionamento favorável à liberdade de morrer, bem como para os defensores da intangibilidade do dever de salvar vidas.

Não obstante tais regras, a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal (vigente desde 1942), não apenas inclui a previsão da eutanásia no artigo 122, como é expressa pela exclusão de ilicitude, ou seja, atipicidade, quando o agente pratica a eutanásia direta passiva ou ativa indireta (ortotanásia), observe-se:

> Eutanásia
> Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:
> Pena – prisão, de dois a quatro anos.
> § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.
> Exclusão de ilicitude
> § 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de

> ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão (BRASIL, 2011, p. 56-57).

A grande inovação, quanto à eutanásia, encontra-se ao permitir o perdão judicial, em face do parentesco e dos laços de afeição entre autor e vítima. Caberá a prudência judicial indicar quando a pena, nestes casos, é mesmo necessária. Ao passo que o parágrafo 2º explicita a figura da ortotanásia, a qual não é eutanásia, visto que não implica na prática de atos executórios de matar alguém, mas no reconhecimento de que a morte, já iniciou seu curso irrevogável. Tal posicionamento restou confirmado através da Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, a qual será devidamente tratada no momento oportuno.

Por outro lado, a distanásia, do grego *"dys",* ato defeituoso, e *"thanasia",* morte, significa morte lenta e com sofrimento. Nesse diapasão, possui escopo visivelmente contrário ao dos institutos previamente traçados, conforme destaca o médico português Nunes (2012, v. 21, p. 250-255):

> Um exemplo desta desumanização é a utilização desproporcional de meios de tratamento em doentes terminais, ou seja, aquilo que se designa por obstinação terapêutica ou distanásia. Deve salientar-se que apesar de a medicina ser uma profissão regulada por padrões éticos estritos, a deontologia profissional não conseguiu alterar esta tendência de utilização abusiva das novas tecnologias biomédicas.

A distanásia se reporta a tentativa de retardar a morte o máximo possível[17], empregando, para tanto, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 25).

Associada a distanásia, evoca-se a ideia de obstinação terapêutica[18], a qual indica o comportamento médico que objetiva utilizar processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que os efeitos do mal a curar, ou inútil, pois a cura é

---

[17] Sobre o tema, o viés crítico de Menezes é essencial: "Sob a ótica capitalista, se o paciente é particular interessa financeiramente mantê-lo internado, fazendo uso de todo o aparato hospitalar - mesmo sem possibilidade de cura -, já que quanto mais tempo ele demorar a falecer, maior será a rentabilidade da instituição de saúde. Por outro lado, se o paciente é dependente do sistema público de saúde, a manutenção do tempo que lhe resta de vida é contestada" (MENEZES, 2015, p. 83).

[18] “Muitos dos chamados ‘recursos heroicos’ para manter vivo um paciente são, do meu ponto de vista, uma violência ao princípio da ‘reverência pela vida’. Porque, se os médicos dessem ouvidos ao pedido que a vida está fazendo, eles a ouviriam dizer ‘Liberta-me’” (PESSINI, 2004, p. 271).

impossível e o beneficio esperado, menor que os inconvenientes previsíveis (VILLAS-BÔAS, 2008, p. 68)

Suspender tratamentos fúteis não significa encurtar o tempo de vida, mas sim deixar de alongá-lo artificial e indevidamente, maltratando o paciente, sem lhe gerar qualquer tipo de benefício. Assim, se estendendo o desgastante processo de morrer, tal prolongamento artificial da vida do paciente tão somente fere os seus direitos mais inerentes, atentando, sem dúvida, a sua condição de ser humano.

Finalmente, o suicídio assistido, instituto já institucionalizado em países como Suíça e Holanda, corresponde à morte que não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, o qual pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por terceiros ou médico (CONTI, 2004, p. 149).

Dessa forma, o ato causador da morte é unicamente de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, seja prestando informações, seja colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. Igualmente, salienta-se que no suicídio assistido diversas vezes a pessoa não sofre doença fatal, nem sequer de dor física, mas "exclusivamente" de dor emocional.

Com relação aos países previamente citados, a Holanda, em abril de 2002, tornou-se o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia e também descriminalizou o suicídio assistido. Contudo, a legislação impôs uma série de condições: é preciso que a doença diagnosticada seja incurável e que o paciente esteja sofrendo de uma dor "insuportável", sem perspectiva de melhora. Igualmente, o enfermo deve realizar o pedido de auxílio para morrer estando ainda "totalmente consciente" e manter este desejo ao longo do tempo. Com relação à idade para a prática, o paciente deve ter a partir de 12 anos, apesar de que aqueles com até 16 anos precisam ter a autorização dos seus responsáveis legais (PERASSO, 2015).

No mesmo contexto, a Suíça é o país mais conhecido por sua permissão legal ao direito à morte, com sua famosa clínica "Dignitas", a qual oferece este tipo de serviço e tem sido muito procurada por enfermos terminais, que viajam anualmente para o país no intuito de dar fim a suas vidas, caracterizando um fenômeno já apelidado de "turismo de morte" (RAPOSO, 2011, p. 195). A lei vigente unicamente veda que a morte seja por "motivos egoístas", como para evitar pagar pelo apoio

necessário ao paciente, por exemplo, ou antecipar o recebimento de uma herança. Na antemão disso, a eutanásia é considerada prática criminosa (PERASSO, 2015).

Interessante destacar que o auxílio e a assistência diferem sobremaneira do induzimento ao suicídio. No primeiro caso, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro atua sobre a vontade do sujeito passivo, interferindo com sua liberdade de ação. Ademais, vislumbra-se possibilidade de combinação, isto é, uma pessoa pode ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 27).

A partir do desenvolvido, percebe-se suficiente base para avançar no tema proposto, adentrando às diretivas antecipadas de vontade do paciente terminal em si.

1.3 Testamento Vital e Mandato Duradouro como espécies das Diretivas Antecipadas de Vontade

Apesar de presenciar-se uma era de aumento exponencial da esperança de vida, infelizmente tal avanço propaga-se muitas vezes sem a devida qualidade. Os hospitais estão lotados de pessoas cuja existência está totalmente condicionada ao suporte de máquinas e equipamentos invasivos, cuja existência física nestas condições se pode arrastar durante anos. Desta forma, apesar de assegurada a "quantidade de vida", emerge de forma imprescindível o problema da "qualidade de vida" (RAPOSO, 2011, p. 174).

Em virtude dessa mudança de perspectiva, o Direito tem-se defrontado quotidianamente com questionamentos acerca dos direitos dos pacientes, especialmente dos pacientes em fim de vida. Desta feita, emerge o "direito de morrer", pois em degradantes condições, a recusa de tratamentos de suporte vital jamais pode ser vista como uma tentativa de suicídio ou como eutanásia, visto que referida decisão somente visara que a doença siga o seu curso natural.

Caso a morte venha eventualmente a ocorrer será a decorrência de uma doença e não de lesões auto ou hetero-infligidas. Assim, a real intenção não é de fomentar uma possível eutanásia ativa, mas somente deixar ao paciente a decisão

do momento no qual os esforços terapêuticos devem ser legitimamente interrompidos, não indo de encontro ao disposto no ordenamento penal vigente.

Com efeito, dependendo da situação concreta, muitas vezes a eventual recusa de tratamentos não pode ser verbalizada pelo paciente, isso ocorre em razão de que este pode não estar mais em condições físicas de fazê-lo. Assim surgem as diretivas antecipadas de vontade, como artifício de evitar os resultados nefastos para a autonomia pessoal, e também para a própria dignidade humana, dessa impossibilidade (RAPOSO, 2011, p. 175). Acerca da temática, o médico francês Ebau (apud LIPPMANN, 2013, p. 19), pondera:

> Diante da morte, na prática, não somos iguais. Alguns sofrerão, outros não. Alguns entendem que o sofrimento é redenção, outros não querem passar por ele. Alguns afirmam que toda vida humana continua digna de respeito incondicional, qualquer que seja o grau de sua alteração física ou mental, outros não aceitam esses declínios. Essa recusa talvez possa ser expressa de maneira definitiva em situação patológica irreversível e insuportável, ou de forma antecipada pela redação de uma preciosa declaração escrita antes do surgimento do problema letal. Todos têm razão, uma vez que é sua escolha consciente. Essa escolha é individual e não deve ser imposta aos outros, e cada um deve permanecer livre para agir de acordo com sua própria vontade e consciência. Deve ser aplicada respeitando um direito igualitário.

Atualmente, as diretivas antecipadas de vontade possuem a função de proporcionar ao paciente o poder de recusar tratamentos e, ao mesmo tempo, de escolher, dentre aqueles possíveis, o tratamento que lhe convém, o que significa o efetivo exercício da autonomia privada do paciente[19]. Ocorre que esse instrumento serve para a manifestação de vontade para o futuro, combinado com eventual estado de inconsciência (SÁ, 2012, p. 183).

Interessante destacar que o enfermo portador de uma diretiva antecipada de vontade possui direito à mesma qualidade de serviços de saúde disponibilizada a qualquer outro indivíduo, e não pode jamais ser discriminado no acesso aos cuidados médicos por ser titular do referido documento. Nesse contexto, nobres são os motivos que levam as pessoas a assinarem os testamentos de vida: "poupar seus parentes de gastos necessários para mantê-las vivas, ou preferem que o dinheiro

[19] "Alguns pacientes pedem - quer assinando testamentos de vida, quer por uma simples solicitação aos médicos e à equipe hospitalar - para não ser ressuscitados se entrarem nesse estado. Outros, ao contrário, insistem em que esses profissionais se empenhem ao máximo em mantê-los vivos pelo máximo de tempo possível, e os parentes em geral adotam o mesmo ponto de vista" (DWORKIN, 2003, p. 263).

que a comunidade gastaria com seus cuidados seja usado em benefício de outros que têm uma vida plena pela frente" (DWORKIN, 2003, p. 273).

Com relação às modalidades, Dadalto (2015, p. 88) explica:

> As diretivas antecipadas (advanced care documents), tradicionalmente, têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies o testamento vital (living will) e o mandato duradouro (durable power attorney). Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder, livre e conscientemente, se expressar – ainda que por uma situação transitória –, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situações de terminalidade.

Apesar de correlatos, configura-se de extrema importância a diferenciação dos institutos, já que o testamento vital é uma espécie de diretiva antecipada limitada às situações de fim da vida, enquanto o mandato duradouro possui escopo mais amplo, fato que não impede de qualquer forma a sua coexistência (DADALTO, 2015, p. 89).

A autonomia, o respeito às pessoas e a lealdade traduzem-se em princípios bioéticos que fundamentam as diretivas antecipadas e não pertencem exclusivamente à esfera do direito. Por conseguinte, as consequências benéficas das diretivas antecipadas são as mais diversificadas, como a redução do medo do paciente de situações inaceitáveis, o aumento da autoestima do paciente, o aumento da comunicação e da confiança entre médico e paciente, a proteção do médico contra reclamações e denúncias, a orientação do médico ante situações difíceis e conflituosas, o alívio moral para os familiares diante de situações duvidosas e a economia de recursos de saúde (GONZÁLES, 2006, p. 91-137 apud DADALTO, 2015, p. 90).

Igualmente, percebe-se a importância das diretivas antecipadas de vontade principalmente nas situações de gravidade elevada, onde muitas vezes podem existir divergências entre os membros da família, e até mesmo que a equipe médica se sinta inibida em tomar uma decisão mais arriscada, se não houver absoluta clareza quanto à vontade do paciente (LIPPMANN, 2013, p. 18).

Não obstante, destaca-se ser inaceitável que eventualmente situações de caráter financeiro valham como defesa das diretivas antecipadas, pois a vida humana é impossível de ser quantificada, quiçá valorada. Logo, as diretivas antecipadas caracterizam-se como essencial instrumento de respeito à dignidade

humana, e não como política pública no âmbito da saúde, ou como meta governamental para diminuição de despesas públicas.

Nessa linha, o testamento vital[20] é conceituado como um documento escrito no qual uma pessoa capaz dispõe acerca da sua vontade quanto aos cuidados médicos que pretende receber ou não receber quando perca a capacidade de exprimir os seus desejos, ou de se encontrar em tal estado de capacidade que não possa decidir por si (MELO, 2010 apud RAPOSO, 2011, p. 175).

Por oportuno, apesar de a nomenclatura sugerir e das semelhanças como ser um ato pessoal, unilateral e revogável, o testamento vital[21] não pode ser confundido com o testamento civil. Isso ocorre, pois este diz respeito àquilo que se quer fazer com o patrimônio adquirido em vida após o evento morte. Já o testamento vital busca ser eficaz em vida, indicando como o indivíduo deseja ser tratado, do ponto de vista médico, caso esteja em uma situação de doença grave e inconsciente. Assim sendo, mostra-se como uma declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar (LIPPMANN, 2013, p. 17).

Nesse contexto, também se observa que o testamento vital não possui um caráter patrimonial nem pretende valer após a morte da pessoa. Assim, a assinatura prévia de uma limitação consentida, delimitando o nível de tratamento desejado, irá determinar o direcionamento de uma futura ação médica: lutar pela preservação da vida a todo custo ou deixar que a natureza siga o seu curso.

Dadalto (2015, p. 97) ressalta que o outorgante deve estar em estado terminal[22], em estado vegetativo persistente (EVP) ou com uma doença crônica incurável, materializando a impossibilidade de manifestação livre e consciente da vontade.

---

[20] Este importante instituto jurídico possui suas origens nos Estados Unidos da América, sendo cunhado no final da década de 1960 com a expressão *living will.* O testamento vital teria sido proposto pela primeira vez em 1967, pela Sociedade Americana para a Eutanásia, como um documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida (EMANUEL, 1990 apud DADALTO, 2015, p. 106).

[21] Presente também em diversos idiomas: testamento biológico (italiano), *testament de vie* (francês), *instrucciones previas* (espanhol), entre outros (DADALTO, 2015, p. 2).

[22] "A terminalidade parece ser o eixo central do conceito em torno da qual se situam as consequências. É quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna 'irrecuperável' e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar" (GUTIERREZ, 2001, p. 92 apud MENEZES, 2015, p. 49).

Referido documento enquadra-se no modelo da pura autonomia, vez que se sustenta em expressa manifestação de vontade do paciente feita enquanto capaz, ou seja, já fora autônomo e capaz, expressando uma decisão autônoma ou preferência relevante[23] (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, apud DALDATO, 2015, p. 97).

Com relação ao conteúdo do testamento vital, o testador pode recusar um tratamento, como pode solicitar a aplicação de determinado tratamento, contudo, acaso a intervenção não se revele o mais adequado para aquele paciente de acordo com o estado atual do conhecimento cientifico, o médico não está obrigado a aplicá-lo[24]. Igualmente, o desejo por tratamentos extraordinários, pouco acarretando o bem-estar do enfermo ou a sua longevidade, não vinculam de qualquer forma o médico (RAPOSO, 2011, p. 176).

Insta salientar que o documento não deve ser excessivamente detalhado, ou corre-se o risco de o teor nele previsto jamais se realizar na prática. Assim, uma lista muito pormenorizada de tratamentos e cenários médicos possivelmente acarretarão na inutilidade do texto, visto que inexistirá aplicação na vida real.

Dadalto (2015, p 102), ratifica que o testamento vital objetiva tão somente a retirada de tratamentos extraordinários ou fúteis. Por conseguinte, com a suspensão de esforço terapêutico busca-se a ocorrência da morte de forma natural, desencadeando a ortotanásia, já explicitada no capítulo prévio.

---

[23] Apesar de controvérsias no âmbito dos tribunais, ante a possível não completude da diretiva antecipada de vontade, ressalta-se: “Uma das questões é em que medida os desejos autônomos previamente expressados de uma pessoa devem ser considerados válidos e obrigatórios depois que a pessoa se torna incapaz ou morre. Suponhamos que, após um acidente automobilístico, uma testemunha de Jeová é conduzida ao hospital e, enquanto está ainda capaz, no atendimento de emergência, recusa transfusões de sangue medicamente essenciais e perde os sentidos. Alguns defendem que a escolha do paciente deveria ser honrada, pois, de outro modo, os médicos (1) teriam de causar injúria ao paciente, revelando posteriormente o fato da transfusão, ou (2) teriam de enganar o paciente, não lhe dizendo a verdade, caso tenham realizado a transfusão. Com base no respeito à autonomia, podemos obter uma conclusão mais ética e satisfatória. Fazer uma transfusão de sangue num paciente incapaz que, enquanto capaz, recusou esse procedimento é uma violação de sua autonomia e é um desrespeito e um insulto à pessoa” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 149).

[24] Com relação à autonomia do profissional da saúde, o Novo Código de Ética Médica (CFM, 2009), elenca como direito do médico no Capítulo II: "IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência". Da mesma forma, como Princípio Fundamental, no Capítulo I, se estabelece o seguinte: "VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente".

Nesse sentido, o modelo português de Diretiva Antecipada de Vontade (ANEXO A) elenca alguns exemplos de cuidados de saúde a não receber, dentre eles: não ser submetido a reanimação cardiorrespiratória, a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais, a medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte, a tratamentos que se encontrem em fase experimental, e não autorizar administração de sangue e derivados[25].

Quantos aos cuidados a serem aplicados, identifica-se: receber medidas paliativas, hidratação oral mínima ou subcutânea; a administração de fármacos necessários para evitar dores, padecimento e angústia; e inclusive, a possibilidade de receber assistência religiosa quando se decida interromper meios artificiais de vida.

Em verdade, o fundamento legal do testamento vital, conforme se irá melhor analisar posteriormente, é o respeito à autonomia do paciente e seu direito de decidir sobre os procedimentos médicos que afetam sua integridade corporal e sua saúde. Referido direito está previsto no já citado artigo 15 do Código Civil, de que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica" (BRASIL, 2002), como nos artigos 22 a 24 do Novo Código de Ética Médica, os quais estabelecem ser vedado ao médico:

> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.
> Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.
> Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (CFM, 2009).

Não menos importante que o testamento vital, a outra espécie de diretiva antecipada de vontade, qual seja o mandato duradouro, possui uma abrangência relativamente diferenciada. Neste documento, o paciente nomeia um ou mais "procuradores" que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do indivíduo - definitiva ou não - quando estes tiverem que tomar

[25] A recusa a transfusões de sangue é de extrema importância no caso das Testemunhas de Jeová.

alguma decisão sobre recusa de tratamento. Assim sendo, o procurador de saúde decidirá conforme a vontade do paciente (DADALTO, 2015, p. 91).

Nessa linha, ao contrário da especificidade do testamento vital, a nomeação de um representante permite que este último interprete a suposta vontade do representado de acordo com os seus valores e objetivos, juízo que o Procurador deverá estar apto a realizar dada a relação de proximidade existencial que mantém com a pessoa que representa[26] (RAPOSO, 2011, p. 177).

Desta forma, devido às inúmeras situações que podem ocorrer na vida real, o "Procurador de Cuidados de Saúde" possui a vantagem de poder adequar a vontade do enfermo, diante de situações que este nunca poderia prever em sede de testamento. Ademais, diferenciando a vontade do Procurador com relação à opinião dos familiares, Raposo (2011, p. 177) é objetiva:

> [...] a opinião dos familiares não é obrigatória para o médico, que apenas a deve tomar em consideração para efeitos de aferir a presumível vontade do paciente (consentimento presumido), ao passo que a decisão do Procurador é efectivamente vinculativa, pois vale nos mesmos termos da decisão que seria tomada pelo próprio. As decisões do Procurador, dentro dos limites da procuração que lhe foi concedida, prevalecem sobre as de qualquer outra pessoa, excepto as do próprio outorgante.

Outrossim, seguindo os modelos de autonomia de Beauchamp e Childress (2002, apud DADALTO, 2015, p. 92), infere-se que o mandato duradouro enquadra-se no modelo de julgamento substituto ou seja, quando a intimidade do decisor substituto com o enfermo seja suficientemente profunda e relevante para que o julgamento reflita seus almejados objetivos e opiniões.

Por fim, ainda em momento posterior, irá se dissertar acerca das possíveis formalidades para confecção das diretivas antecipadas de vontade, momento em que se analisará o teor da Resolução 1.995/2012 do CFM, primeira a trazer ao tema um maior enfoque no Brasil, mesmo que vinculando apenas a classe médica.

---

[26] Ao tratar da decisão substituta, ou seja, quando um paciente incapaz não deixou diretivas antecipadas de vontade, indaga-se: quem deve tomar as decisões e quem essa pessoa deve consultar? Nesse contexto, quanto às qualificações dos decisores substitutos ou responsáveis, depreende-se: "Propomos a seguinte lista de qualificação para os responsáveis por pacientes incapazes (incluindo recém-nascidos): 1. A habilidade de fazer julgamentos sensatos (capacidade); 2. A posse de conhecimento e informações adequados; 3. Estabilidade emocional; 4. Um compromisso com os interesses do paciente incapaz que seja isento de conflitos de interesses e de influências controladoras por parte daqueles que poderiam não agir no melhor interesse do paciente" (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 272).

Direciona-se o trabalho agora aos temas que sustentam a validade dos institutos até então desenvolvidos, propondo-se uma análise no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

2 MATRIZ PRINCIPIOLÓGICA APLICADA E NOTÍCIA DE EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 1.995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

> "Existe muito o que fazer no sentido de levar a sociedade a compreender que o morrer com dignidade é uma decorrência do viver dignamente. Se não se tem condição de vida digna, no fim do processo garantiríamos uma morte digna? Antes de existir um direito a uma 'morte humana', há que garantir um direito a uma 'vida humana', e não somente sobrevivência sofrida" (PESSINI, 2004, p. 277).

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: em busca da autonomia individual e do direito à morte digna

Primeiramente, com o intuito de adentrar-se ao mérito dos princípios relevantes para a verificação da validade das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, configura-se imprescindível delinear a doutrina pós-positivista, a qual sustenta o tema proposto e mostra-se intrínseca às transformações do Direito Constitucional Contemporâneo.

Referida doutrina se alicerça na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Desta forma, procura ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; visa empreender uma interpretação moral da Constituição e das leis, porém sem recorrer a categorias metafísicas, nessa linha prossegue Barroso (2015, p. 283):

> No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.

Não obstante, o mundo perfeito corresponde àquele em que todos os seres humanos tivessem a possibilidade de ter uma vida digna. No entanto, nem todos são

tão afortunados, visto que milhares de pessoas passam por situação de extrema miséria ou ainda, suportam problemas de ordem física ou mental, nitidamente incapacitantes e incuráveis.

O direito de todos e de cada um a uma vida digna[27] figura como a grande causa da humanidade, a principal engrenagem que move o processo civilizatório. O indivíduo não possui qualquer tipo de poder sobre o início da própria vida, sendo o nascimento com vida representativo do começo da condição humana efetiva, com a aquisição de personalidade jurídica e da aptidão para direitos e obrigações. Conforme entendimento de Barroso e Martel (2012, p. 21):

> O direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa, sendo tutelado em atos internacionais, na Constituição e no direito infraconstitucional. Ao lado do direito fundamental à vida, o Direito Contemporâneo - também em atos internacionais e domésticos - tutela, igualmente a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, apesar de confusão entre os conceitos de dignidade da vida e dignidade da pessoa, é certo que existem vidas dignas e indignas, assim como mortes dignas e indignas. No entanto, por mais indigna que seja a morte ou a vida de um indivíduo, a mesma, "é sempre digna, porque a dignidade não se fundamenta na circunstância em que pessoa se encontra, e sim no fato de pertencer à espécie humana" (MAGALHÃES, 2012, p. 148).

Nesse contexto, o constitucionalismo democrático possui como fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana[28] (BARROSO, 2015, p. 284). Tal preceito vem sendo considerado qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser

---

[27] Sobre o tema dos direitos fundamentais, destaca-se "direito à vida: todos os ordenamentos jurídicos protegem o direito à vida. Como consequência, o homicídio é tratado em todos eles como crimes. A dignidade preenche, em quase toda sua extensão, o conteúdo desse direito. Não obstante isso, em torno do direito à vida se travam debates de grande complexidade moral e jurídica, como a pena de morte, o aborto e a eutanásia" (BARROSO, 2015, p. 287)

[28] Insta salientar que o conceito de dignidade da pessoa humana, jamais pode ser fixado de maneira imutável, assim "costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência - e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos - de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento" (SARLET, 2012, p. 51-52).

humano, deste modo, o seu efetivo respeito e proteção constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito[29] (SARLET, 2012, p. 31).

No núcleo do constitucionalismo contemporâneo, figura a dignidade da pessoa humana como mínimo intocável, que deve obrigatoriamente ser tomado como norte pelos hermeneutas constitucionais, para que a interpretação e aplicação das normas jurídicas obedeçam e respeitem o mencionado atributo inerente aos seres humanos. Com relação aos direitos fundamentais, a dignidade humana desempenha tanto função de justificação moral quanto de fundamento normativo, indicando o dúplice caráter de valor e princípio (BARROSO, 2015, p. 285).

Por sua vez, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, "a dignidade humana pode ser uma bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula" (BARROSO, 2015, p. 285).

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana configura-se na expressão normativa do valor fundamental do ser humano na ordem jurídica brasileira. Apesar de grande carga histórica, figura-se relativamente recente na sua positivação jurídica, tendo alcançado "relevância jurídica após a segunda guerra mundial, integrando-se, por sua reconhecida importância, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.48, e em diversas Constituições européias e documentos internacionais" (AMARAL, 2008, p. 70).

Nesse contexto, pode-se entender que a dignidade humana tem unicamente aplicação em uma conjuntura de liberdade e igualdade, ou seja, em um procedimento garantidor de iguais liberdades fundamentais. Segundo Habermas (2004, p. 47 apud SÁ, 2012, p. 56):

> Dignidade humana, pois, deve ser compreendida como algo que não se pode possuir por natureza, mas que decorre da inserção do indivíduo humano em uma esfera de relações, na qual os vínculos interpessoais favorecem o seu reconhecimento enquanto pessoa, efetivamente, livre e igual, capaz de construir e afirmar a sua pessoalidade.

---

[29] O autor exemplifica: "É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para que uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade" (SARLET, 2012, p. 58).

A partir disso, o Estado Democrático de Direito brasileiro apresenta dentre os seus princípios fundamentais[30], a cidadania (inciso II, art. 1º, Constituição Federal), dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º, Constituição Federal), bem como a proibição de tratamento desumano (inciso III, art. 5º, Constituição Federal). Desta feita, no Título II, o capítulo "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" determina, no *caput* do art. 5º (BRASIL, 1988), que:

> 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 privada.

A extrema importância deste princípio fundamental é inegável, possuindo além do caráter ético e moral, sua constituição como norma jurídico-positivada dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material desencadeando sua plena eficácia. Em síntese, a dignidade da pessoa humana constitui, na preciosa lição de Judith Martins-Costa (2001, p. 75 apud SARLET, 2012, p. 85), legítimo "valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico", razão pela qual é reconhecido como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Na esfera jurisprudencial, constata-se que a dignidade da pessoa humana, na perspectiva de princípio fundamental de nossa ordem constitucional, tem sido abalizada como dotada de plena normatividade, "notadamente como referencial no âmbito do processo hermenêutico" (SARLET, 2012, p. 99).

Entretanto, uma eventual colisão dos princípios, vida e dignidade, pode vir a ocorrer, surgindo extensas dúvidas quando a manutenção da vida vai de encontro com o respeito à dignidade[31], emerge aí o "direito de dispor do indisponível":

---

[30] Importante ressaltar que a nossa Constituição vigente, foi a primeira na história do nosso constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, "situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais" (SARLET, 2012, p. 75). Desta forma, evidencia-se que o objetivo do Constituinte foi o de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, integrantes do importante núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.

[31] Contrários ao viés da morte digna, autores esforçam-se em argumentos pró vida, neste sentido, pondera Magalhães (2012, p. 149): "O que percebemos aqui, oculta sob o nome de solidariedade

> [...] nas hipóteses em que, para que uma pessoa não tenha sua dignidade violada, para que seu direito fundamental à liberdade seja respeitado, para que ela possua trato isonômico aos demais, é necessário que a pessoa tenha o direito de dispor do indisponível, ou seja, de dispor da sua vida, em prol do resguardo do intangível, a dignidade (MENEZES, 2015, p. 59)

Quanto ao ponto, interessante a posição advogada na Alemanha por Michael Kloepfer (2001, p. 78 apud SARLET, 2012, p. 106), o qual prefere resolver o dilema dignidade ou vida pela fórmula dignidade e vida, de forma que não se chancele a absoluta fungibilidade dos conceitos, que seguem tendo um âmbito de proteção próprio e, portanto, autônomo.

Quando a sociedade vai de encontro à posição do indivíduo, atua através de razões paternalistas, acreditando que ele desconhece seus próprios interesses e não sabe o que é melhor para ele. Nesse passo, associada a uma ideia equivocada de santidade da vida, almeja-se que o enfermo tolere o sofrimento, ou receba a assistência devida caso se torne inconsciente, "com o que se pretende dizer que tudo menos uma decisão humana pode ser o agente de tal fim - porque acreditam que o fato de eliminar deliberadamente uma vida humana nega seu valor cósmico inerente" (DWORKIN, 2003, p. 273).

Quando se fala de pessoa vulnerabilizada por doenças, percebe-se que essa deixou de ser posta no centro das atenções, passando a ser instrumentalizada em função de determinado fim. Sobre a atroz inversão de valores, em que desencadeia a coisificação das pessoas humanas e a sacralização das coisas, Pessini e Bertachini (2006, p.2), condenam: "Esqueceu-se de que, se as coisas têm preço e podem ser trocadas, alteradas e comercializadas, as pessoas têm dignidade e

---

social, é a mais cruel forma de desumanidade; é a inversão dos valores morais da pessoa, que deve ser protegida acima de qualquer situação econômica. Sopesar a vida de uma pessoa com os gastos que ela exige, seria fundamentar o direito na utilidade do mercado e as pessoas passariam a ser mercadorias. A solidariedade social exige exatamente o contrário, que nessas horas difíceis se conforte as famílias e se dê o devido tratamento ao doente, e não, em nome de uma caridade mal entendida, de cunho utilitarista, suspendam-se os gastos proporcionados e adequados ao doente. Dizem os defensores dessa 'solidariedade' que o velho e o enfermo devem morrer, pois não geram recursos, são inúteis. Este é o ponto a que se chega com mentalidade materialista, consumista e hedonista que grassa na sociedade dita moderna, que perdeu a dimensão transcendental do ser humano".

clamam por respeito". Logo, materializa-se o roubo daquilo que é mais preciso à vida do indivíduo: sua dignidade[32].

Desta feita, quando adentramos ao campo da biomedicina e da bioética, existindo situação em que faltem condições do indivíduo de ter uma decisão própria e responsável, ou seja, com possível perda do exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, deve ser obrigatoriamente respeitado o seu direito de ser tratado com dignidade, com concreta proteção e assistência. Ademais, ao tratar-se da relação médico-paciente, mesmo possuindo natureza contratual, não acarreta que essa relação seja meramente patrimonial, "vez que a relação contratual rege-se também pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, possui caráter eminentemente existencial" (DADALTO, 2015, p. 69).

Igualmente, no presente ponto, imprescindível dissertar acerca da dicotomia proposta por Barroso e Martel: dignidade como autonomia ou heteronomia?

Primeiramente, a dignidade como autonomia emana quatro aspectos essenciais, quais sejam, a capacidade de autodeterminação; as condições para o exercício da autodeterminação; a universalidade; e a inerência da dignidade ao ser humano. Ao tratar-se do direito a uma morte no tempo certo, já delineado no presente trabalho, o presente ponto valoriza a escolha individual. Assim, "A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo a diversidade e a democracia de uma maneira geral" (BARROSO, MARTEL, 2012, p. 38-42). A perspectiva que valoriza a dignidade como autonomia será devidamente tratada no capítulo seguinte.

Na contramão do proposto, a dignidade como heteronomia defende uma dignidade vinculada a valores compartilhados pela comunidade, em detrimento a escolhas individuais (BEYLEVELD; BROWNSWORD, 2004, p. 29 apud BARROSO; DADALTO, 2012, p. 42). Os conceitos jurídicos indeterminados que ela propaga englobam o bem comum; o interesse público; a moralidade ou a busca do bem do

---

[32] "Da mesma forma, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e até mesmo a utilização da pessoa para experiências científicas. Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma responsável individualidade" (SARLET, 2012, p. 105).

próprio indivíduo. Desta feita, a dignidade não compreenderia a liberdade como sua característica central, mas sim a dignidade como concreta limitação à liberdade:

> Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma vida boa. Como intuitivo, o conceito de "dignidade como heteronomia" funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 42-43).

Por fim, podem ser delineadas as inconsistências teóricas e práticas da dignidade como hetenomia[33], dentre elas: emprego da expressão para justificar políticas paternalistas, jurídico-moralistas e perfeccionistas; minoração dos direitos fundamentais mediante o discurso da dignidade; mácula jurídico-política da locução "dignidade humana"; e confusão na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 47-48).

A partir do exposto, constata-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, temática que passa de imediato a ser analisada.

2.2 Princípio da Autonomia Privada nos casos de terminalidade da vida

Corroborando o princípio da dignidade da pessoa humana, emerge um dos principais escopos deste trabalho, qual seja o princípio da autonomia privada. No entanto, com pressuposto para adentrar no seu respectivo conteúdo, ainda cabem considerações permeando o tema do Direito e dos princípios.

Nesse contexto, para o Dworkin o direito é uma prática interpretativa, visto que o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições

---

[33] Com relação à resolução nº 1.805/2006, a qual será posteriormente tratada e foi alvo de ação judicial, destaca-se: "Na petição inicial da ação civil pública contra a resolução do Conselho Federal de Medicina que autorizava a ortotanásia, está subjacente a 'dignidade como heteronomia'. O simples fato de o Procurador sustentar que todos os pacientes terminais e seus familiares estão destituídos de capacidade para tomar decisões referentes aos tratamentos médicos que serão ou não realizados, torna claro que a 'dignidade como autonomia' não se faz presente em seu raciocínio" (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 46).

de verdade das práticas argumentativas que o constituem. De tal modo, Dworkin argumenta no sentido da objetividade e interpretação, desenvolvendo de forma mais sistemática numa formulação positiva do direito como integridade (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 214).

A partir disso, advém a importante noção de que institutos como o testamento vital devem também se basear na validade e efetivação dos princípios. Explica-se, de acordo com Dworkin, uma proposição jurídica é tão somente verdadeira em um sistema jurídico se devidamente delimitada por um conjunto de princípios (GREENBERG, 2006, p. 226 apud MACEDO JUNIOR, 2013, p. 32). Por conseguinte, depreende-se a centralidade dos princípios morais e políticos na interpretação do direito, devendo a perspectiva de Estado Democrático de Direito ser balizada em consonância com a concepção de Direito como Integridade[34].

Etimologicamente, a palavra autonomia deriva do grego *"autos"*, que significa próprio, e *"nomos"*, regra, governo ou lei. Tal vocábulo foi inicialmente empregado como referência à autogestão ou ao autogoverno das cidades independentes gregas. Por oportuno, o termo "autonomia" estendeu-se às pessoas e adquiriu sentidos muito diversos, "tais como os de autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo" (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 137).

A partir da modernidade, momento em que o homem tornou-se cerne principal das problemáticas existenciais, emergiu o conceito de autonomia como foco das especulações teóricas. Segundo Sá (2012, p. 6), foi com a filosofia kantiana que a autonomia restou destacada e introduzida na reflexão filosófica e, por conseguinte, movida ao discurso jurídico.

Nessa linha, a possibilidade do estabelecimento do agir moral implica obrigatoriamente a autodeterminação do próprio indivíduo. Ao interpretar a obra "Fundamentação da metafísica dos costumes" de Kant, Sá (2012, p. 7) é clara, "um

---

[34] O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2003, p. 271 apud DADALTO, 2015, p. 19).

sujeito verdadeiramente autônomo seria aquele que age a partir de uma determinação interna, livre de inclinações, de forma que sua ação valeria para todo o ser racional em geral". Assim, surge a perspectiva de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano, determinando que a pessoa jamais seja um instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos, mesmo que sejam familiares (DADALTO, 2015, p. 169).

Ao seu passo, identifica-se a autonomia pessoal com a autonomia moral, corroborando a elevação da escolha autônoma como moralmente boa. Ademais, confirma-se que o objeto da razão pura prática fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, sendo definitivamente o homem um fim em si mesmo e não uma função do Estado (LOUREIRO, 2009, p. 64).

Neste campo, importantes também são os ensinamentos do filósofo britânico John Stuart Mill, o qual se preocupava com a autonomia – para ele também denominada individualidade – das pessoas na conformação de suas vidas. Aduz, já no século XIX, que deveria ser permitido que os cidadãos se desenvolvessem conforme suas convicções pessoais, desde que não interferissem na análoga expressão de liberdade dos demais. Logo, a sua posição propaga uma ideia de não interferência como fortalecimento da expressão autônoma (MILL, 1977 apud BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 143).

Mais hodiernamente, existe um consenso generalizado de que os cidadãos adultos dotados de competência normal possuem o direito à autonomia, ou seja, o direito a tomar, por si próprias decisões importantes para a definição de suas vidas (DWORKIN, 2003, p. 315). Logo, "o conceito de autonomia refere-se, então, à perspectiva de que cada ser humano deve ser verdadeiramente livre, dispondo das condições mínimas para se auto-realizar" (NUNES, 2012, p. 251).

Insta salientar, que a partir do século XX, devido ao primeiro pós-guerra, houve a emersão de conceitos como o da função social, momento em que a ideia de autonomia de vontade deu lugar ao princípio da autonomia privada[35]. No campo do direito, Amaral (2008, p. 77-78) doutrina:

---

[35] No mesmo passo, "autonomia privada: está na origem dos direitos individuais, das liberdades públicas, que incluem, além das escolhas existenciais acima referidas, as liberdades de consciência, de expressão, de trabalho e de associação, dentre outras" (BARROSO, 2015, p. 287).

> Autonomia privada não se confunde com autonomia da vontade. Esta tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto aquela exprime o poder de vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real. Por isso mesmo, a autonomia da vontade é a causa do ato jurídico (CC, art. 185), enquanto a autonomia privada é a casa do negócio jurídico (CC, art. 104), fonte principal de obrigações.

Nessa senda, o princípio da autonomia de vontade do indivíduo evolui para o princípio da autonomia privada, alicerçando a conduta do paciente terminal no que tange às suas manifestações de vontade. Nesse contexto, o princípio da autonomia privada possui como pressuposto a liberdade individual, que, filosoficamente é a possibilidade de escolha, como liberdade de fazer ou de não fazer, e sociologicamente, ausência de condicionamentos materiais e sociais (AMARAL, 2008, p. 78).

No mesmo sentido, interessante destacar que a autonomia é, no plano filosófico, o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em consonância a determinadas normas. Assim, a dignidade como autonomia implica a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de definir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade, ou seja, "significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem implicações externas indevidas" (BARROSO, 2015, p. 287). Desta feita, a autonomia privada propõe uma perspectiva dialógica, combinada com a dignidade da pessoa humana e, assim, dirigindo-se a aspectos públicos, privados, patrimoniais e existenciais, observe-se:

> Consequência imediata do reconhecimento da autonomia privada é o respeito à dignidade da pessoa humana. Reconhecida a potencialidade da pessoa humana em se autodeterminar como interlocutor numa rede de interlocutores, como merecedores 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 (MOUREIRA, 2008, p. 82 apud DADALTO, 2015, p. 24).

A bioética de reflexão autônoma procura destacar a autonomia e pluralidade de crenças e sentimentos em profundo respeito ao ser humano. Com a presença do conflito reconhecida, busca debatê-lo com razão e emoção, numa configuração multidisciplinar (SEGRE; COHEN; 1995, apud KOVÁCS, 2014, p. 97). Sem separar emoção, solidariedade, empatia e compaixão frente a sentimentos dolorosos, considera-se que agir em sociedade deve envolver características pessoais,

liberdade e possibilidade de escolha, comprovando que a pluralidade de ideias é a riqueza do pensar bioético.

No campo das diretivas antecipadas de vontade, o respeito ao teor do testamento vital de um indivíduo, significa o importante respeito à autonomia privada do paciente[36]. Dworkin (2003, p. 269) é categórico ao afirmar que "Podemos respeitar a autonomia de alguém que se tornou inconsciente apenas se nos perguntarmos qual teria sido a decisão de tais pessoas em condições apropriadas, antes de tornar-se incompetente". Sobre a recusa de tratamentos, associando o preceito da autonomia com a nossa Constituição, deflagra-se:

> O direito de um doente em estágio terminal (cuja morte é inevitável e iminente), de recusar receber tratamento médico, bem como o de interrompê-lo, buscando a limitação terapêutica no período final da sua vida, de modo a morrer de uma forma que lhe parece mais digna, de acordo com suas convicções e crenças pessoais no exercício de sua autonomia, encontra-se plenamente amparado e reconhecido pela nossa Constituição (MOLLER, 2007, p. 144 apud DADALTO, 2015, p. 47-48).

Tal tarefa pode parecer fácil quando o paciente assinou um testamento de vida determinando o que deve ser feito em tais circunstâncias, ou quando expressou seus desejos de modo menos formal, mas ainda assim eloquente - por exemplo, repetindo-os muitas vezes a seus parentes. Mesmo em tais casos, todavia, não há garantia de que não viria a mudar de posicionamento em algum momento posterior à última declaração formal ou informal, ou que não mudaria de ideia se tivesse voltado a refletir sobre a questão[37].

Independentemente de qualquer controvérsia, o respeito às decisões do paciente deve ser sempre defendido, sendo assim, a validade do testamento vital encontra-se assegurada também no âmbito da Constituição Federal, visto que a Autonomia é considerada um princípio implícito no âmbito do seu art. 5º: "II -

---

[36] Com relação aos limites da autonomia, a vontade expressa em situações terminais deve ser encarada com devida prudência, visto que é necessária relevante precaução para concluir pela genuinidade da vontade expressa. Pondera Ascensão (2009, p. 436), que “Uma vontade de morrer pode exprimir apenas a situação de desespero ou a depressão provocada pela irremediabilidade da doença e pelo abandono a que o paciente esteja (ou se sinta) votado”.

[37] Defendendo a importância da autonomia, Dworkin remonta ao caso de Anthony Bland, ocorrido em 1989: "Pelo que os mais próximos de Anthony Bland nos deram a conhecer sobre ele, e forçados como estamos a fazer uma escolha, parece-nos mais provável que, em seu estado atual, ele preferia morrer a continuar vivo, e que, muito embora o respeito pela santidade da vida pudesse ser usado como argumento em favor de mantê-lo vivo, o respeito por outro princípio, o da autodeterminação, justificava que o direito lhe permitisse optar pela morte" (DWORKIN, 2003, p. 265-266).

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988)

Portanto, devido a sua direta conexão ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia privada sustenta a ideia de morte digna, e garante a supremacia individual no campo da fundamentação das diretivas antecipadas de vontade. Ato contínuo passa-se a análise do específico arcabouço brasileiro acerca da matéria.

2.3 Da breve experiência brasileira: Ação Civil Pública contra a Resolução nº 1.995/2012 do CFM (Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500)

Como pressuposto obrigatório para dissertar-se acerca do principal finalidade deste trabalho, qual seja a possível ilegalidade e inconstitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012 do CFM, revela-se estritamente necessário percorrer a recente trajetória brasileira no campo da efetivação das diretivas antecipadas de vontade do paciente terminal.

Nessa linha, em um momento prévio, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM) foi inovadora, visto que permitiu ao médico limitar ou suspender, na fase terminal de enfermidades graves, tratamentos que prolonguem a vida do doente terminal, ou seja, autorizou a prática da ortotanásia, na íntegra:

> Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
> § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a 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 a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
> Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.
> Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário (CFM, 2006).

Em sua exposição de motivos, o órgão disserta acerca da necessária evolução de paradigma que se revela presente. Nesse contexto, a ética médica tradicional, concebida no modelo hipocrático, e com forte acento paternalista, onde ao enfermo incumbe, tão somente, obediência às decisões médicas, não se sustenta mais. Somado a isso, o importante avanço tecnológico possibilitou um preocupante prolongamento interminável do morrer, momento em que se questiona, conforme já trazido no capítulo anterior, "Até quando avançar nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e sobretudo, guiados por que modelos de moralidade" (CFM, 2006)?

Com forte viés crítico, e também possuindo como base a mudança que ocorreu na década de 60, momento em que os códigos de ética profissional passaram a reconhecer o doente como agente autônomo, o CFM denunciou os graves riscos da obstinação terapêutica, além da real necessidade de humanizar os profissionais da saúde, privilegiando a concepção de cuidados paliativos:

> No Brasil, há muito o que fazer com relação à terminalidade da vida. Devem ser incentivados debates, com a sociedade e com os profissionais da área da saúde, sobre a finitude do ser humano. É importante que se ensine aos estudantes e aos médicos, tanto na graduação quanto na pós-graduação e nos cursos de aperfeiçoamento e de atualização, as limitações dos sistemas prognósticos; como utilizá-los; como encaminhar as decisões sobre a mudança da modalidade de tratamento curativo para a de cuidados paliativos; como reconhecer e tratar a dor; como reconhecer e tratar os outros sintomas que causam desconforto e sofrimento aos enfermos; o respeito às preferências individuais e às diferenças culturais e religiosas dos enfermos e seus familiares e o estímulo à participação dos familiares nas decisões sobre a terminalidade da vida. Ressalte-se que as escolas médicas moldam profissionais com esmerada preparação técnica e nenhuma ênfase humanística (CFM, 2006).

Referida resolução, apesar de vincular somente a classe médica, restou anulada por Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) em 2007, sob a alegação de que seria inconstitucional, visto que trataria acerca da eutanásia, prática criminosa no país (Processo nº 2007.34.00.014809-3). Ademais, o órgão acusatório teria alegado, em suma, que o direito á vida seria indisponível, apenas podendo ser restringido por lei em sentido estrito, ainda, que considerando o contexto sócio-econômico brasileiro, a prática da ortotanásia poderia ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada, deturpando o sentido do instituto.

O CFM contestou, trazendo argumentos já devidamente desenvolvidos no âmbito deste trabalho, ou seja, esclarecendo que a ortotanásia difere substancialmente da eutanásia e, ainda mais da distanásia, ou seja, não caracteriza prática criminosa, e garante o direito à boa morte em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, e por consequência, da aplicação do princípio da autonomia privada.

Nesse sentido, em um primeiro momento, o Juiz da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal deferiu a antecipação de tutela para suspender os efeitos da Resolução, já que visualizava além da prática de homicídio por omissão, o não exercício regular da medicina (SÁ, 2012, p. 197).

Contudo, em 2010, tal texto foi novamente tornado válido, visto que restou constatado que não se dispunha da eutanásia, acarretando a revogação da liminar que a anulava[38]. Nesse passo, o MPF emitiu parecer pela improcedência do seu próprio pedido, confirmando a ortotanásia, e a legitimidade plena no CFM para legislar a respeito do tema (ARAÚJO, 2013, v. 12, p. 15-24).

Conforme se observa, a Resolução exalta a autonomia do paciente perante a possibilidade de suspensão dos tratamentos clínicos, em virtude de não se tratar de decisão do médico. O profissional possui, unicamente, a obrigação de informar com clareza ao paciente o seu prognóstico, ação que não impede jamais o paciente de buscar outras opiniões ou meios de tratamento.

No mesmo período sobreveio a aprovação do novo Código de Ética Médica em setembro de 2009 (Resolução 1.931/2009). Ao enfrentar a questão da autonomia do paciente e do médico e, de certa forma, resolver o tema da eutanásia, este documento demonstra inegável avanço[39], o qual pode ser traduzido no teor do item

---

[38] Nas palavras do Magistrado Roberto Luis Luchi Demo em sua sentença: "Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas sua alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina" (DISTRITO FEDERAL, 2007.34.00.014809-3, 2010).

[39] Em contraponto ao atual Código, o antigo Código de Ética Médica de 1988 era mais rigoroso, porém incoerente, na incansável preservação da vida, determinando ser vedado ao médico, no seu art. 57: "Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente" (CFM, 1988), ou seja, a interminável busca pela obstinação terapêutica, e assim, pela distanásia, era considerada expressa tarefa do médico.

XXII, do Capítulo I: "Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados" (CFM, 2009).

Percebe-se que o novo Código se preocupa em traçar uma vertente horizontal e não mais vertical da conduta do médico em relação ao paciente, acarretando a concreta construção dialógica da relação médico-paciente. O capítulo IV, já citado anteriormente neste trabalho, elenca uma série de proibições, não permitindo qualquer tipo de desrespeito aos direitos do paciente, garantindo a autonomia e a dignidade das escolhas livres e do bem-estar do indivíduo (CFM, 2009).

Por sua vez, a prática da eutanásia ativa permaneceu condenada pelo Código de Ética Médica, bem como a prática distanásia. Nessa senda, é defeso ao médico em seu artigo 41, *caput*, "abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal" (CFM, 2009), no entanto em se tratando de doença incurável ou terminal o médico não deve, no mesmo artigo, parágrafo único, "empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal" (CFM, 2009). Ademais, vê-se que os cuidados paliativos devem obrigatoriamente ser oferecidos pelos profissionais da saúde, correspondendo a uma efetiva inovação do novo texto.

Por último, no capítulo V, "Relação com Pacientes e Familiares", Sá (2012, p. 199) desaprova o conteúdo do artigo 31: "Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte" (CFM, 2009). Para a autora, a parte final do artigo é equivocada, visto que ao autorizar o médico a desrespeitar o direito do paciente ou de ser representante legal em caso de risco iminente de morte, viola-se frontalmente o direito à supremacia da liberdade individual, garantido constitucionalmente.

Por conseguinte, em agosto de 2012, o CFM aprovou a Resolução nº 1.995, a qual se define como a primeira regulamentação acerca das diretivas antecipadas de vontade no país. Conforme a tradição, o CFM se manifestou mais uma vez acerca de temas bioéticos antes do Poder Legislativo, assim sendo, em um mesmo

documento, foram reconhecidos o testamento vital e o mandato duradouro, observe-se:

> 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 (CFM, 2012).

Em sua exposição de motivos, o CFM enfatiza a enorme dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida, assim como a ampla receptividade tanto dos médicos como dos pacientes às diretivas antecipas de vontade. Igualmente, saliente-se a experiência dos códigos de ética de países europeus, bem como a imprescindibilidade de existência de Comitês de Bioética (CFM, 2012).

Nessa senda, o CFM foi expresso em nota esclarecedora que a resolução respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia e não dialoga com a prática da eutanásia. Tal esclarecimento vem para reafirmar o conceito basilar das diretivas antecipadas: a impossibilidade de existência de disposições contrárias ao ordenamento jurídico do país em que são propostas. Por consequência, sendo a eutanásia proibida no Brasil, tal resolução versa tão somente sobre a ortotanásia. Ainda, divulgou-se que apenas maiores de 18 anos e os menores emancipados podem recorrer às diretivas antecipadas, entretanto, modificações podem ocorrer, em virtude de ser possível que uma legislação específica estabeleça que os

relativamente incapazes (maiores de dezesseis anos) também podem fazê-la (DADALTO, 2015, p. 164).

Em termos de efetividade, o que a resolução propôs foi a possibilidade do paciente recusar tratamentos fúteis, ou seja, extraordinários, entendidos como aqueles que não oferecem benefício real ao paciente, pois a morte é inevitável, em total desrespeito ao conceito de vida digna (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 197). Ademais, cabe evidenciar que a resolução não legalizou as diretivas antecipadas de vontade no país, vez que não possui força de lei, já que o CFM não possui competência para legislar.

Sob o aspecto formal, o CFM, atuando como órgão de classe, não teria competência para determinar que as diretivas antecipadas de vontade sejam, obrigatoriamente, registradas em cartório. Entretanto, para garantir segurança jurídica, a formalidade de lavrar a respectiva escritura pública seria imperiosa, garantindo o futuro cumprimento do documento.

Quanto ao ponto, imperioso destacar a Lei portuguesa nº 25/2012[40] (ANEXO B), a qual regula as diretivas antecipadas de vontade e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV). O RENTEV é um sistema informático que registrará todos os testamentos vitais validados pelos serviços de saúde e que permitirá que os médicos, quer no setor público quer no privado, tenham acesso à vontade dos doentes em situações extremas. No entanto, caso o usuário prefira, poderá ter sempre o seu testamento vital consigo, desde que reconhecido pelo notário, ou seja, devidamente registrado em cartório.

A partir da Resolução também se percebe a prevalente importância do médico, o qual possui tarefa que vai além de simplesmente transcrever a vontade do paciente. Incumbe ao profissional, como técnico, ilustrar ao declarante quanto aos

---

[40] A legislação portuguesa configura-se completa e respeitável, visto que elenca de forma clara critérios como a forma do documento, os requisitos de capacidade, os seus limites, prazos e eficácia. No mesmo sentido, baliza os requisitos para determinação do procurador de cuidados de saúde, e explicita a criação e o funcionamento do RENTEV. Por fim, interessante destacar o teor de dois artigos, os quais garantem a legitimidade e idoneidade dos institutos: "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. [...] 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 respectivas funções. 2. A violação do dever a que se refere o número anterior constitui ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei" (PORTUGAL, 2012).

tratamentos e procedimentos que podem ou não ser recusados. Referido auxílio, quando bem prestado, definirá que o paciente manifestará exatamente sua vontade no documento, corroborando para um paciente autônomo, bem informado e esclarecido.

No mesmo sentido do ato que atacou a Resolução nº 1.805/2006 previamente, o MPF ajuizou, em 31 de janeiro de 2012, Ação Civil Pública com a finalidade de declarar pelo Poder Judiciário, a ilegalidade, mas principalmente, a inconstitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012 (Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500).

Em breve síntese, o *Parquet* alegou que a pretexto de normatizar a atuação de profissionais da medicina frente à terminalidade da vida de seus pacientes, o CFM extravasa os limites do poder regulamentar, impõe riscos à segurança jurídica, alija a família de decisões que lhe são de direito e estabelece instrumento inidôneo para o registro das diretivas antecipadas de vontade. Nessa linha, invoca que a Resolução teria extrapolado os poderes conferidos pela Lei nº 3.268/57[41], pois regulamentou tema que possui repercussões familiares, sociais e nos direitos de personalidade, além disso, que exclusivamente a União, através do Congresso Nacional, poderia dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes (art. 22, incisos I, XVI e XXIII, da Constituição Federal).

Ademais, aludiu que a resolução omitiu-se em pontos essenciais, tais como o estabelecimento dos requisitos relativos ao paciente, limite temporal de validade das diretivas, formas de revogação, critérios de participação da família (art. 226, *caput*, da Constituição Federal) e o instrumento utilizado para registro da vontade do paciente. Por fim, destacou que o prontuário médico seria instrumento inidôneo para o registro das diretivas antecipadas de vontade, já que o seu caráter sigiloso impede o controle da atuação do médico.

No sentido oposto, o CFM suscitou preliminarmente a ilegitimidade ativa do MPF. Quanto ao mérito, alegou que o Ministério da Saúde (Portaria nº 1.820/2009), manifestou-se no sentido de que, no âmbito do Sistema Único de Saúde, os pacientes devem ter os seus valores, cultura e direitos respeitados, principalmente, direito ao sigilo, confidencialidade, consentimento livre, voluntário e esclarecido e

[41] Lei que dispõe acerca dos Conselhos de Medicina, prevê sua organização, atribuições, entre outras providências.

livre escolha de quem será o responsável pela tomada de decisões na hipótese de sua incapacidade. Igualmente, aduziu que não há se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois a União, por meio da Lei nº 3.268, outorgou aos Conselhos de Medicina competência para tratar do exercício técnico e moral da Medicina.

No mesmo sentido, a Resolução não pretende introduzir no ordenamento jurídico a possibilidade de ortotanásia, mas apenas informar ao médico que a conduta ética da profissão exige o respeito aos desejos e vontades previamente expressados pelo paciente quanto aos tratamentos a que deseja ou não se submeter. Explicou-se que as diretrizes antecipadas objetivam o respeito à autonomia do paciente e têm fundamento na dignidade da pessoa humana. Ainda sobre a relevância da autonomia do paciente, salientou-se o teor do art. 5º, inciso III, da Constituição Federal e art. 15, do Código Civil (já tratados no presente trabalho).

Por fim, alegou-se que a capacidade de manifestação de vontade está prevista nos artigos 1º a 5º, do Código Civil, inexistindo necessidade de normatização própria; o ato de vontade não caduca pelo decurso do tempo e o paciente é livre para não mais se valer das diretivas, bem com para revogá-las, desde que aplicado o princípio da simetria das formas; em caso de ausência de diretiva antecipada, a família será consultada; a Resolução não criou forma especial, pois os pacientes podem expressar a vontade por qualquer meio idôneo e válido juridicamente, tendo apenas indicado que o médico registrará as diretivas de vontade no prontuário; por último, reiterou-se que vários países já adotam o instituto em seus Códigos de Ética Médica.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Resolução, suspendendo a aplicação de seu texto em todo o território nacional, foi indeferido. Por consequência, o MPF interpôs agravo de instrumento.

Primeiramente, ao analisar a petição inicial desta ação, verificou-se que o procurador desconhece por completo as diretivas antecipadas de vontade, assim como a competência do CFM, fato que não passou despercebido pelo Magistrado. Ao dissertar acerca da competência dos Conselhos Federais e Regionais de Medicina, os quais são os órgãos supervisores da ética profissional, destacou o teor

do art. 2º da Lei nº 3.268/57[42], onde se determina a tarefa de zelar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.

Por conseguinte, o juiz substituto Eduardo Pereira da Silva proferiu sentença, publicada no dia 02 de abril de 2014, reconhecendo a constitucionalidade da Resolução. Nesse sentido, analisando o mérito da lide entendeu-se que dado o vazio legislativo, as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico, assim inexiste qualquer tipo de afronta à segurança jurídica. Dadalto (2015, p. 171-172) ressalta as seguintes observações do julgador:

> a) A resolução não regulamenta apenas as diretivas antecipadas de vontade de pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia. Afirma o MM. Juiz que as Diretivas Antecipadas de Vontade valem para qualquer paciente que venha a ficar impossibilitado de manifestar sua vontade.
> b) Apontou a necessidade de legislação sobre o tema.
> c) Afirma que a família e Poder Público podem buscar o Poder Judiciário caso se oponham às Diretivas Antecipadas do paciente, bem como caso queiram responsabilizar os profissionais de saúde por eventual ilícito[43].

Isto posto, constatou-se que a Resolução é compatível com a autonomia da vontade, o princípio da dignidade humana, e a proibição de submissão de quem quer seja a tratamento desumano e degradante (art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso III, ambos da Constituição Federal). Logo, vislumbra-se o avanço e a qualidade da decisão exarada pelo nobre Juízo, entretanto, constata-se que o Poder Judiciário poderia ter sido mais pontual no sentido de conceituar e firmar a importância dos institutos que compreendem as diretivas antecipadas de vontade, quais sejam o testamento vital e o mandato duradouro.

Não obstante, sujeito ao reexame necessário, o processo encontra-se atualmente no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sendo que desde 29/08/2014, os autos encontram-se no gabinete do Juiz Relator, qual seja o

---

[42] "Art. 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em tôda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente" (BRASIL, 1957).

[43] Referendou-se que o artigo 226 da Constituição Federal não restou de qualquer forma ferido pelo teor da Resolução, sendo que a vontade do paciente deve sim prevalecer sobre a dos familiares, visto que amparada legalmente e constitucionalmente. Por sua vez, inexiste forma especial para manifestação de vontade, ratificando-se que o prontuário, não foi eleito, portanto, instrumento de manifestação de vontade, mas mero meio de seu registro.

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Assim sendo, espera-se uma decisão definitiva sobre o tema, a qual, por sua vez, indica ser positiva ao CFM[44].

Finalmente, no âmbito da jurisprudência estadual, apesar de aguardar-se lei específica disciplinando o testamento vital, julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul inovou e abriu precedentes para outras decisões, em virtude de ser o primeiro acórdão que citou expressamente o testamento vital (Apelação Cível nº 70054988266). A ementa do referido julgado envolve a temática até então tratada no presente trabalho, trazendo noções de biodireito, ortotanásia e direito à vida[45].

Apesar de criticável, visto que não segue a risca os requisitos previstos para o testamento vital, a decisão serve mais para legitimar a autonomia do indivíduo em face da indisponibilidade do direito à vida, contudo, mostra-se necessário ter cautela ao equiparar vontade do paciente com uma válida e efetiva diretiva antecipada de vontade (DADALTO, 2015, p. 176-177).

---

[44] Para finalizar o ponto, cabe destacar o teor do Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, o qual restou aprovado em maio de 2014: "As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

[45] APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013)

CONCLUSÃO

O presente trabalho de monografia buscou analisar os reflexos e impactos da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa linha de raciocínio, o objetivo geral se centrou na (in)constitucionalidade da referida Resolução, já que restou proposta Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal para discutir tal impasse.

Para atingir essa finalidade, o texto foi iniciado com a necessária apresentação da bioética ligada ao estudo de casos e aos cuidados paliativos, concepções que necessariamente sustentam o tema. Diante do paradigma de avanços inimagináveis nos campos médicos, tecnológicos e científicos, a preocupação pela efetivação do direito à morte digna, nos casos de terminalidade, se mostrou imediata e indispensável, ante a possibilidade de uma preocupante obstinação terapêutica desenfreada, também conhecida como distanásia.

Nesse sentido, o testamento vital e o mandato duradouro, espécies das diretivas antecipadas de vontade, solidificaram-se, primeiramente em âmbito internacional, como institutos essenciais para garantir o respeito à autonomia do indivíduo em fim de vida, remetendo ao categórico kantiano de que todo o ser racional existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Superando uma ideia de paternalismo médico, imperatividade do Estado e indisponibilidade do direito à vida, evidencia-se um contexto em que cada um possui o direito de ditar o seu próprio destino, e como melhor entende que deve passar os seus momentos finais, sendo obrigatoriamente consideradas para tanto suas preferências pessoais, interesses e crenças.

Por sua vez, os cuidados paliativos se mostraram como a melhor resposta ao paciente em fase terminal. Ante um diagnóstico de morte próxima, grande sofrimento e agonia, ou seja, com a impossibilidade de uma resposta curativa, os tratamentos paliativos são a melhor hipótese para uma maior qualidade de vida nos momentos finais, respeitando o ideal da dignidade da pessoa humana.

O presente estudo não pretendeu de qualquer forma esgotar o amplo conteúdo e vertentes que abarcam a temática das diretivas antecipadas de vontade do paciente terminal. Nesse sentido, é inegável o avanço da Resolução 1.995/2012 no campo da autonomia do enfermo, contudo vê-se que a mesma não esgota o

tema, pelo contrário, atesta a necessidade de legislação específica sobre institutos como o testamento vital e o mandato duradouro, e mais do que isso, uma forte política pública para conscientização da importância dessas prévias escolhas.

Referida legislação específica deverá determinar diversas questões, dentre elas o discernimento do outorgante, uma exemplificação de cuidados e tratamentos que podem ou não ser recusados, delineamentos acerca do registro, a possibilidade de relativamente incapazes usufruírem os institutos e à extensão da participação do médico na confecção dos documentos de vontade.

Atualmente, cerca de três anos da publicação da Resolução, percebe-se um maior conhecimento do tema por parte dos profissionais da saúde, e da sociedade, bem como maior divulgação pela mídia. No entanto, até o presente momento, inexiste estudo no Brasil que demonstre a quantidade de testamentos vitais realizados. Atrelado a isso, não se visualiza efetivo avanço na efetivação do testamento vital no Brasil, visto que é latente a ausência de um movimento para propositura e aprovação de uma lei específica, nos moldes de Portugal por exemplo. Comportamento esse associado à praxe que vem ocorrendo, qual seja o CFM sempre tomando a frente do precário Congresso Nacional Brasileiro, conforme ocorreu com a Resolução 1.805/2012, e diversas outras.

Igualmente, cabe destacar que o testamento vital não compõe as políticas públicas de saúde, tampouco é preocupação dos planos de saúde, os quais não conscientizam seus clientes sobre a importância em se fazer esse documento. No mais, ratifica-se que os hospitais sofrem com a não disponibilidade de equipe e estrutura adequada para auxiliar o paciente que queira formalizar seu testamento vital, durante uma internação.

Deste modo, mesmo que pendente de análise no âmbito da segunda instância judicial, a Resolução 1.995/2012 do CFM, diante da análise emanada, se mostrou tanto legal, quanto constitucional, visto que respeita de forma categórica a Constituição da República Federativa do Brasil, traduzindo de forma substancial a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. Igualmente, evidenciou o respeito aos princípios bioéticos, quais sejam: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça; e, por fim, comprovou-se tratar da ortotonásia, instituto demonstrado absolutamente distinto da eutanásia, e, portanto, legal no país.

Portanto, frente aos desafios em torno da constitucionalidade da Resolução, o testamento vital é válido no ordenamento pátrio, desde que não descumpra as normas vigentes e que, em suas disposições, o paciente opte pela interrupção dos tratamentos fúteis, evitando-se a distanásia e ratificando o direito à morte digna e a supremacia da liberdade individual.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Sobre a morte e o morrer.** Folha de São Paulo, Caderno Sinapse, p. 3, 12 out. 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Marcelo de. Eutanásia, ortotanásia, e suicídio assistido: a ética do respeito à dignidade e à autonomia de pacientes em estágio terminal. **ethic@ - Na international Journal for Moral Philosophy**, v. 12, n.1, p. 15-24, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/1677-2954.2013v12n1p15/25228> Acesso em: 16 jun. 2015.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios da ética biomética**. São Paulo: Loyola, 2002.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; Ligiera, Wilson Ricardo (Orgs.). **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. **Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1957**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Comissão do Senado. Anteprojeto De Código Penal. Requerimento nº 756, 2011. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=110444&tp=1> Acesso em: 16 nov. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica.** Brasília: CFM, 1988. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=10&Itemid=123> Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. **Resolução nº 1.805/2006.** Brasília: CFM, 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. **Código de Ética Médica Brasileiro. Resolução nº 1.931/2009.** Brasília: CFM, 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> Acesso em: 19 jun. 2015.

_____. **Resolução nº 1.995/2012.** Brasília: CFM, 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf> Acesso em: 19 jun. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014**. São Paulo/SP. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf> Acesso em: 18 nov. 2015.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito:** a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Justiça Federal. 14ª Vara Federal. Sentença nº 2007.34.00.014809-3. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Julgado em: 01/12/2010. Publicação: **Diário da Justiça da União,** 06/12/2010. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=2007.34.00.014809-3&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 18 nov. 2015.

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

GOODNOUGH, Abby. **Schiavo Dies, Ending Bitter Casa Over Feeding Tube.** The New York Times, 2005. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2005/04/01/us/schiavo-dies-ending-bitter-case-over-feeding-tube.html?_r=0> Acesso em: 22 de set. 2015.

GOIÁS. Justiça Federal. 1ª Vara Federal. Sentença nº 0001039-86.2013.4.01.3500. Juiz: Eduardo Pereira da Silva. Julgado em: 21/02/2014. Publicação: **Diário da Justiça da União**, 02/04/2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00010398620134013500&secao=GO&pg=1&trf1_captcha_id=ff8c9436e8faea92d2a5cc33c7d69f72&trf1_captcha=cvxj&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 18 nov. 2015.

IL POST. **La storia di Eluana Englaro.** 2014. Disponível em: <http://www.ilpost.it/2014/02/09/eluana-englaro/> Acesso em: 28 set. 2015.

KOVÁCZ, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Revista Bioética**. V. 22, n. 1, p. 94-104, 2014. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/886/978> Acesso em: 13 de nov. 2015.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**. São Paulo: Matrix, 2013.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia:** Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

NUNES, Rui. Testamento vital. **Revista de Pediatria do Centro Hospitalar do Porto**, v. 21, n. 4, p. 250-255, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/nas/v21n4/v21n4a10.pdf> Acesso em: 14 jun. 2015.

PERASSO, Valeria. **Suicídio assistido:** que países permitem ajuda para morrer? 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150911_suicidio_assistido_rb?ocid=socialflow_facebook>. Acesso em: 21 de set. 2015.

PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana. **Humanização e Cuidados Paliativos**. 3ª ed. Loyola: São Paulo, 2006.

PESSINI, Leo. **Eutanásia**: Por que abreviar a vida? Loyola: São Paulo, 2004.

PORTUGAL. **Lei nº 25/2012**. Disponível em: < http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf> Acesso em: 18 set. 2015.

RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público.** n. 125, p, 171-219, 2011. Disponível em: <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Directivas_Antecipadas_de_Vontade_-_Em_Busca_da_Lei_Perdida.pdf> Acesso em: 13 de nov. 2015.

RETTER, Emily. **Hannah Jones at 18:** I turned down heart transplant aged 13 but I'm so glad I changed my mind. Mirror, 2013. Disponível em: <http://www.mirror.co.uk/news/real-life-stories/hannah-jones-18-turned-down-2049160> Acesso em: 25 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação cível nº 70054988266. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini. Julgado em: 20/11/2013. Publicação: **Diário da Justiça,** 27/11/2013. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70054988266&num_processo=70054988266&codEmenta=5557320&temIntTeor=true> Acesso em: 18 nov. 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wofgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. **Revista Bioética.** V. 1, n. 1, p. 61-83, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56/59> Acesso em: 13 nov. 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Palliative Care Definition. Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em: 05 out. 2015.

ANEXO A – Modelo Português de Diretiva Antecipada de Vontade (DAV)

RENTEV
TESTAMENTO VITAL

Rubrica do Outorgante

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE (DAV)

Ao abrigo e para os efeitos previstos na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, o presente documento traduz a minha manifestação antecipada da vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que desejo receber, ou que não desejo receber, no caso de, por qualquer razão, me encontrar incapaz de expressar a minha vontade pessoal e autonomamente.

Este documento, que subscrevo sendo maior de idade e capaz e não me encontrando interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, é por mim unilateral e livremente revogável a qualquer momento.

IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE

Nome

Doc. Identificação Nº Val.

Nacionalidade / Naturalidade

Nº Utente Data de nascimento

Morada

C. Postal País Tel.

Correio eletrónico

☐ **Pretendo nomear meu Procurador de Cuidados de Saúde**

Nome

Doc. Identificação Nº Val.

Nacionalidade / Naturalidade

Nº Utente Data de nascimento

Morada

C. Postal País Tel.

Correio eletrónico

SPMS EPE Serviços Partilhados do Ministério da Saúde

GOVERNO DE PORTUGAL | MINISTÉRIO DA SAÚDE

RENTEV
TESTAMENTO VITAL

Rubrica do Outorgante

☐ **Pretendo nomear meu Procurador de Cuidados de Saúde suplente**

Nome

Doc. Identificação Nº Val.

Nacionalidade / Naturalidade

Nº Utente Data de nascimento

Morada

C. Postal País Tel.

Correio eletrónico

SITUAÇÃO CLÍNICA EM QUE A DAV PRODUZ EFEITOS

Quando me encontrar incapaz para expressar a minha vontade autonomamente, em consequência do meu estado de saúde física e/ou mental, e se verificarem uma ou mais das seguintes hipóteses:

(assinalar com um X as hipóteses aplicáveis)

☐ Me ter sido diagnosticada doença incurável em fase terminal

☐ Não existirem expectativas de recuperação na avaliação clínica feita pelos membros da equipa médica responsável pelos cuidados, de acordo com o estado da arte

☐ Inconsciência por doença neurológica ou psiquiátrica irreversível, complicada por intercorrência respiratória, renal ou cardíaca

☐ Outras:

CUIDADOS DE SAÚDE A RECEBER/NÃO RECEBER

Assim, manifesto a minha vontade clara e inequívoca de:

(assinalar com um X as hipóteses aplicáveis)

☐ Não ser submetido a reanimação cardiorrespiratória

SPMS EPE Serviços Partilhados do Ministério da Saúde

GOVERNO DE PORTUGAL | MINISTÉRIO DA SAÚDE

RENTEV
TESTAMENTO VITAL

Rubrica do Outorgante

- [ ] Não ser submetido a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais
- [ ] Não ser submetido a medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte
- [ ] Participar em estudos de fase experimental, investigação científica ou ensaios clínicos
- [ ] Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental
- [ ] Recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos
- [ ] Interromper tratamentos que se encontrem em fase experimental ou a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos, para os quais tenha dado prévio consentimento
- [ ] Não autorizar administração de sangue ou derivados
- [ ] Receber medidas paliativas, hidratação oral mínima ou subcutânea
- [ ] Serem administrados os fármacos necessários para controlar, com efetividade, dores e outros sintomas que possam causar-me padecimento, angústia ou malestar
- [ ] Receber assistência religiosa quando se decida interromper meios artificiais de vida (crença: _____)
- [ ] Ter junto de mim, por tempo adequado e quando se decida interromper meios artificiais de vida, a pessoa que aqui designo: _____(nome), _____ (contacto).
- [ ] Outras:
- [ ] Outras considerações pessoais ou eventuais motivações das minhas decisões.

VALIDADE

1. Esta declaração é eficaz durante 5 anos a contar da data da sua assinatura, podendo ser renovada nos termos da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

2. Caso seja solicitado o registo no RENTEV, o mesmo só produz efeitos após receção pelo outorgante da informação de conclusão do processo.

RENTEV
TESTAMENTO VITAL

Rubrica do Outorgante

OUTORGANTE

Local | Data | Hora h m

Assinatura conforme doc. de identificação civil

MÉDICO (opcional)

Declaro que prestei as explicações que me foram solicitadas pelo Outorgante relativas a este documento e ao seu estado de saúde.

Nome | Cédula

Assinatura conforme doc. de identificação civil

NOTÁRIO / FUNCIONÁRIO DO RENTEV
(perante o qual a DAV foi assinada)

Nome | Id. Civil

Assinatura conforme doc. de identificação civil

(é favor carimbar/selar)

NOTAS

1. Antes de subscrever este documento, recomenda-se que debata previamente o assunto com um profissional de saúde da sua confiança, ou com a equipa de saúde que o cuida.
2. Pode optar pela subscrição da Declaração Antecipada de Vontade, pela designação de um procurador de cuidados de saúde, ou por ambos.

SPMS EPE Serviços Partilhados do Ministério da Saúde

GOVERNO DE PORTUGAL | MINISTÉRIO DA SAÚDE

ANEXO B – Lei nº 25/2012 (Portugal)

3728 *Diário da República, 1.ª série — N.º 136 — 16 de julho de 2012*

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 Registo 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 Registo 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 e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2 — Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem 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 Registo 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 anomalia psíquica;

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 equipa 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 3.º

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 3.º

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 este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

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

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

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

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

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

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

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 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.

2 — 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.

3 — 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 cópia da 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.*