

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Daniela Moraz

O TESTAMENTO VITAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE

Casca

2015

Daniela Moraz

O TESTAMENTO VITAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade de Passo Fundo, Campus Casca, como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do
Professor Me. Vitor Hugo Oltramari.

Casca

2015

Dedico esse trabalho às pessoas que sempre estiveram ao meu lado pelos caminhos da vida, acompanhando, apoiando e principalmente acreditando em mim: minha mãe Marlene, meus avós Selina e Antônio (*in memoriam*), minha irmã Bruna e, especialmente, ao meu amor Rafael!

À Deus, por ter me ajudado a manter a fé mesmo nos momentos mais difíceis.

Ao meu orientador professor Me. Vitor Hugo Oltramari, pelos ensinamentos, atenção, amizade e dedicação ao longo deste período.

À todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

“Como um instrumento musical, a vida só vale a pena ser vivida enquanto o corpo for capaz de produzir música.”

(Rubem Alves)

RESUMO

Este trabalho versa sobre a (in)existência do direito à morte digna, tendo como objeto a eficácia jurídica das diretivas antecipadas de vontade, especialmente o testamento vital, como instrumento de concretização da vontade do paciente em estado terminal, sob o prisma da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade, em contraste com a garantia constitucional de proteção à vida. Utilizando o método de procedimento monográfico e histórico, na ótica da abordagem hermenêutica e dedutiva, o direito à dignidade humana é alicerce do Estado Democrático de Direito. A busca pela sua efetivação deve ocorrer até nos extremos da vida, justificando a opção do paciente pela ortotanásia sustentado pelo direito à morte digna. Através dos princípios constitucionais e bioéticos e, amparado pela legalidade, verifica-se a validade da declaração de vontade do paciente expressa sob a forma de testamento vital. Uma interpretação analógica das regras vigentes permite a determinação dos requisitos formais da sua elaboração até a promulgação de legislação específica.

Palavras-chave: Autonomia. Dignidade. Ortotanásia. Testamento Vital.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA	9
2.1	O direito à vida.....	9
2.2	A principiologia como alicerce para a interpretação jurídica.....	15
2.3	A proteção constitucional à dignidade humana e a autonomia da vontade	19
2.3.1	O princípio da dignidade da pessoa humana	20
2.3.2	O princípio da autonomia privada	23
3	A ATIVIDADE MÉDICA NAS SITUAÇÕES DE TERMINALIDADE DA VIDA	26
3.1	A atividade médica e a responsabilidade decorrente	26
3.2	Os princípios bioéticos norteadores da atividade médica	32
3.3	A intervenção médica nas situações de terminalidade da vida.....	37
3.3.1	Eutanásia e suicídio assistido.....	38
3.3.2	Ortotanásia	40
3.3.3	Distanásia.....	42
4	AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE	45
4.1	O direito de morrer com dignidade	45
4.2	As diretivas antecipadas de vontade	53
4.3	Testamento Vital: requisitos formais e os limites da disposição	59
4.3.1	Capacidade.....	59
4.3.2	Forma	61
4.3.3	A vigência da declaração e a possibilidade de revogação	63
4.3.4	O conteúdo lícito da disposição	64
4.4	Perspectivas jurisprudenciais sobre o tema	66
5	CONCLUSÃO.....	70
	REFERÊNCIAS	74
	ANEXO A – MODELO DE TESTAMENTO VITAL	83

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca verificar se a autonomia de vontade do paciente terminal pode ser efetivada frente a proteção constitucional do direito à vida, com o intuito de concretização do direito à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, através da análise da eficácia jurídica das diretivas antecipadas de vontade, em especial do testamento vital, buscase verificar a viabilidade do denominado direito à morte digna frente aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Juntamente com os avanços científicos da medicina surgem as discussões sobre as situações de terminalidade de vida, especificamente em casos de pacientes portadores de doenças terminais. Também da viabilidade da disposição sobre o próprio fim, em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e autonomia do indivíduo.

Frente a essa situação impõe-se o estudo das diretivas antecipadas de vontade tendo em vista que tais instrumentos apontam para a possibilidade de relativização do direito à vida por disposição de vontade do paciente, sem, contudo, haver lei expressa neste sentido expondo os limites e as formas para elaboração de tal documento

Assim, através da interpretação analógica dos princípios constitucionais do direito à vida, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, considerando a totalidade da existência humana, incluída assim a morte, busca-se verificar a validade da disposição de vontade do paciente portador de doença irreversível sobre as situações de terminalidade de vida, expressa sob a forma de testamento vital, e, ante a ausência de previsão legal, quais seriam os requisitos formais aplicáveis à espécie.

O estudo encontra-se dividido em três capítulos que versam sobre os direitos fundamentais e a proteção conferida à pessoa humana; a atividade médica nas situações de terminalidade de vida e as diretivas antecipadas de vontade como meio de efetivação do direito à morte com dignidade.

No primeiro capítulo será realizada a análise do direito à vida e a proteção jurídica conferida pelo ordenamento jurídico através do estudo conceitual do instituto e a delimitação de seu início e fim. Após, serão analisados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade no contexto do atual cenário jurídico. Em particular, seu surgimento, campo de incidência e a proteção constitucional conferida aos mesmos, tendo como base os ditames principiológicos para a realização dessa interpretação.

No segundo capítulo dar-se-á enfoque à atividade médica, apresentando a evolução do poder de tomada de decisões na relação entre médico e paciente e a atual responsabilidade decorrente do seu exercício. Verificar-se-á a influência da bioética, mais especificamente dos princípios da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça frente a tomada de decisões sobre tratamentos médicos e os diferentes tipos de intervenção médica nas situações de terminalidade de vida, com enfoque jurídico sobre a prática da eutanásia, ortotanásia e distanásia.

No terceiro e último capítulo o enfoque estará no estudo do direito à morte digna e o seu embasamento legal no ordenamento jurídico pátrio, através da análise dos dispositivos legais vigentes e tendo como fundamento os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia de vontade e os bioéticos. Em continuação, será feita pesquisa sobre as denominadas diretivas antecipadas de vontade, com ênfase no testamento vital, e a validade da declaração de vontade expressa através desse instituto frente ao ordenamento jurídico brasileiro, buscando-se esclarecer quais os requisitos formais para sua elaboração.

Por fim, analisar-se-á o atual posicionamento jurisprudencial sobre as diretivas antecipadas de vontade, através das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face das Resoluções 1995/2012 e 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA

Neste capítulo abordar-se-á, inicialmente, a proteção conferida à vida humana pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional, evidenciando atual concepção desse bem jurídico segundo os ditames do Estado Democrático de Direito, além das principais considerações doutrinárias sobre o marco de início e fim da mesma.

Em um segundo momento, será realizado um estudo sobre a principiologia, seu surgimento, incorporação ao ordenamento jurídico e a decorrente relevância na busca da efetividade da prestação jurisdicional como meio de concretização dos Direitos Fundamentais.

Por fim, serão analisados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade no contexto do atual cenário jurídico, seu surgimento, campo de incidência e a proteção constitucional atribuída aos mesmos.

2.1 O direito à vida

O direito à vida é amplamente resguardado pelo atual ordenamento jurídico brasileiro e internacional, existindo inúmeros dispositivos legais destinados a protegê-lo. Sua importância decorre do fato de que a vida é pressuposto para que o ser humano seja titular de qualquer outro direito fundamental, motivo pelo qual o Estado, e somente ele, é legitimado pela sociedade para tutelá-lo.

A vida se tornou um valor para o ser humano a partir do momento em que, devido a sua associação, uns começaram a depender dos outros, por necessidades diversas. Desde então, o ser humano passou a respeitá-la e protegê-la. No início não existia qualquer formalização para a garantia do direito à vida e quem atentasse contra ela era punido de forma reflexa. A regulamentação da proteção da vida levou séculos, até que se chegasse ao estágio atual. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 69-70).

A busca de garantias legais de proteção da vida humana foi alavancada, entre outros motivos, pelas atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial por países como Alemanha e Japão, que utilizaram pessoas como cobaias de experimentos científicos de toda a ordem, torturaram e mataram milhares, numa situação caótica de total desamparo. Como resposta, os países vencedores da Segunda Guerra instauraram o Tribunal Internacional de Nuremberg o qual foi responsável pelo julgamento dos crimes cometidos na guerra e instituiu, ao seu final, o Código de Nuremberg, marco do início de uma nova era de proteção à pessoa humana. (VASCONCELOS, 2006, p. 90-91).

Posteriormente, houve a promulgação da Declaração Internacional dos Direitos do Homem pela ONU – Organização das Nações Unidas (1948), que proclamou a existência¹ de direitos humanos essenciais e universais, conferindo-lhes proteção internacional. Atualmente é pacífico o entendimento de que os direitos humanos nela consagrados possuem vigência independentemente de expressa declaração em constituições, leis e tratados internacionais, por corresponderem a elementos básicos de referência à dignidade humana, expressos como forma de costumes e princípios jurídicos internacionais. (VASCONCELOS, 2006, p. 93).

O direito constitucional interno recepciona os direitos humanos previstos nos tratados e convenções internacionais de forma expressa, elencando-os na categoria de cláusulas pétreas, a fim de frustrar qualquer tentativa de restrição². Nessa senda, coteja-se o disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal ao prever que não serão excluídos os direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Estes últimos, ainda, poderão ser incorporados ao ordenamento jurídico na forma de emenda constitucional seguido o tramite previsto no §3º do referido artigo³. (VASCONCELOS, 2006, p. 100-107).

No Brasil, a legislação penal de 1830 já previa pena ao homicida, contudo pode-se considerar que a proteção mais ampla ocorreu com a Carta da República de 1988. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 70).

Diogo Leite de Campos recorda que o chamado “direito” à vida não pode ser considerado como uma prestação, porque a vida é precedente à sociedade e ao Estado, cabendo ao Direito assegurar o seu amparo e proteção. Ainda, discorre que o direito à vida seria melhor conceituado como direito de respeito à vida, porque o único conteúdo que se pode extrair deste direito é um comportamento negativo dos outros a fim de que haja uma abstenção de qualquer atitude que atente contra ela. (2004, p. 365-366).

¹ “Cumpre elucidar, entretantes, que se mantém a posição previamente defendida acerca da anterioridade essencial dos valores humanos a qualquer legislação (im)posta, haja vista serem referidos direitos prerrogativas intrínsecas do ser humano, tanto que sua previsão expressa, para fins e efeitos jurídicos – não só em tratados internacionais como também em qualquer outro cenário -, é de ser considerada apenas uma “declaração formal”, ou seja, o reconhecimento de uma realidade subjacente (e, portanto, anterior) inelutável.” (VASCONCELOS, 2006, p. 105, grifo do autor).

² Artigo 60 da Constituição Federal: “A Constituição poderá ser emendada mediante preposta: [...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.”

³ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Nesse sentido, para Maria Helena Diniz:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os outros direitos de personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se é assim a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual ninguém é lícito desobedecer. [...] Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusulas pétreas, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar [...] (2006, p. 22-24)

O direito à vida é a base de sustentação de outros direitos relacionados à pessoa e se fortalece em estágios limítrofes, como a concepção, o nascimento e a morte. “Trata-se de um direito absoluto, uma exigência individual, ou seja, perante os outros direitos, necessita de respeito, reconhecimento e proteção, quer do indivíduo consigo mesmo, quer da Sociedade, quer do Estado.” (SARTORI, 2001, p. 80).

No entanto, o direito à vida não pode ser assimilado somente na acepção do direito a continuar vivo, mas também de ter assegurado um nível de vida adequado quanto à condição humana. Nesse contexto, tudo que for necessário para possibilitar uma vida digna, como a alimentação, vestuário, assistência médica, educação, entre outros, está assegurado constitucionalmente. (MORAES, 2007, p. 76).

No mesmo sentido, Reinaldo Pereira e Silva refere que “direito a vida é o compromisso efetivo com a vida humana enquanto valor fundamental, tanto no plano hermenêutico quanto no plano político-legislativo.” (2003, p. 103). Nesse viés, conforme expõe o doutrinador Alexandre de Moraes, o Estado assume duas obrigações:

[...] obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios; e efetivação dos órgãos competentes públicos ou privados, através de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um *nível mínimo de vida digna da pessoa humana*. (2007, p. 76, grifo do autor).

Deste modo, infere-se que em nenhum outro momento na história houve tamanha proteção do direito à vida como atualmente. Contudo, tal aceção não é absoluta e em virtude das constantes mudanças na sociedade, especialmente pelos novos emblemas trazidos por avanços científicos como as pesquisas com células tronco e a obstinação terapêutica, acaloram-se as discussões sobre os critérios de ponderação a serem seguidos quando este direito se contrapõe a outro de mesma classe.

Relevantes são as discussões sobre os marcos de início e fim da vida humana, que começaram, principalmente, em virtude dos problemas que as novas tecnologias e manipulações incitam nos campos jurídico e ético, devendo, para esse fim, ser consideradas importantes premissas advindas das áreas biológicas e médicas.

O legislador constituinte não estabeleceu os momentos de início da proteção jurídica à vida, no entanto, na legislação ordinária, o Código Civil Brasileiro de 2002 prevê em seu artigo 2º a proteção jurídica dos direitos do nascituro desde a concepção⁴, reconhecendo a existência de personalidade jurídica a partir do nascimento com vida.

Entretanto, a concepção legislativa de que a personalidade jurídica só existe a partir do nascimento com vida é alvo de diversas críticas:

Se foi feliz o legislador ao substituir a palavra homem por pessoa, foi, não obstante isso, extremamente infeliz ao manter, de resto, a proposição de que a personalidade da pessoa começa do seu nascimento com vida, mantendo-se íntegro e fiel ao Código oitocentista ab-rogado, insensível a evolução dos tempos e à interpretação da própria Constituição brasileira, que, conforme se debateu, alicerça o Estado Democrático de Direito brasileiro no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, entende-se que a disposição contida no art. 2º do Código Civil, no que tange a dependência do reconhecimento da personalidade humana à condição resolutive do seu “nascimento com vida”, é manifestamente inconstitucional. (VASCONCELOS, 2006, p. 119).

Discussões sobre o marco de início da vida são bastante difundidas entre a doutrina, no entanto, ainda não fora estabelecido um consenso quanto ao ponto. Deste modo, serão abordadas as principais teorias sobre o início do ciclo vital humano, as quais estão divididas no contexto de duas grandes teorias: a concepcionista e a genético-desenvolvimentista.

⁴ Artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Em síntese, para a teoria concepcionista a fecundação é o marco de início da vida, pois é a partir desse momento que “começa a existência de um novo ser, com sistema único e completamente diferente daqueles que lhe deram origem.” Dessa teoria advém outras duas, que buscam exaurir o momento em que ocorrem os eventos de fertilização e concepção, diferenciando-os, a fim de proporcionar maior precisão temporal, sendo elas a teoria da singamia e a teoria da cariogamia. Para a primeira é a partir da “penetração do espermatozoide no óvulo (fertilização), ou seja, a fusão dos gametas femininos e masculinos que começa o processo irreversível de formação de um novo ser humano”. Já para a segunda “somente se reconhece o princípio da vida humana após a fusão pronuclear, pois somente após este *momentum* ocorrerá o intercâmbio entre as informações contidas em cada uma das parcialidades caracteristicamente (pronúcleos) para a formação de um todo novo”. (VASCONCELOS, 2006, p. 37-39).

Já as teorias genético-desenvolvimentistas, em termos gerais, condicionam o início da vida humana segundo as fases embrionárias que cada um considera mais ou menos importante para o desenvolvimento do feto. Dentre as teorias genético-desenvolvimentistas destacam-se, a do pré-embrião, da nidação do ovo, da personalidade condicional e a natalista. Na primeira, teoria do pré-embrião, defende-se que “o conceito humano, ainda que seja a expressão da natureza humana, não é um indivíduo humano em ato, mas tão somente uma célula progenitora humana dotada de capacidade para originar um ou mais indivíduos”. Para a teoria da nidação, a vida somente inicia com a nidação, momento da fixação no útero materno do ovo, o que ocorre em torno do sexto dia após a concepção. Na teoria natalista o início da vida e a personalidade jurídica estão condicionados ao nascimento com vida, sendo que, para a teoria da personalidade condicional, a personalidade jurídica do homem “inicia com a concepção, sob a condição do nascimento com vida.” (VASCONCELOS, 2006, p. 41-47).

Para Alexandre de Moraes, o dever de estabelecer o início da vida incumbe ao biólogo e, nesse contexto, o início da vida não ocorreria com a fecundação do óvulo e sim com a nidação, momento em que realmente se inicia a gravidez com chances de vida viáveis. (2001, p. 62).

Diverge, no entanto, a autora Cristiane Beuren Vasconcelos, adepta da Teoria Concepcionista, segundo qual a vida inicia-se com a fecundação, momento no qual são determinadas todas as características genéticas do ser humano adulto e até mesmo eventuais patologias de manifestação futura. (2006, p. 37).

Em relação à morte, o conceito mais simples e tradicional era tido como a paralisação total e permanente das funções vitais. Esse juízo manteve-se pacífico até o início das discussões sobre a doação de órgão e tecidos trazidos pela Lei 9.434/97⁵, momento no qual careceu de maiores estudos a fim de determinar precisamente a partir de quando alguém pode ser considerado morto. A Tanatologia Médico-Legal é uma área da medicina que se destina ao estudo da morte e suas repercussões na esfera jurídico-social e dela advém diversos conceitos de morte, dentre as quais a morte encefálica e a morte circulatória, elementares no atual preceito de morte. (FRANÇA, 2005, p. 380).

A morte circulatória (ou cardiorrespiratória) é tida como a parada definitiva das atividades do coração e, por consequência, do sistema respiratório. (VANRELL, 2009, p. 111). Já a morte encefálica, adotada como parâmetro para a caracterização da morte segundo os critérios estabelecidos na Resolução 1480/97 do Conselho Federal de Medicina, estabelece-se na verificação dos seguintes sinais clínicos: “coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra espinal e apneia.” Ainda, deverão ser realizados exames complementares para essa confirmação da “ausência da atividade elétrica cerebral ou pela ausência da atividade metabólica cerebral ou pela ausência de perfusão sanguínea cerebral.” (FRANÇA, 2005, p. 383).

Segundo Genival Veloso de França

Não se pode atualmente aplaudir a ideia de que o corpo só pode estar em dois estados — de vida ou de morte —, pois é sabido que a morte se produz por etapas sucessivas, em determinado espaço de tempo, individualizado e dependente de sua causa, e, por isso, não é ela simplesmente um momento ou um instante, como defendem os espiritualistas, mas um verdadeiro processo. [...] Assim, passados os instantes de dúvidas e expectativa, cobra-se uma maior reflexão sobre um novo conceito de morte, quando as cirurgias de transplantes tornam-se uma realidade técnica e quando as condições atuais permitem prolongar por muito tempo uma vida através de meios artificiais. Por outro lado, não é justo que se tenham dois conceitos de morte: um, de caráter utilitarista e pragmático, para satisfazer os interesses da transplantação; outro, de caráter protocolar, para proveitos de ordem estatística e sanitária. É necessário, pois, que se tenha, para qualquer interesse, um só conceito de morte, de tal forma que tudo seja colocado em seu justo limite: no benefício da sociedade e no respeito incondicional da dignidade humana. (2005, p. 380).

⁵ Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997: “Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.”

Logo, verifica-se que nem a ciência e nem o direito conseguiram estabelecer um acordo entre o marco de início da vida humana, sendo tema bastante controvertido entre a doutrina. Quanto ao fim da vida, no entanto, há um entendimento mais sedimentado em razão dos avanços nas pesquisas científicas, tendo sido estabelecido um termo, o que confere maior segurança ao operador de direito quando da análise dos casos concretos.

2.2 A principiologia como alicerce para a interpretação jurídica

O Direito gira em torno da pessoa humana e as suas relações sociais, sendo este o ponto de partida para o legislador na formulação e aprovação das normas. Porém, por muitas vezes a realidade antecede ao Direito, exigindo a solução de casos não contemplados pela legislação positiva. A partir desse contexto, verificou-se a insuficiência do tradicional sistema positivista e surgiu a necessidade da legitimação dos princípios como fontes de Direito, garantindo maior efetividade ao Poder Judiciário.

No positivismo jurídico imperava o dogma de que o ordenamento jurídico era completo, sendo parte da concepção estatal sobre o direito. Somente o Estado era legitimado a produzir normas, concebidas como “uma obra de autoria exclusiva”. Nesse contexto, sempre haveria “uma regra pontual para cada caso, e o juiz decidiria com base no prontuário que lhe serviria infalivelmente e do qual não poderia afastar-se”, tendo como base o culto supremo ao princípio da legalidade e a fim de concretizar o valor supremo da segurança jurídica. No entanto, a suficiência das normas passou a ser questionada em virtude da evidente divergência entre o direito positivado e a realidade social. (ROSENVALD, 2005, p. 43).

Norberto Bobbio já advertia que

[...] o Direito é um fenômeno social, um produto da sociedade (nas suas múltiplas formas), e não somente do Estado, o juiz e o jurista tinham que tirar as regras jurídicas, adaptadas às novas necessidades, do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre as diferentes forças sociais, e dos interesses que estas representavam, e não das regras mortas e cristalizadas dos códigos. (1995, p. 125).

No direito contemporâneo, a compreensão e aplicação da principiologia induz a um necessário abandono da clássica teoria positivista, segundo a qual “o Direito se reduz a um mundo fechado de regras” e que “tudo o que não está contido nas regras não existe no Direito”, sendo impositiva a sua reestruturação. Pela teoria clássica “caberia ao Poder Legislativo a tarefa de justificar e criar o direito, restando ao juiz tão-somente a tarefa de aplicá-lo”, no entanto, tal teoria mostra-se insuficiente no caso do julgador encontrar-se frente a uma situação jurídica não prevista pelas normas, o que poderia ensejar até mesmo a extinção da ação sem análise do mérito em face da impossibilidade jurídica do pedido. (PEREIRA, 2005, p. 15-16).

Nesse sentido, para Paulo Marcio Cruz

Um ordenamento jurídico, mesmo nos moldes mais herméticos, não pode mais ser um simples amontoado de regras esparsas, produto da vontade de quem está no poder naquele determinado momento. Quando é assim, o Estado Democrático de Direito não está presente e não se pode dizer que há um pressuposto de civilização contemporânea a orientar a produção das normas jurídicas. O Direito, para ter conhecido seu significado como ordenamento baseado em garantias e previsibilidade, no atual ambiente globalizado, necessita de elementos de coerência e consistência. (2007, p. 10).

Segundo Nicola Abbagnano, princípio é o “ponto de partida e fundamento de um processo qualquer.” (2007, p. 792). A palavra princípio advém do latim “*principium*” que significa início, começo, ponto de partida. Filosoficamente, o termo “princípio” foi tema de reflexão da mais antiga corrente filosófica conhecida, os pré-socráticos, que questionavam o princípio (origem) de todo o existente. Platão utilizou esse termo para “designar tanto a causa de um fato, como a premissa de um raciocínio”, mas foi Aristóteles que “levou avante a indagação filosófica, introduzindo distinções bem precisas, quanto ao significado e ao uso do conceito.” (MARQUES, 2009, p. 32-33).

Esta nova maneira de ver o Direito adveio principalmente da Constituição Federal de 1988, “verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais”. Os princípios constitucionais que, inicialmente, objetivavam apenas a orientação do sistema jurídico infraconstitucional tornaram-se imprescindíveis na busca do ideal de justiça, “adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.” (DIAS, 2013, p. 60-61).

Segundo Nelson Rosenvald

A grande força dos princípios provém de sua capacidade de investigar as fontes primárias da criação dos modelos jurídicos. Por meio de normas principiológicas, o aplicador do direito alcança as concretas situações da vida e reflete em suas decisões a consciência jurídica vigente em determinada cultura. A resposta do legislador vem sempre a reboque, como forma de generalização das soluções que topicamente a sociedade já alcançou por intermédio de seu mandatário, o magistrado. (2005, p. 43).

Existe a necessidade de ajuste da decisão judicial a “uma nova concepção adequada à revalorização da constituição como norteadora do ordenamento jurídico, deixando de ser apenas uma norma meramente programática, mas representando, inclusive, o viés interpretativo da legislação infraconstitucional.” (MILHAVACA, 2013, p. 85).

Atualmente, princípio é visto como uma “fonte primária de aplicação do direito, ao lado da lei, devendo ser considerado norma jurídica, de vinculação obrigatória, no mesmo plano das regras jurídicas (normas-disposições ou normas-preceitos).” No cenário jurídico brasileiro, os princípios gerais do direito são mencionados no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB⁶, segundo a qual em caso de omissão legislativa o juiz deverá valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito para a análise do caso concreto, eis que é vedado ao magistrado deixar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei⁷. (MARQUES, 2009, p. 34-36).

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, os princípios “constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico”, conferindo coerência e unidade ao sistema jurídico e obstando a martirização de sua harmonia. Não são mais condicionados a uma dimensão puramente ética ou valorativa possuindo concreta e “induidosa força normativa”. (2013, p. 78).

No ordenamento jurídico, os princípios podem ser apresentados de forma implícita ou expressa (taxativa), sendo que os implícitos derivam da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas como, por exemplo, o princípio da afetividade. (LÔBO, 2009, p. 36).

⁶ Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁷ Artigo 126 do Código Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

As normas são classificadas em duas espécies: regras e princípios. Princípios constituem um “suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade”. Já regra indica “suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência, confirmando-a o intérprete pelo meio tradicional de subsunção”. (LÔBO, 2009, p. 34-35).

Robert Alexy ressaltou a importância da diferenciação dos conceitos de regras e princípios, através do abandono do defasado critério da generalidade, segundo o qual “os princípios são considerados normas de um grau de generalidade relativamente alto e as regras são normas de relatividade baixa” e a adoção do critério mais qualitativo. (1997, p. 86).

Lenio Streck discorre sobre o equivocado pensamento de que “os princípios constitucionais representam a positivação dos valores”, referindo que

[...] a diferença entre regra e princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – *o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro* [...]. A regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser explicado sem o atravessamento de uma regra. A regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra. (2011, p. 145)

Ainda, convém ressaltar que em razão da inclusão nas constituições dos Estados democráticos de vários direitos fundamentais e, influenciado pela atual sociedade multicultural em que se vive na qual coexistem interesses diferentes, tornou-se inevitável o choque entre interesses e valores, representados juridicamente pelos princípios, frente aos casos concretos. (PEREIRA, 2005, p. 33).

Robert Alexy propôs como solução à colisão de princípios a aplicação dos mesmos de forma a “impor-lhes o menor grau de sacrifício possível.” Deve-se “ponderar os princípios em jogo, atribuindo-lhes pesos, de modo a encontrar o conteúdo e o grau de aplicabilidade de cada princípio no caso concreto.” (1997 p. 51-52).

No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira explana que:

[...] a melhor saída em um caso de colisão de princípios, de direitos ou de deveres fundamentais, é recorrer à ponderação dos bens jurídicos em jogo. Não se proclama, é certo, a hierarquia absoluta entre os princípios. Entretanto não podemos deixar de observar a ascensão da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica, ou, em outras palavras, a prevalência do sujeito, em detrimento ao objeto nas relações jurídicas. (2005, p. 35).

Os princípios não possuem consigo juízos definitivos de dever-ser, restringindo-se a estabelecer os fins normativamente relevantes cuja concretização dependerá da abstração do magistrado. Em caso de conflito entre os mesmos, deve haver uma harmonização através da avaliação de seus pesos e diretrizes valorativas, a fim de afastar um deles do caso concreto. O fato de um deles ser afastado não significa que é hierarquicamente inferior ao outro, eis que em situação diversa deve haver novo juízo de valor, abrindo margem para a possibilidade de prevalência deste princípio em face do outro, invertendo-se os pontos. (ROSENVALD, 2005, p. 48).

Conclui-se que é imperioso abandonar a clássica teoria positivista da interpretação judicial, eis que a mesma mostra-se insuficiente frente a diversidade cultural do presente. Como forma de solução desse paradigma, revela-se a principiologia. Os princípios são basilares no ordenamento jurídico vigente, elementares na interpretação e aplicação das normas de direito. É por meio deles que se suprem as lacunas legislativas e garante-se uma maior efetividade na proteção dos direitos fundamentais justificando o escopo do Estado Democrático de Direito.

2.3 A proteção constitucional à dignidade humana e a autonomia da vontade

A Constituição Federal de 1988 trouxe um novo aspecto ao ordenamento jurídico brasileiro. A proteção aos direitos humanos foi erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito no patamar de clausula pétrea. Nesse viés, se faz necessário o estudo do direito à dignidade da pessoa humana e à autonomia da vontade, a fim de verificar no que consistem tais garantias e se as mesmas são capazes de amparar o direito à morte digna.

2.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui um dos principais direitos fundamentais, eis que a partir dela decorrem vários outros, inerentes ao homem. Toda e qualquer análise dos direitos dos indivíduos deve pautar-se sob sua compreensão, eis que é fundamento e fonte legitimadora do ordenamento jurídico brasileiro.

As primeiras expressões acerca da defesa da dignidade da pessoa humana por meio de leis destinadas a proteger os indivíduos estavam contidas nos Códigos de Hammurabi e Manu e nas Leis das XII Tábuas. A partir de então, após larga evolução, passou ser tutelada pelas ordenações jurídicas mais modernas, tendo início na Inglaterra através do esboço de uma constituição moderna, influenciado por movimentos como o Renascimento. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 41).

Em virtude das atrocidades ocorridas no século XX, como a ocorrência de duas guerras mundiais, o nazismo, o fascismo e os avanços das biotecnologias, verificou-se a necessidade de uma maior proteção aos seres humanos, a fim de evitar que estes eventos catastróficos se repetissem. Para tanto, o valor da dignidade da pessoa humana passou a estar disposto nas constituições de vários países. (MÖLLER, 2012, p. 79-81).

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, expresso no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal⁸, estando abarcada também na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹, do qual o país é signatário. (MORAES, 2007, p. 46-47).

Sobre a inclusão da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, Maria Berenice Dias ressalta que:

Na medida em que a ordem jurídica constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a *despatrimonialização* e a *personalização* dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana como centro protetor do direito. (2013, p. 65-66, grifo do autor).

⁸ Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos “reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (MORAES, 2007, p. 47).

A expressão “dignidade da pessoa humana” é uma criação da tradição kantiana do início do século XIX. Para Immanuel Kant o homem é decididamente um ser superior na ordem da natureza e das coisas, pois possui um valor intrínseco, a dignidade, que o torna acima de qualquer especulação material e acima da condição de coisa. Para ele, a dignidade humana decorre da natureza humana e não de variáveis externas. (1986, p. 140). A dignidade não é concedida à pessoa, pois está diretamente relacionada a sua essência e dela não pode ser separada. (ROSENVALD, 2005, p. 09).

Immanuel Kant buscou identificar sobre o que recaem os valores da dignidade, referindo que “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.” (1986, p. 140).

Para Alexandre de Moraes “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”. Esse princípio pode ser visto em uma dupla acepção: como um direito protetivo individual e como um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (2007, p. 47-48).

A essência desse princípio é “difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão”. Pode ser qualificado como macroprincípio, eis que dele decorre “uma coleção de princípios éticos”, tais como liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade. (DIAS, 2013, p. 65).

Dessa forma, a dignidade

[...] deve ser compreendida como algo que não pode se 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 personalidade. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 56).

Não se deve levar o termo igualdade em sua acepção biológica, eis que as pessoas diferem tanto fisicamente quanto em relação a personalidades, habilidades e aptidões. Deve-se ter como base a ideia de que “os homens são universalmente dignos”, colocando de lado as características particulares dos indivíduos. (RABENHORST, 2001, p. 40).

Ao mesmo tempo, o reconhecimento da igualdade entre os seres humanos não pode admitir gradação ou hierarquia, pois, no momento que se admite “a existência de uma comunidade moral à qual todos os homens pertenceriam, tal comunidade não pode ser vista como um clube cujos sócios podem aderir ou ser expulsos a qualquer momento em função de suas qualidades”, devendo no máximo haver uma punição, respeitando suas dignidades. (RABENHORST, 2001, p. 40-41).

Ronald Dworkin define o direito à dignidade como direito das pessoas de “não serem vítimas da indignidade, de não serem tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito.” A visão do que se trata de uma indignidade varia conforme o lugar e época em que se manifestam, diferenciando-se em cada sociedade. (2003, p. 333-334).

Do princípio da dignidade da pessoa humana surge a ideia de existência de outros direitos fundamentais implícitos que guardem conexão com a dignidade e que possuam âmbito normativo autônomo, também amparados constitucionalmente. Nesse viés, ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] há possibilidade de se extrair “novos” direitos fundamentais da Constituição e, no que nos diz mais perto, da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, seguimos céticos em relação à própria definição do que efetivamente é um direito “novo”, ainda mais quando se constata – e os exemplos trazidos bem o demonstram – que o que está em causa é a tutela da mesma dignidade da pessoa ou, como se verifica em outras hipóteses, de direitos fundamentais já amplamente consagrados, pois o que efetivamente constitui uma novidade é o contexto no qual os direitos são exercidos, assim como as novas (diferentes) são muitas vezes as formas de violação dos direitos, a exigirem igualmente resposta por parte do Estado e da sociedade. (2008, p. 203-204).

À vista disso, resta evidenciado que a dignidade humana não possui conceito universal definido, sua abrangência deve ser redimensionada em cada sociedade e momento, de acordo com as peculiaridades existentes. Ao mesmo tempo, está diretamente ligada com a ideia de valorização da vida humana, devendo ser observada tanto no âmbito legislativo e judiciário quanto no administrativo, sob pena de afronta aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

2.3.2 O princípio da autonomia privada

A autonomia privada é um princípio implicitamente previsto pela legislação constitucional, que confere poder ao indivíduo para que, em determinadas situações jurídicas, possa dispor de acordo com os seus interesses, tanto na esfera patrimonial quanto na existencial.

“O termo autonomia deriva do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, governo ou lei)” e compreende diversos sentidos dentre os quais autodeterminação, liberdade e independência. (MÖLLER, 2012, p. 82). O princípio da autonomia de vontade surgiu a partir da ideia de Estado Liberalista, no qual deveria haver uma mínima intervenção do ente público na esfera individual, onde “partia-se do pressuposto de que todos eram autônomos e tinham condições de se auto-regularem.” (DADALTO, 2013a, p. 22).

Nessa perspectiva, Ana Luisa Maia Nevares leciona que

[...] o conceito de autonomia privada tornou-se fundamento do Direito Privado, sendo consagrado nas grandes codificações do século XIX, marcadas pelos ideais liberais, baseados na política do *laissez faire, laissez passer*, consagrando uma ingerência mínima do Estado nas relações sociais: sendo os homens livres e iguais, não havia necessidade de o Estado intervir nas suas relações econômicas; o indivíduo era concebido com plena capacidade para regular os seus próprios interesses, sendo atribuído exclusivamente a ele o bom êxito ou o fracasso em sua atuação social e a soma das buscas individuais levaria ao sucesso de todos. (2009, p. 39).

Entretanto, este modelo de sistema jurídico liberal fomentava o aumento das desigualdades sociais e opressões dos economicamente mais fortes em detrimento aos menos favorecidos. Dessa forma, o Estado começou a intervir nas relações econômicas, especialmente os conflitos entre o proletariado e os detentores dos bens de produção, instituindo instrumentos que possibilitariam, ao menos em tese, a igualdade de condições entre eles. (NEVARES, 2009, p. 42).

Como consequência da mudança do Estado liberalista para o intervencionista, a concepção de autonomia privada passou a ser entendida como “um poder concedido pelo Estado aos indivíduos, para regular seus interesses e como tal devendo ser exercido segundo os parâmetros estabelecidos pelo mesmo Estado.” (NEVARES, 2009, p. 42).

Para Luigi Ferri, a autonomia subdivide-se em autonomia de vontade e autonomia privada. A primeira estaria ligada a uma vontade psicológica dos sujeitos, enquanto a segunda seria uma manifestação de vontade expressa do indivíduo, a qual seria fonte de efeitos jurídicos. (2001 *apud* DADALTO, 2013a, p. 22-23). Luciana Dadalto atenta que, diante dessa confrontação, a majoritária doutrina atual substituiu a nomenclatura de autonomia de vontade para autonomia privada, referindo:

[...] a autonomia privada não é o poder do indivíduo de fazer tudo o que lhe der vontade, não se traduz em uma ampla liberdade, muito antes pelo contrário, significa que a autonomia privada garante ao indivíduo o direito ter o seu próprio conceito de “vida boa” e de agir buscando tal objetivo, direito este que encontra barreiras na intersubjetividade, de modo que a autodeterminação do indivíduo deve ser balizada nas relações interpessoais e tal balizamento é feito pelas normas jurídicas. (DADALTO, 2013a, p. 24-29).

Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges a autonomia privada pode ser definida como “o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações.” Através desse poder, habilita-se a fazer escolhas sobre situações específicas da vida, estabelecendo regras que serão reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico. (2005, p. 47-48).

O princípio da autonomia privada deve ser aplicado tanto para situações jurídicas de caráter patrimonial quanto nas de caráter existencial. Situações jurídicas de caráter patrimonial são as “concebidas como aquelas situações obrigacionais, reais e creditícias”. A passagem da autonomia de vontade para autonomia privada causou enorme mudança neste plano, pois se outrora vigorava o individualismo, o *pacta sun servanda* e a propriedade absoluta, hoje prevalecem os princípios da função social da propriedade, da boa-fé e da proteção dos vulneráveis. (DADALTO, 2013a, p. 32-33).

Já as situações jurídicas existenciais são decorrentes dos direitos de personalidade, do Direito de Família e do Direito Sucessório, em alguns aspectos. A incidência da autonomia privada nesse âmbito advém da nítida conexão desse princípio com o da dignidade da pessoa humana, “pois o reconhecimento da autonomia privada do indivíduo importa, por consequência, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana.” (DADALTO, 2013a, p. 33-34).

Nesse sentido, para Diogo Luna Moureira

Consequência imediata do reconhecimento da autonomia privada é o respeito à dignidade 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 outra postura reveladora do exercício de liberdades e não-liberdades, argumentativamente construídas, possibilitarão que a dignidade seja evidenciada. (2009 apud DADALTO, 2013a, p. 34).

Contudo, existem limites a esse poder do indivíduo se autodeterminar, situando-se, nos negócios jurídicos de cunho patrimonial, nas normas legais e na ordem pública e, nos negócios jurídicos de caráter pessoal e não patrimonial, nos limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. “As fronteiras da autonomia privada são postas numa faixa cinzenta cujo objetivo é equilibrar, de um lado, o interesse do indivíduo e, de outro, o interesse dos demais indivíduos.” (BORGES, 2005, p. 55-56).

A autonomia deve ser conciliada com o direito de outras pessoas a uma “idêntica quota de liberdade” e com os demais valores do Estado Democrático de Direito. Se ela fosse absoluta toda a lei que proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional, a própria ideia de ordenamento jurídico se destruiria e todos viveriam em uma anarquia, na qual acabaria prevalecendo o mais forte. (SARMENTO, 2006, p. 231).

Portanto, a autonomia privada é legitimada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do atual Estado Democrático de Direito. Sua importância decorre do reconhecimento de dois elementos indissociáveis do ser humano, a autonomia e a singularidade. No entanto, tal autonomia está situada dentro dos limites impostos pelo Estado, o qual busca equilibrar as liberdades individuais com as necessidades da sociedade.

3A ATIVIDADE MÉDICA NAS SITUAÇÕES DE TERMINALIDADE DA VIDA

Nesse ponto, dar-se-á enfoque à finalidade da atividade médica contraposta aos princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, a fim de avaliar de que forma as decisões clínicas sobre os tratamentos no fim da vida são tomadas e a responsabilidade do profissional de saúde frente aos diferentes tratamentos e posturas adotadas.

3.1 A atividade médica e a responsabilidade decorrente

A atividade médica exige uma grande carga de responsabilidade por parte do médico, pois é nele que o paciente deposita a sua confiança e esperança no sentido de reestabelecer a saúde através dos tratamentos indicados. Do mesmo modo, essa relação pode se desenvolver em situações onde o estado emocional do paciente está bastante fragilizado em virtude, por exemplo, do diagnóstico de algum problema de saúde grave ou sem previsão de cura, o que exige do médico uma grande maturidade emocional para lidar com a situação.

Na antiguidade, “a função do médico esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios dos deuses a saúde e a morte.” Foi através de Hipócrates, filósofo e médico grego, conhecido também como o “pai da Medicina”, que teve início o afastamento da figura do médico do sacerdotalismo para a adoção de um método mais científico. Posteriormente, nos meados dos séculos XIX e XX, criou-se a figura do “médico da família”, caracterizado por uma relação de confiança total do cliente, sendo considerado pela sociedade um profissional onisciente. (BERGESTEIN, 2013, p. 22-23).

Nesse contexto, Anderson Röhe menciona:

Dentre as relações interpessoais, aquela que envolve médicos e pacientes é das mais estreitas. Aproxima-se da relação com Deus, em que o crédulo deposita todas as energias de sua existência na crença de que um dia será salvo de todas as agruras que o fizeram sofrer durante a vida. Há uma entrega total. (2004, p. 93).

Segundo Ana María de Brigard Pérez, como consequência dessa relação íntima entre médico e paciente, o profissional “desenvolvia seu trabalho convencido do caráter de serviço de sua profissão e sem considerar, na imensa maioria dos casos, um acordo contratual que o vinculasse juridicamente ao doente.” Além disso, nessa época a ciência médica era pouco desenvolvida e pairavam muitas dúvidas, o que permitia atribuir facilmente as desgraças ao destino e até mesmo ao desígnio divino. Nesse sentido, a autora alude que:

A férrea formação de serviço, a dedicação altruísta e a comunicação permanente com o doente e com sua família permitia a um número importante de médicos exercer sua atividade com grande autonomia e liberdade, alheios aos temores judiciais nascentes que assediavam aos demais profissionais e as novidades legais introduzidas em seu exercício. (2006, p. 116).

Atualmente, houve um distanciamento do médico com seu paciente em virtude da massificação das relações sociais, sendo que esta relação passou a ser caracterizada como de um prestador de serviço (médico) e cliente (paciente). (BERGESTEIN, 2013, p. 24).

O fim da relação médico-paciente foi uma das transformações mais significativas no exercício da medicina, quando se abandonou a relação estreita e personalíssima com o paciente e sua família por um novo modelo, aonde o profissional se vê diante da necessidade de atendimento em massa de pacientes, em tempo restrito e com um contato mínimo, acabando por deteriorar o vínculo que distinguia este tipo especial de relação profissional. Surgem, então, o temor e a desconfiança crescentes entre as partes. O paciente suspeita do profissional, vendo as ordens de exames e de interconsultas mais como imposições empresariais do que como necessidades, e o médico começa a perceber o paciente como um potencial inimigo, que estuda as suas decisões para após questioná-lo diante das autoridades judiciais. (PÉREZ, 2006, p. 117).

Do mesmo modo, o poder de decisão sobre quais tratamentos serão utilizados passou de ser exclusividade do médico para se tornar uma decisão “*compartilhada* com o paciente, que, de modo autodeterminado, poderá optar, dentre uma gama de possibilidades, qual tratamento melhor se adapta às suas expectativas de cura.” (BERGESTEIN, 2013, p. 24, grifo do autor).

Uma das causas da modificação dessa realidade foi o maior acesso à educação e informação pela população, que passou a exigir dos médicos transformações significativas na prática profissional. Ainda, as atrocidades cometidas pelos nazistas em matéria de pesquisas em seres humanos na Segunda Guerra Mundial e os experimentos em soldados americanos na Guerra do Vietnã “alertaram a humanidade sobre a potencialidade de dano que poderia se derivar de uma intervenção médica que desconhecesse os princípios éticos básicos da profissão.” (PÉREZ, 2006, p. 120).

A partir dessa nova perspectiva, houve a necessidade do abandono do chamado paternalismo, entendido como:

[...] a conduta médica de estipular os rumos de tratamento, de tomar decisões e de estabelecer o que é “bem” para o paciente, sem atentar para os desejos deste e sem reconhece-lo como ser autônomo, capaz de recusar tratamentos, rejeitar o prolongamento de sua vida terminal (por exemplo), enfim, de determinar ou ao menos participar de forma ativa do processo decisório acerca da terapia. (MOLLER, 2012, p 48).

Passou-se, então, a uma nova fase de legitimação da autonomia do paciente, “entendida como a plena capacidade de se autodeterminar que se reconhece a uma pessoa adulta e competente, em cujo caso o exercício médico só se entende derivado da autorização expressa que a cada passo lhe entrega o titular do direito, o paciente.” (PÉREZ, 2006, p. 121).

Nesse plano surge o chamado consentimento informado¹, que tem como finalidade a proteção da autonomia do paciente, firmando-se como uma prática das instituições hospitalares e dos profissionais de saúde. Leticia Ludwig Moller conceitua o consentimento informado como “*a decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos*”. (2012, p. 56, grifo do autor).

¹ A doutrina contemporânea tem levado a substituição do termo “consentimento informado” pela expressão “consentimento livre e esclarecido”, afirmando que “[...] o ato de consentir tem que ser qualificado, ou seja, livre de qualquer ingerência externa capaz de viciar a decisão do paciente. [...] Os defensores desse consentimento qualificado entendem que sua validade não se atém à liberdade de escolha frente a informação e exigem que essa informação seja um esclarecimento pleno sobre todas as implicações inerentes ao tratamento”. (MATOS, 2007).

Nesse processo “os médicos explicam sua opinião a respeito da natureza do problema do cliente, recomendam um tratamento, dão as razões para a recomendação, propõem ações de tratamentos alternativos e explicam os benefícios e os riscos de todas opções”, cabendo ao paciente avaliar as informações e tomar a decisão. (JONSEN; SIEGLER; WINSLADE, 2012, p. 47). Luciana Dadalto ressalta que

[...] o consentimento informado pode ser justificado como uma maneira de minimizar os danos sofridos pelos sujeitos da pesquisa ou ainda como instrumento de proteção da escolha autônoma do sujeito e é sob essa segunda perspectiva que o presente trabalho se baseia, vez que é esta a justificação que melhor se coaduna com o consentimento informado na relação jurídica entre médico e paciente. (2013a, p. 62).

A obtenção do consentimento informado não deve se limitar ao colhimento de assinaturas em um documento, devendo ser resultado de um processo entre o médico e o paciente, que deve ocorrer em três etapas:

[...] na primeira, seriam verificados os elementos iniciais ou as “pré-condições” do paciente para o consentimento (a capacidade para entender e decidir e a voluntariedade ao decidir); na segunda, seriam observados os “elementos de informação”, que seriam a revelação da informação (e a explicação sobre os riscos e benefícios), a recomendação de um plano e o entendimento acerca dos riscos, benefícios e alternativas; e na terceira etapa, os “elementos do consentimento” – a decisão em favor de uma opção ou plano, dentre no mínimo duas propostas, e a autorização para a realização do plano escolhido. (MOLLER, 2012, p. 57).

O direito do paciente ao consentimento informado é amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 5º, XIV, da Constituição Federal² que embora se refira a qualquer tipo de informação também interessa à informação médica, especificamente, o dever de informação do médico com o paciente. Ainda, segundo interpretação do artigo 14, §4º da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, o mesmo incide sobre as relações entre médico e paciente por se tratar de vínculo consumerista, havendo direito à informação do paciente de acordo com o artigo 6º, III³, deste diploma legal. (DADALTO, 2013a, p. 62-63).

² Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

³ Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor: “São direitos básicos do consumidor [...] III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com a especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

O Código de Ética Médica⁴ também inclui como dever do médico a correta prestação de informações, dispondo em seu artigo 59 que é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao responsável legal.”

Foi a partir da ideia de consentimento informado que se passou a questionar quais seriam os limites de validade das imposições da vontade do paciente frente a atividade médica, gerando vários dos conflitos bioéticos contemporâneos, tais como a eficácia da negativa de transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová, as diretivas antecipadas de vontade e a eutanásia.

Como consequência ao surgimento dessas situações conflitantes e, buscando eximir-se de futuras responsabilizações, os profissionais e entidades médicas passaram a questionar a eficácia das decisões dos pacientes judicialmente, o que acarretou na formação de várias correntes doutrinárias a respeito da responsabilidade civil do profissional da saúde frente às manifestações de vontade dos pacientes.

Do ponto de vista jurídico, a atividade médica constitui um relacionamento jurídico “pelo qual o profissional da medicina se obriga à prestação de um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo, assim, uma típica obrigação de meios⁵.” (MELO, 2013, p. 67).

Nesse sentido, Nehemias Melo refere que

[...] nesse tipo de contrato o objetivo a ser alcançado, isto é, a cura, não depende somente do profissional médico, mas também do paciente com a sua colaboração direta ou indireta. Quer dizer, não basta o médico ser competente e dedicado, pois o sucesso da empreitada dependerá em muito do próprio organismo do paciente, das informações por ele prestada [sic], da correta aceitação do que foi prescrito etc. Assim, o adimplemento do contrato não é a cura, mas a dedicação, zelo e esforço do profissional. Provando que assim agiu, isto é, que aplicou toda sua técnica e conhecimento para que o paciente atingisse a cura, o médico terá cumprido sua parte no contrato e não se poderá falar em inadimplemento se o paciente não se curou, pois a obrigação terá sido de meio e não de resultado. (2013, p. 68).

⁴ Resolução 1246/88 aprovada pelo Conselho Federal de Medicina.

⁵ “Na obrigação de meio, a assunção de obrigações limita-se ao desempenho ou emprego de determinados meios, ou de conhecimentos específicos, de práticas recomendadas, de diligência total, de um procedimento qualificado e técnico. Almeja-se alcançar um resultado, o qual, porém, não é garantido. Promete-se, no entanto, fazer o melhor para conseguir o intento pretendido.” (RIZZARDO, 2011, p. 319).

Em decorrência da conceituação da atividade médica como uma obrigação de meio, afastou-se do profissional o dever de manutenção da vida do paciente a todo o custo, abrindo-se margem, por exemplo, para a ponderação sobre a futilidade do emprego ou manutenção de certos tratamentos nos casos dos pacientes terminais.

Segundo Nehemias Melo, a caracterização da atividade médica como atividade de meio é de grande importância para fins de responsabilização do profissional, pois não sendo alcançado o objetivo do contrato (melhora do paciente), “o lesado somente logrará obter indenização se provar, e esse é seu ônus, que os resultados somente não foram atingidos porque o profissional não agiu com a diligência e os cuidados exigidos para a realização”, ou seja, possui responsabilidade subjetiva⁶. (2013, p. 69).

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo aduz que

O contrato entre o médico e o paciente possui, dentre outros, dois ingredientes especiais: o médico aceita a incumbência de tratar o paciente, e assume a responsabilidade pelo tratamento que administra, exigindo-se dele a aplicação e o conhecimento adequado das técnicas usuais disponíveis. De realce dois elementos necessários para inferir a responsabilidade: a aferição dos sintomas para chegar ao exato diagnóstico, e a adoção da terapêutica recomendada pela ciência médica. (2011, p. 321).

A única exceção quanto à responsabilidade decorrente da atividade médica é a cirurgia plástica estética ou embelezadora, na qual a doutrina majoritária consente que se trate de obrigação de resultado. Já na cirurgia plástica reparadora, a obrigação do médico ainda é de meio, eis que ele vai utilizar de todo o conhecimento e técnicas disponíveis para eliminar ou corrigir o defeito. A explicação para essa diferença “se assenta no fato de que na cirurgia plástica de embelezamento, o paciente é saudável e pretende com a intervenção melhorar a sua aparência; já na cirurgia reparadora, o que o paciente busca é a correção de lesões congênitas ou mesmo adquiridas.” (MELO, 2013, p. 73).

Verifica-se, portanto, que no campo jurídico, a atividade médica constitui obrigação de meio, salvo a exceção das cirurgias plásticas embelezadoras, e como tal tem responsabilidade subjetiva, ou seja, deve haver a comprovação da culpa do agente, consistente em imprudência, negligência ou imperícia.

⁶ “Pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposos possível de ser evitado. Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prever, tendo agido com a necessária cautela.” (RIZZARDO, 2011, p. 25).

Destarte, o ofício médico é de fundamental importância por estar a serviço da saúde do ser humano e, com tal é venerada como uma das profissões mais notáveis e meritórias pela sociedade. A atividade passou por mudanças significativas no tempo em virtude dos avanços da medicina e da massificação das relações sociais. Isso transformou o padrão de relacionamento entre médico e paciente, sobretudo no tocante a tomada de decisões quanto a tratamentos médicos, que passou a ser de titularidade do paciente e sua família, resultado da inserção do consentimento informado como obrigação do profissional de medicina.

3.2 Os princípios bioéticos norteadores da atividade médica

A revolução tecnológica e científica tem proporcionado a multiplicação das discussões relativas à bioética, mormente a comercialização cada vez mais crescente da medicina. Nesse contexto, questões como os tratamentos com uso de células tronco embrionárias, aborto, reprodução assistida e eutanásia evidenciam a complexidade das discussões.

Segundo Cristiane Beuren Vasconcelos, o termo bioética⁷ se refere à “ética aplicada à genética”, e teve como origem as discussões levantadas a partir dos avanços na esfera do conhecimento biológico tecnológico, onde as pesquisas científicas passaram a fazer parte das forças produtivas da sociedade. Segundo a autora

O problema, efetivamente, surge quando o poder econômico atua de forma incidente e indiscriminada sobre todos os projetos. Aqui se convive, de fato, com a coisificação do homem e a banalização da espécie, pois o dinheiro não conhece escrúpulos ou limites na consecução de seu fim, vale dizer, não conhece a “dignidade”. (2006, p. 142-143)

Apesar de terem permanecido temporariamente escondidas, a realidade das falhas nas pesquisas acabou sendo desvelada. Com elas o campo da biotecnologia passou a perder paulatinamente a credibilidade, impondo-se a reflexão sobre “ponderações e restrições ao seu avanço ilimitado, oriundo de várias ordens: éticas, morais, religiosas, médicas, sociológicas, antropológicas e jurídicas”. (VASCONCELOS, 2006, p. 143).

⁷ Bioética é definida como “o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas – das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar”. (NAMBA, 2009, p. 09).

Foi a partir dessa realidade⁸ que, em 1974, o governo norte-americano constituiu a Comissão Nacional para a proteção dos seres humanos da pesquisa bioética e comportamental⁹, que tinha como objetivo “*levar a cabo uma pesquisa e estudo completo que identificassem os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina*”. Após quatro anos, a comissão publicou o que passou a ser conhecido como Relatório de Belmont, que propôs um método baseado na aceitação de três princípios éticos fundamentais, quais sejam os princípios do “respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça”, que deveriam embasar a formulação e interpretação de algumas regras específicas. O Relatório de Belmont tornou-se a declaração principialista clássica, ligado não somente para as pesquisas com seres humanos mas para a bioética em geral. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 60-61, grifo dos autores).

A obra *Principles of Biomedical Ethics*, lançada em 1979 e escrita por Tom L. Beauchamp e James F. Childres, tornou-se a principal fundamentação teórica do novo campo da bioética. Nela, através de um enfoque claramente principialista, os autores “aplicaram à área clínico-assistencial o ‘sistema de princípios’, buscando alterar os velhos enfoques dos códigos e juramentos”. Os três princípios éticos apontados pelo Relatório de Belmont foram retrabalhados e se transformaram em quatro, com a distinção do princípio da beneficência e não maleficência. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 63-64).

Os princípios clássicos da Bioética foram criados com base em diferentes referenciais éticos e matrizes de pensamento, o que os caracteriza como uma proposta eclética. Por possuírem bases tão distintas, muitas vezes, a aplicação isolada de um dos princípios sem a devida contraposição e ponderação com as especificidades da sociedade que presencia a situação, abre margem para a legitimação de inúmeras injustiças e distorções, fazendo com que a solução para tais conflitos se torne difícil, ante a ausência de referencial comum. (HOGEMANN, 2013, p. 95-96).

⁸ “Em particular, três casos notáveis mobilizaram a opinião pública e exigiram regulamentação ética: 1) em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em idosos doentes; 2) entre 1950 e 1970, no hospital estatal de Willowbrook, (NY), injetaram hepatite viral em crianças retardadas mentais; 3) desde os anos de 1940, mas descoberto apenas em 1972, no caso Tuskegee study no Estado do Alabama, foram deixados sem tratamentos quatrocentos negros sífilíticos para pesquisar a história natural doença. A pesquisa continuou até 1972, apesar da descoberta de penicilina em 1945”. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 60).

⁹ National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 60).

Na opinião de Edna Hogemann, para os principialistas norte-americanos, a solução dos conflitos bioéticos deve ocorrer priorizando um deles naquela determinada situação. “Assim, o princípio da beneficência vem junto ao da autonomia, matizado pelo princípio da justiça, para compensar as desigualdades introduzidas pelos anteriores, desde um ponto de vista utilitarista em essência, centrado nos direitos individuais.” Segundo a autora, em contrapartida, a tradição Europeia baseia-se numa fundamentação de princípios absolutos, que gerariam obrigações morais absolutas de não-maleficência e justiça, hierarquicamente superiores à autonomia do indivíduo. (2013, p. 96).

Segundo o Relatório de Belmont, o respeito pelas pessoas incorporava duas convicções éticas: as pessoas deveriam ser tratadas com autonomia e aquelas cuja autonomia está diminuída, protegidas. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 61).

O princípio da autonomia resguarda o direito das pessoas conduzirem suas vidas como melhor lhes convier, sob o próprio entendimento. É o respeito às decisões dos indivíduos sobre si mesmos, ainda que a decisão seja reputada imprudente, baseado pelo entendimento popular de que cada um sabe o que é melhor para si mesmo. (DADALTO, 2013a, p. 145).

Segundo Giana Lisa Zanardo Sartori, no sentido biomédico, a autonomia

[...] leva em consideração que o enfermo, devido a sua dignidade como sujeito, tem o direito de decidir – desde que, em pleno uso e gozo de suas razões, aceita ou rejeita o que se pretende fazer com ele, seja do ponto de vista do diagnóstico, seja do ponto de vista terapêutico. Portanto, a autonomia está ligada ao exercício da racionalidade e constitui-se no agir autônomo baseado em deliberações. (2001, p. 41).

Para tanto, é exigível a plena capacidade mental eis que indivíduos acometidos por sérios problemas de demência não seriam capazes de avaliar o que é melhor para si mesmos. Nessa conjuntura, entra em confronto a questão da integridade que, com a finalidade de promover a existência saudável do indivíduo demente e, baseada nos ideais de bem-estar social, justifica a intervenção do Estado nas decisões dos que estiverem desprovidos de condições para conduzir sua vida. (DADALTO, 2013a, p. 145-146).

Segundo Léo Pessini e Cristian de P. de Barchifontaine, a autonomia pode ser entendida como

[...] a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem coação externa. O conceito de autonomia da comissão não é kantiano, o homem como ser autolegisador, mas outro muito mais empírico, segundo o qual uma ação se torna autônoma quando passou pelo trâmite do consentimento informado. Desse princípio derivam procedimentos práticos: um é a exigência do consentimento informado e outro é o de como tomar decisões de substituição, quando uma pessoa é incompetente ou incapaz [...]. (2014, p. 62).

Luciana Dadalto também traz o consentimento livre e esclarecido como meio indissociável para a efetivação da autonomia, derivado do consentimento informado¹⁰, o qual se tornou indispensável a prática da medicina. (DADALTO, 2013a, p. 62).

Através dos princípios da beneficência e não maleficência o Estado adota uma posição mais paternalista, através de ações interventivas na vida individual, por meio de mecanismos coercitivos. Tais ações “se justificam pelos argumentos do bem-estar ou bem comum, da felicidade coletiva, das necessidades ou dos valores das pessoas.” (HOGEMANN, 2013, p. 99).

No campo médico, tais princípios ficariam evidenciados através da

[...] conduta do profissional que tem por intenção beneficiar o paciente, através de ações ou procedimentos terapêuticos, independente de seu consentimento, sempre visando utilizar-se de todo seu conhecimento técnico e científico no sentido de preservar o maior dos bens que é a vida do paciente, mesmo contra a vontade deste. (HOGEMANN, 2013, p. 99)

Esses princípios acabavam justificando até mesmo a distorção ou modificação das informações sobre a saúde do paciente, a fim de preservar a sua estabilidade emocional, e o uso da força e coerção, a fim de submetê-lo a determinados tratamento médicos. A vista disso, tal concepção passou a ser questionada e relativizada, sobretudo devido a assimilação do direito à autonomia do paciente, eis que o mesmo deve ser tratado como sujeito e não mero objeto da beneficência. (HOGEMANN, 2013, p. 99).

Edna Hogemann ainda discorre afirmando que

¹⁰ “O consentimento informado livre e esclarecido consiste na exposição pelo médico de todas as terapêuticas possíveis a que o paciente possa se submeter, informando-lhe os riscos e benefícios em linguagem acessível, para que o paciente livremente possa escolher se quer ou não se submeter aquele determinado tratamento.” (BOMTEMPO, 2013, p. 106).

Em relação ao paternalismo, considera-se seu maior risco quando este reduz o bem do paciente tão somente a seu bem-estar físico e, por via de consequência, promove o profissional médico a constituir-se como o único detentor do poder de escolha sobre o que é melhor para o enfermo. Essa problemática adquire maiores dimensões na medida em que chega a se estabelecer uma oposição entre o bem concebido pelo profissional técnico e o bem humano concebido pelo paciente. Se bem que é correto admitir que a beneficência importa não somente em atitudes impeditivas e de remoção de danos promovendo benefícios como também a preservação do equilíbrio entre bens e danos derivados de uma determinada ação, o que não necessariamente significa violação à autonomia. (2013, p. 101).

O Relatório de Belmont rechaça a ideia de beneficência como caridade e a considera como uma obrigação, formulando duas matrizes centrais que refletem os atos de beneficência: obrigação de não causar dano e de maximizar os benefícios e minimizar os possíveis riscos. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 62).

Sob o enfoque do tratamento médico, a ótica incide na “avaliação dos custos (danos e benefícios dos procedimentos), isto é, da definição do peso ético entre cada um e da relação de proporcionalidade entre eles”. Entretanto, tratando-se de Engenharia Genética, a questão se torna mais complexa na medida que “não existe a mesma clareza na determinação da probabilidade dos riscos, uma vez que se está diante de muitos elementos imponderáveis”. (SARTORI, 2001, p. 39-40).

Ainda, conforme cita Diego Oliveira da Silveira, para o alcance da beneficência “o profissional de saúde tem o dever, estabelecido a partir do juramento hipocrático, de agir em benefício do paciente”, protegendo e defendendo as pessoas, prevenindo danos, ajudando pessoas deficientes e salvando pessoas em perigo. No tocante a não maleficência cabe ao médico evitar os danos previsíveis e, conscientizar-se que, se não é possível fazer o bem curando o paciente, deve-se, ao menos, evitar causar-lhe mal. (2012, p. 257).

No tocante ao princípio da justiça o mesmo pode ser entendido como “igualdade através da qual todo indivíduo tem direito a igual consideração de seus interesses e, por isso, deve receber igual prestação de serviços que satisfaçam suas necessidades, inclusive os cuidados e a assistência necessários para garantir sua saúde e seu bem-estar.” Na medicina seria a avaliação dos ônus e benefícios no âmbito do bem-estar vital, impondo limites ao princípio da autonomia, já que essa autonomia individual não pode ser uma ameaça aos direitos fundamentais de outras pessoas. (HOGEMANN, 2013, p. 103).

Ainda, segundo o Relatório de Belmont, por justiça entende-se a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, ou seja, os iguais devem ser tratados igualmente. A dificuldade, no entanto, está em estabelecer quem são os iguais eis que “entre os homens existem diferenças de todo o tipo e muitas delas devem ser respeitadas em virtude do princípio da justiça, por exemplo, ideal de vida, sistema de valores, etc”. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 62).

Giana Lisa Sartori, a esse respeito, refere que

A Justiça expressa duas ideias: a primeira que assegura o igual respeito e consideração na reivindicação do direito à vida e à saúde de todos os pacientes; a segunda se refere ao papel do Estado, ou seja, a obrigatoriedade de uma equitativa distribuição de verbas para a saúde, a fim de proporcionar um atendimento adequado para as pessoas”. (2001, p. 45).

Dessa forma verifica-se que os princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça formam a base da ética médica, estando cotidianamente presentes na relação médico x paciente, especialmente na tomada de decisões. Consta-se, também, que é através deles que se pautam as discussões e decisões acerca dos temas polêmicos da bioética, sobretudo em virtude da escassa legislação, sendo imperativa a sua utilização e valoração.

3.3 A intervenção médica nas situações de terminalidade da vida

A doutrina criou uma classificação que distingue as várias formas de tratamentos e procedimentos médicos aos pacientes em estágio terminal¹¹ e em estado vegetativo persistente¹², estabelecendo uma nomenclatura para cada situação, observadas as suas particularidades.

Dentre as várias práticas existentes, faz-se necessário o estudo da eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e distanásia, com o intuito de possibilitar uma melhor compreensão sobre tema central do trabalho, especialmente em razão da ampla divergência doutrinária existente nesse campo.

¹¹ “Por definição, paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo.” (KNOBEL; SILVA, 2004, p. 133).

¹² “[...] o estado vegetativo é uma situação clínica de completa ausência de consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral.” (DADALTO, 2013a, p. 40).

3.3.1 Eutanásia e suicídio assistido

O termo eutanásia foi proposto por Francis Bacon, em 1623, e seu significado advém do grego *eu* (bem, bom, belo) e *thanatos* (morte) ou seja, “boa morte”. (SILVEIRA, 2012, p. 253). Na história, sabe-se que a eutanásia era amplamente praticada, conforme assinalam Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira:

Entre os povos primitivos sacrificavam-se doentes, velhos e débeis e se o fazia publicamente numa espécie de ritual cruel e desumano. Na Índia Antiga, os incuráveis de doenças eram atirados no Ganges, depois de terem a boca e as narinas tapadas por barro sagrado. Os espartanos, do alto do monte Taijeto, lançavam os recém-nascidos deformados e até os anciãos, sob a alegação de que não mais serviam para guerrear. Na Idade Média, dava-se aos guerreiros feridos um punhal afiadíssimo, denominado misericórdia, que lhes servia para evitar o sofrimento prolongado da morte e para não caírem na mão dos inimigos”. (2012, p. 87-88).

Segundo Débora Gozzo, 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.” (2013, p. 25).

No mesmo sentido, Sergio Reco, Marisa Palácios e Rodrigo Siqueira-Batista definem eutanásia como

Antecipação voluntária do passamento, imbuída de uma finalidade humanitária – sobretudo para a pessoa, mas também para a coletividade à qual pertence o moribundo -, dirigida à suspensão de um sofrimento insuportável. Eutanásia seria, assim, melhor entendida como a abreviação do processo de morrer do enfermo, por uma ação ou não, com o objetivo último de aliviar um grande e insuportável sofrimento. (2009, p. 110).

De acordo com o entendimento de Maria Helena Diniz, a eutanásia é um homicídio praticado por piedade, diante do pedido do paciente (ou de seus familiares) em razão da incurabilidade da moléstia e o grande sofrimento por ele vivenciado, onde empregam-se, geralmente, recursos farmacológicos para obter o resultado. Segundo a autora, o principal argumento utilizado para legitimar a prática da eutanásia é o princípio da qualidade de vida, segundo o qual considera-se que “uma vida sem qualidade não vale a pena ser vivida”. (2006, p. 384).

A prática da eutanásia se distingue em duas formas: ativa (positiva ou direta) e passiva.

A eutanásia ativa se caracteriza como “uma ação médica pela qual se põe fim à vida de uma pessoa enferma, por um pedido do paciente ou a sua revelia”. (PESSINI; BARCHIFONTAINE. 2014, p. 409).

Para Maria Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, existe ainda uma subdivisão em eutanásia ativa direta, a qual caracteriza-se pela intenção de abreviar a vida do paciente com o uso, por exemplo de uma injeção letal; e a eutanásia ativa indireta, na qual objetiva-se abreviar o sofrimento do paciente e a vida, utilizando-se daquele primeiro objetivo principal para produzir o efeito, como por exemplo, a utilização de altas doses de morfina que é capaz de acelerar a morte.

No plano oposto, a eutanásia passiva é conceituada como uma omissão médica, ou seja, “não aplicação de uma terapia médica com a qual se poderia prolongar a vida da pessoa enferma.” (PESSINI; BARCHIFONTAINE. 2014, p. 409).

Maria Helena Diniz discorre que passiva é a eutanásia por omissão, consiste na suspensão de medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou, deixar de prolongar artificialmente a vida de um paciente em coma irreversível, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares. (2006, p. 393).

A doutrina mais recente tem criticado a conceituação de eutanásia ativa e passiva, alegando que os parâmetros de diferenciação são insuficientes e inadequados para o estágio de discussão do tema que a sociedade vive atualmente. Nessa senda, alguns autores, entre os quais Javier Gafo, da Espanha, propõem

[...] discutir a questão em torno dos termos “deixar morrer em paz” e “eutanásia”. Deixar morrer em paz seriam aquelas situações em que se toma a decisão de não continuar mantendo a vida, suprimindo determinadas terapias ou não as aplicando a um enfermo em que não existem possibilidades de sobrevivência, porque ele próprio expressou sua vontade explicitamente ou porque se pode pressupor. (*apud* PESSINI; BARCHIFONTAINE. 2014, p. 409).

Do ponto de vista jurídico, o consentimento da vítima não descriminaliza a prática do homicídio, já que a vida é um bem indisponível e inalienável, constituindo a sua prática crime tipificado pelo artigo 121 do Código Penal Brasileiro¹³. A única diferença entre a prática da eutanásia e o homicídio simples é a de que naquela o agente pode ter sua pena reduzida de um

¹³Artigo 121 do Código Penal Brasileiro: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena: § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço[...].”

sexto a um terço em virtude do crime ser cometido “por motivo de relevante valor social ou moral”, conforme dispõe o §1º do referido artigo. (RAJÃO, 2013, p. 73).

Edison Namba menciona que “não há norma que discipline a matéria, de forma permissiva ou proibitiva, expressamente, porém, não se tem admitido sua prática, por se atentar contra a vida de alguém, mesmo doente e agonizante.” (2009, p. 176).

Da eutanásia advém o conceito de suicídio assistido, no qual o paciente plenamente consciente solicita auxílio de outra pessoa para morrer, por não conseguir obter o resultado por si próprio. Esta prática estaria enquadrada como um ilícito penal, qual seja o auxílio ao suicídio constante no artigo 122 do Código Penal Brasileiro¹⁴. (NAMBA, 2009, p. 175).

Segundo definição de Anderson Rohe

Auxiliar é prestar assistência material, é facilitar a execução de um ato. O auxílio, em questão, favorece a execução do suicídio e é eminentemente acessório. O agente se limita a fornecer meios (arma, veneno etc.), instruções sobre o modo de usá-los ou criar condições de viabilidade do suicídio. (2004, p. 112).

Em que pese o acirrado debate sobre a licitude da eutanásia e o suicídio assistido, os mesmos são enquadrados como crimes no atual cenário jurídico, sendo a sua legalização severamente criticada pela doutrina majoritária, especialmente em virtude da garantia constitucional de proteção ao direito à vida, disposta como cláusula pétrea.

3.3.2 Ortotanásia

A ortotanásia é termo utilizado para a “morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso.” (GOZZO, 2012, p. 25).

Os autores Leo Pessini e Christian de P. de Barchifontaine ressaltam que a ortotanásia possui um compromisso com a promoção do bem estar do doente crônico ou terminal, constituindo “a arte de bem morrer”. (2014, p. 431). Maria Helena Diniz, destaca que segundo o projeto do novo Código Penal¹⁵, não constituirá crime

¹⁴ Artigo 122 do Código Penal Brasileiro: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único - A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.”

¹⁵ Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Os §§ 6º e 7º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro teriam a seguinte disposição: “§ 6º No âmbito dos cuidados paliativos aplicados à pessoa em estado terminal ou com

[...] deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como eminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. (2006, p. 393).

Nessa perspectiva atribui-se valor fundamental e central ao ser humano, numa visão da medicina a serviço da saúde; da concepção à morte. “Procura-se promover nas suas práticas junto ao paciente terminal a morte digna e humana na hora certa. Nesta linha, situa-se a medicina paliativa.” (NAMBA, 2009, p. 174).

A inserção dos tratamentos paliativos na área médica ocorreu principalmente frente a conscientização de que, embora o objetivo principal da atividade do médico seja a preservação da vida do paciente, a morte faz parte do ciclo vital e, como tal, nos casos específicos, não deve ser evitada, eis que porá fim ao sofrimento do enfermo.

Ana Georgia Cavalcanti de Melo e Ricardo Caponero conceituam cuidados paliativos como

[...] os cuidados integrais e contínuos oferecidos aos pacientes e familiares, para que depois do diagnóstico de uma doença crônica que poderá evoluir ele possa viver aliviado de seu sofrimento; seja ele físico, psicológico e/ou espiritual e o de sua família, parte integrante do cuidado. (2009, p. 258).

Os tratamentos paliativos não se encontram elencados de forma taxativa, sendo avaliados e classificados de acordo com a análise individual do caso concreto. Genericamente, como menciona Luciana Dadalto, os mesmos podem ser considerados como “todos os cuidados que garantem ao paciente terminal qualidade de vida até o momento de sua morte”. (2013a, p. 45-46).

Nesse contexto, Débora Gozzo discorre que

O cuidado paliativo pode envolver o que se denomina duplo efeito: em determinados casos, o uso de algumas substâncias para controlar a dor e a angústia pode aproximar o momento da morte. A diminuição do tempo de vida é um efeito previsível sem ser desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo conforto possível ao paciente, sem intenção de ocasionar o evento morte. (2012, p. 26).

doença grave irreversível, não há crime quando o agente deixar de fazer uso de meios extraordinários, desde que haja consentimento da pessoa ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. § 7º A situação de morte iminente e inevitável ou de doença irreversível, no caso do parágrafo anterior, deve ser previamente atestada por dois médicos”.

Luciana Dadalto ressalva que, em que pese a confusão conceitual entre eutanásia passiva e ortotanásia por parte dos doutrinadores, a principal característica da ortotanásia é que nela não são empregados no paciente tratamentos considerados fúteis ou extraordinários, diferentemente da eutanásia passiva onde são interrompidos os tratamentos ordinários, também conhecidos como cuidados paliativos. (2013a, p. 56).

Conforme mencionam Beuchamps e Childress, considera-se fútil o tratamento que não reverterá em benefício real ao paciente eis que a morte é inevitável, ou seja, está diretamente ligado ao “(não) benefício que trará ao paciente”. (*apud* DADALTO, 2013, p. 47).

Maria Helena Diniz elenca quatro características que permitem analisar com maior facilidade quando um tratamento seria considerado fútil: “a) não consegue seu objetivo imediato ou o do paciente; b) é ineficaz; c) não é capaz de oferecer uma qualidade de vida mínima ou, pelo menos, algum benefício médico; d) não oferece uma razoável probabilidade de sobrevida”. (2006, p. 401).

O Conselho Federal de Medicina editou, em 2006, a Resolução nº 1.805¹⁶, a qual permite ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem a vida do doente, na fase terminal de doenças graves, respeitadas as vontades do doente ou de seu representante legal, devendo ser mantidos os cuidados paliativos, ou seja, regulamentou a prática da ortotanásia.

Verifica-se, portanto, que a prática da ortotanásia consiste na não utilização de procedimentos considerados fúteis, ou seja, que não consigam proporcionar benefícios aos pacientes, nos casos de doenças terminais. No entanto, os tratamentos com caráter paliativo continuarão a ser empregados, a fim de proporcionar conforto ao enfermo.

Tal prática encontra-se atualmente amparada pela Resolução nº 1.805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina, inclusive, com decisão favorável do Poder Judiciário referendando o seu conteúdo, razão pela qual a doutrina mais recente considera lícita a prática da ortotanásia.

3.3.3 Distanásia

¹⁶ Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina: “Artigo 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 ao seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas a cada situação. §2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário. §3º É assegurado ao doente ou ao seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Artigo 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 assegurado o direito e alta hospitalar.”

No plano contrário à eutanásia e à ortotanásia, surge a chamada *distanásia*, termo de origem grega que significa *dys* – mau, anômalo e *thanatos* – morte. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 80, grifou-se). Também conhecida como obstinação terapêutica, é a “tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa.” (GOZZO, 2013, p. 25).

Maria Helena Diniz aponta que a *distanásia* é a morte lenta e com muito sofrimento, decorrente do prolongamento exagerado da vida um paciente em estado terminal. Nessa esfera, acabam entrando em conflito dois princípios bioéticos: a autonomia do paciente e a beneficência. (2006, p. 399-400).

Leo Pessini critica a prática, mencionando que

Se aceitamos que a finalidade da medicina “é sempre conservar e prolongar a vida” - e os códigos subsequentes também vão nesta direção -, estaremos claramente deitando as raízes da justificação da *distanásia* com seu conjunto de tratamentos que não deixam a pessoa, na fase final da vida, descansar em paz. [...] Esta tensão entre beneficiar o paciente com tratamentos paliativos, que talvez abreviem a vida mas promovem o seu bem-estar físico e mental, e a absolutização do valor da vida no seu sentido biológico gera um dilema que muitos médicos preferem resolver a favor do prolongamento da vida. (PESSINI, 2004, p. 41).

Isa Fonenegro de Jaramillo, no entanto, se posiciona no sentido de que “enquanto a *distanásia* secundária a uma decisão médica unilateral sempre criticável – e se deve combater e repudiar -, a *distanásia* voluntária (solicitada antecipadamente por um doente competente e autônomo) é uma opção respeitável”. (2006, p. 188).

O Código de Ética Médica se posiciona contrariamente à prática da *distanásia*, impondo ao profissional da medicina que evite a realização de procedimentos terapêuticos desnecessários¹⁷. Ainda, de acordo com a interpretação do artigo 5º, inciso III, Constituição Federal¹⁸, Angela Tuccio Teixeira menciona que o fato de “prolongar desnecessariamente a vida de um paciente, submetendo-o à dor e ao sofrimento poderia, de certa forma, caracterizar tortura”. (2009, p. 371).

¹⁷ Inciso XXII do Código de Ética Médica: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

¹⁸ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Nesse plano é possível verificar as inúmeras variantes proporcionadas pela intervenção médica nas situações de terminalidade da vida, as quais recebem diferentes tratamentos legais, éticos e religiosos. As decisões sobre a permissibilidade destas práticas têm sido tomadas quase que exclusivamente pelo Poder Judiciário, em análises extensivas dos tipos penais, os quais são aplicados à situações estranhas ao ideal do legislador e, muitas vezes, sem a necessária mitigação pelos princípios constitucionais e bioéticos.

4 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE

Com enfoque sobre diretivas antecipadas de vontade e a possibilidade de sua validação pelo ordenamento jurídico pátrio, neste capítulo analisar-se-á as teorias doutrinárias sobre o tema, especialmente quanto à existência, ou não, do chamado direito à “morte digna”, tendo como base os princípios constitucionais e bioéticos. Outrossim, estudar-se-á o testamento vital e o mandato duradouro, seu conteúdo e os requisitos jurídicos necessários para conferir validade a tal disposição.

4.1 O direito de morrer com dignidade

Os avanços tecnológicos na área médica tem sido responsáveis pela modificação de relevantes acontecimentos da vida humana, desde a concepção, como por exemplo o método de fertilização *in vitro* e a maternidade de substituição, até o momento da morte, através da possibilidade de manutenção artificial da vida.

Em decorrência dessas transformações, houve o surgimento de novos conflitos bioéticos onde, muitas vezes, os direitos humanos fundamentais acabam se contrapondo. No caso da possibilidade da disposição de vontade do paciente terminal frente aos cuidados médicos, o direito à vida acaba colidindo com o direito à dignidade humana e à autonomia do indivíduo, gerando uma intensa discussão sobre qual deve prevalecer.

O fim da vida nem sempre foi tratado da mesma forma pela sociedade. Conforme mencionam Antonio Carlos Mathias Coltro e Marilia Campos Oliveira e Telles, podem ser identificadas três ideias principais sobre a morte na história:

1) na “morte tradicional”, em que a tal fato afetava toda a comunidade, o que ocorreu até meados do século XIX; 2) na “morte moderna”, transformada pelo aparecimento dos hospitais e a possibilidade de se morrer fora de casa, com valorização do atendimento médico; e, 3) finalmente a “morte contemporânea”, trazendo a baila direito de morrer bem, o que inclui o direito de preferir a morte ao tratamento de doença incurável ou em estado terminal [...]. (2010, p. 146-147).

O avanço da tecnologia médica e a modernização dos aparelhos ressuscitadores tornaram possível ampliar a vida de um paciente terminal. Todavia, muitas vezes, a condição de vida que é proporcionada ao enfermo acaba prolongando a sua angústia e sofrimento, levando-se a sopesar se existe uma obrigação ao prolongamento da existência, mesmo quando inviável. Nesse contexto, a utilização das práticas médicas consideradas fúteis ou extraordinárias passou a ser questionada, tendo em vista a necessidade de respeito e proteção à dignidade humana. Assume importância também o viés econômico da situação, através da análise da capacidade financeira de uma sociedade em relação aos custos gerados pelos tratamentos extraordinários. (DINIZ, 2006, p. 399-401).

Conforme mencionam Maria Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, as controvérsias que se fazem presentes nas situações de terminalidade de vida acabam gerando um conflito na sociedade: de um lado “o particularismo das liberdades, preferências e interesses pessoais” e do outro o “universalismo das necessidades”, ocasionando uma crise entre o direito individual e os interesses coletivos. A fim de garantir efetividade ao princípio da igualdade entre as pessoas sãs e sadias e aquelas que sofrem com as consequências de doenças terminais, surge como solução a possibilidade de escolha para os indivíduos que se encontram na segunda situação mencionada. Nesse sentido, os autores discorrem que:

É inadmissível que o direito à vida, constitucionalmente garantido, transforme-se em dever de sofrimento e, por isso, dever de viver. Certo é que a dignidade deve aliar duas dimensões ao seu conceito: a dimensão biológica, com atinente físico-corporal, e a dimensão biográfica, que pertine ao campo dos valores, crença e opções. Logo, o Direito não pode preocupar-se somente com a primeira questão, mas, ao contrário, necessita buscar unidade do ser humano. (2012, p. 110-111).

Além disso, há de se analisar a postura dos profissionais de saúde frente as situações de finitude da vida. Nos bancos acadêmicos, os médicos são treinados para oferecer o melhor atendimento possível ao paciente, valendo-se de toda a tecnologia disponível, fármacos e os mais variados procedimentos de diagnóstico. No entanto, é necessário avaliar se essa obstinação vai gerar, no caso concreto, um melhor atendimento ao paciente, assegurando o tratamento de seus males, a diminuição das dores e a possibilidade de uma morte digna. (TEIXEIRA, 2009, p. 361-362).

Para Letícia Ludwig Moller é inviável se chegar a um consenso universal do que seria uma morte digna, se seria digno morrer lutando contra a morte até o último instante ou morrer de forma serena, sem dor e sofrimento e sem buscar prolongar artificialmente a vida. À vista, defende-se que o conteúdo da morte digna deve poder ser determinado pelo indivíduo de acordo com seus valores e crenças. “Essa ideia de entrelaçamento da noção de dignidade com a noção de autonomia, na definição de morte ideal, parece ser adequada por respeitar o pluralismo moral e a diversidade de concepções acerca da vida, da doença e da morte.” (MÖLLER, 2012, p. 152).

A medicina caminha no sentido da promoção de uma vida boa e saudável, objetivando aumentar o tempo e a qualidade de vida, sendo a morte admitida com resistência e vista como uma falha. Todavia a mesma deveria ser compreendida como parte e “último resultado desse esforço, implícito e inerente desde o começo.” (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 440).

A instituição hospitalar presta assistência às mais diversificadas comunidades e grupos sociais, culturais e religiosos devendo pautar-se pelo respeito e consideração à diversidade de culturas, crenças, valores e convicções individuais e coletivas. Nesse contexto, os profissionais de saúde devem receber uma formação no sentido de saber lidar com essas situações, evitando impor seus valores e modelos de conduta aos particulares, respeitando a decisão autônoma do paciente em estado terminal quanto ao fim da vida. (MÖLLER, 2012, p. 148-150).

Os autores Leo Pessini e Christian de P. de Barchifontaine mencionam que

[...] a distanásia (obstinação terapêutica) começou a se tornar um problema ético de primeira grandeza na medida em que o processo tecnocientífico começa a interferir de forma decisiva nas fases finais da vida humana. O ser humano assume hoje a responsabilidade do que ontem era atribuído aos processos aleatórios da natureza ou a “Deus” e inicia o chamado “oitavo dia da criação”. A presença da ciência e da tecnologia começa a intervir decisivamente na vida humana e essa novidade exige reflexão ética. (2014, p. 438, grifo do autor).

O direito de morrer com dignidade seria um olhar a ser lançado sobre a cura paliativa, objetivando “estabelecer o balanço entre a redução da dor e a redução (e não interrupção) da vida. A efetivação das diretivas antecipadas de vontade reconhece a autonomia de vontade do paciente sem, contudo, destituir a autonomia do médico.” (ALVES, 2013, p. 40-41).

Segundo Tiago Vieira Bomtempo, o direito de morrer com dignidade confunde-se com a ortotanásia. Tal direito, no entanto, não pode ser confundido com a eutanásia, onde o enfermo solicita que o médico ou terceiro o mate antecipadamente, sabendo que a sua doença é incurável e que não o levará a ter condições mínimas de uma vida digna. (2013, p. 111).

Imperiosa, assim, a análise da (in)existência do direito à morte digna frente ao ordenamento jurídico brasileiro ante a ausência de lei que discipline a matéria, especialmente em relação às normas constitucionais e o conflito entre o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana e à autonomia.

A Constituição Federal Brasileira estabelece em seu artigo 5º, *caput*¹, a garantia do direito à vida. Segundo José Maria Leoni Lopes de Oliveira, o mesmo possui duas dimensões: uma negativa e uma positiva. A dimensão negativa consiste no direito de não ser morto por terceiro, sob pena de enquadramento como crime de homicídio. A dimensão positiva versa sobre o direito de sobrevivência, isto é, dispor das condições mínimas de uma vida digna. Segundo o autor, não existe o dever de viver até porque o mesmo seria ineficaz, sendo que

É solar a diferença entre direito e dever jurídico. O que se garante é o direito à vida, direito existencial, que como todos os direitos não tem caráter absoluto. No caso do direito à vida, se é possível se vislumbrar sua relatividade dentro da dignidade humana, está consubstanciado exatamente na possibilidade de alguém optar por uma morte digna. (2013, p. 119-120).

Ainda, o direito à vida envolve o direito a dignidade da pessoa humana, o direito a integridade físico corporal, o direito a integridade corporal e à existência. O direito à existência consiste no direito de continuar vivo e de não ter sua vida interrompida a não ser pela morte espontânea e inevitável. Já a integridade corporal versa no sentido de que “agredir o corpo significa agredir a vida” e está tutelado especialmente no artigo 5º, incisos XLIX² e III³, onde são vedadas a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes. (TEIXEIRA, 2009, p. 362-363).

¹ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

² Artigo 5º da Constituição Federal, inciso XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

³ Artigo 5º da Constituição Federal, inciso III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Várias outras garantias constitucionais como o direito à saúde, a previdência social e os direitos do trabalhadores também se apresentam como concretizações ao direito à vida, sob o olhar da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa Brasileira, constante no artigo 1º, inciso III⁴ da Constituição Federal. (OLIVEIRA, 2013, p. 15-16).

Diaulas Costa Ribeiro defende que não há autorização legal no Brasil para a prática da eutanásia e do suicídio assistido, no entanto, em se tratando da ortotanásia, por ele denominada de “suspensão do esforço terapêutico – SET”, a mesma encontra-se amparada pela Constituição Federal, “que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido a tortura nem a *tratamento desumano ou degradante*”. (2005, p. 281, grifo do autor).

No mesmo sentido, José Maria Leoni de Oliveira expõe que, embora o direito à vida seja indisponível, o mesmo não possui um caráter absoluto, devendo ser analisado em conjunto com os demais incisos do artigo 5º da Constituição Federal, a fim de obter uma “interpretação sistemática”. O autor cita diversos dispositivos capazes de amparar constitucionalmente o direito à morte digna: o princípio da legalidade, eis que inexistente norma que determine a manutenção artificial da vida, a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante e o direito à livre manifestação do pensamento, amparado pela liberdade de consciência, “direito do qual *ninguém será privado*”. (2013, p. 121-122, grifo do autor).

Ademais, proporcionar ao paciente o direito de autonomia em situações de fim de vida possibilita ao mesmo morrer de acordo com as suas crenças e valores, efetivando a sua autonomia e dignidade. A dignidade deve ser entendida como “uma categoria ética e jurídica de conteúdo aberto, mutável de acordo com a evolução histórica e com as visões morais e crenças dos indivíduos e comunidades culturais particulares”. (MOLLER, 2012, p. 98).

Nesse sentido, Isa Fonnegra de Jaramilo ressalta que a qualidade de vida é uma medida ponderada entre um projeto pessoal e as condições existenciais reais. Nos extremos vitais, existem espaços para a consciência e autonomia das pessoas, eis que a lei, a moral, a religião e a medicina não podem pretender regular todos os aspectos da vida pessoal de um indivíduo, especialmente os mais íntimos. Nessa concepção, o valor essencial não é a vida, em seu plano biológico, e sim a dignidade, entendida como um conteúdo particular das relações existenciais. Como consequência, deixou-se de lado a ideia de que a vida humana tem valor absoluto. (2006, p. 101-102).

⁴ Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”.

Para Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, a morte digna tem como principal fonte legitimadora o direito à igualdade, expresso taxativamente pela Constituição Federal⁵. É através do princípio da isonomia material, segundo o qual deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, que se enquadraria a situação dos doentes terminais:

O ponto de convergência entre os dois aspectos, de modo a garantir a igualdade, é que a vida só deve prevalecer como direito fundamental oponível *erga omnes* quando for possível viver bem. No momento em que a saúde do corpo não mais conseguir assegurar o bem estar da vida que se encontra nele, há de ser considerados outros direitos, sob pena de infringência ao princípio da igualdade. (2012, p. 97-98).

Leticia Ludwig Moller aduz que através da ponderação entre os princípios fundamentais existentes, em especial a autonomia privada, liberdade e dignidade humana, o ordenamento brasileiro agasalha o direito do indivíduo em estado terminal definir os rumos dos tratamentos médicos, como forma de concretizar uma morte de forma digna e com autonomia. (2012, p. 146).

O direito à morte digna também é fundamentado tendo como base vários dispositivos infraconstitucionais. A Lei Orgânica da Saúde estabelece que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” e, do mesmo modo, reconhece o direito a autonomia do paciente⁶, qualificando-a como princípio que deve ser seguido por todo o Sistema Único de Saúde – SUS. O Código Civil brasileiro dispõe, em seu artigo 15, que o paciente, com risco de vida, pode recusar determinados tratamento ou intervenção cirúrgica⁷. (OLIVEIRA, 2013, p. 122).

Em São Paulo foi promulgada em 1999, a Lei Estadual nº 10.241, dispondo sobre os direitos dos usuários de saúde no estado, a qual permite ao paciente recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida⁸. No entanto, a validade dessa norma é questionada tendo em vista ser competência privativa da União legislar sobre matéria criminal. (ALVES, 2013, p. 37).

⁵ Preâmbulo da Constituição Federal: “[...] Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos [...]”.

⁶ Artigo 7º da Lei 8.080/90: “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”.

⁷ Artigo 15 do Código Civil: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

⁸ Artigo 2º da Lei Estadual nº 10.241/99 de São Paulo: “São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: [...]XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida.”

A Resolução nº 1.805, de 2006, do Conselho Federal de Medicina elencou taxativamente o direito à autonomia do paciente terminal, dispondo sobre a legitimidade da limitação ou suspensão dos tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal. A mesma foi editada levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o fato de que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de patologia terminal⁹, acabando por legitimar, na seara médica, a prática da ortotanásia.

Sob este enfoque, Luciana Dadalto alude que

[...] a ortotanásia deve ser encarada como uma prática terapêutica, garantidora da dignidade do paciente em estado de terminalidade, de sua autonomia e de seus familiares e não como uma conduta criminosa, até porque, analogicamente, a manutenção da vida a qualquer custo deve ser encarada como prática de tortura, por prolongar o sofrimento do paciente e de seus familiares. (2013, p. 137).

Posteriormente, em 24 de setembro de 2009 foi aprovado o novo Código de Ética Médica. O documento destaca em seu artigo 1º, inciso XXII que “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”, reconhecendo o chamado direito à morte digna.

⁹ Resolução nº 1.805/2006: “[...] CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes; CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta; CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal; [...]”

Em que pese tal código ter vedado, através do artigo 41¹⁰, que o médico abrevie a vida do paciente a pedido do mesmo ou de seu representante legal, José Maria Leoni de Oliveira destaca que no parágrafo único desse artigo volta à cena determinação de que “nos casos de *doença incurável e terminal*, deve o médico oferecer todos os *cuidados paliativos* disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas”. Para o autor, o Código de Ética Médica se destaca pelo respeito à autonomia de vontade do paciente. No entanto, o fato de se referir sempre ao “doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável”, evidencia que para o Conselho Federal de Medicina não basta o diagnóstico da doença grave e incurável, exigindo que o doente se encontre em situação terminal. (2013, p. 123-124).

Seguindo a tendência doutrinária, o Conselho Federal de Medicina promulgou a Resolução nº 1995 de 2012¹¹, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade, preceituando que “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 vontade¹²”. Flavio Tartuce e José Fernando Simão destacam que essa nova norma “apresenta uma notável valorização da vida privada”, eis que a vontade do paciente deve prevalecer sobre a de seus representantes legais. Somente caso o mesmo tenha optado em designar um representante para tal fim suas informações serão tomadas em consideração pelo médico. (2013, p. 321).

Está em tramitação no Senado Federal o projeto de Lei 524/2009, de autoria do senador Gerson Camatta, que visa dispor dos direitos dos pacientes em fase terminal, regulamentando a prática da ortotanásia. (BOMTEMPO, 2013, p. 115). O artigo 6º do referido projeto de lei, em sua redação original, dispõe que:

¹⁰ Artigo 41 do Código de ética Médica: “É vedado ao médico: abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”

¹¹ Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina: “Artigo 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. Artigo 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. [...]”.

¹² Conforme artigo 2º da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

Artigo 6º Se houver manifestação favorável da pessoa em fase terminal de doença ou, na impossibilidade de que ela se manifeste em razão das condições a que se refere o §1º do art. 5º, da sua família ou do seu representante legal, é permitida, respeitado o disposto no §2º, a limitação ou suspensão, pelo médico assistente, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida.

§1º Na hipótese de impossibilidade superveniente de manifestação de vontade do paciente e caso este tenha, anteriormente, enquanto lúcido, se pronunciado contrariamente à limitação ou suspensão de procedimentos de que trata o caput, deverá ser respeitada tal manifestação.

§2º A limitação ou a suspensão a que se refere o caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente e será submetida à análise médica revisora, definida em regulamento. (BRASIL, 2009)

Ademais, foi aprovado pela Justiça Federal na V Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 528¹³, o qual traz como inovação o reconhecimento das diretivas antecipadas de vontade judicialmente.

Deste modo, é possível inferir que em que pese a ausência de legislação específica sobre o tema, o direito à morte digna é majoritariamente reconhecido pela doutrina, seja em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, em respeito à autonomia do paciente ou ao direito de igualdade. Todavia, como morte digna os autores entendem possível somente aquela alcançada através da ortotanásia, ou seja, a morte no tempo certo, onde cessam-se os tratamentos considerados fúteis ou extraordinários mas mantem-se os cuidados paliativos, não incluindo-se nesse conceito a prática da eutanásia.

4.2 As diretivas antecipadas de vontade

Embora no Brasil a discussão doutrinária sobre o direito de autonomia do paciente terminal ainda seja escassa, em vários países ocidentais tal direito já é reconhecido e regulamentado há muito tempo. Abriu-se como possibilidade ao paciente que sua manifestação de vontade seja expressada através de um documento escrito ou tendo como base as declarações exaradas por ele em vida ou, ainda, através da reconstrução ficta de sua vontade, acaso jamais tenha se expressado sobre o assunto.

¹³ Enunciado 528 da Justiça Federal: “Artigos 1729, parágrafo único, e 1857. É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Os Estados Unidos da América foi o primeiro país a reconhecer e positivar a prevalência da autonomia de vontade do paciente nas decisões do fim de sua vida. Em 1º de dezembro de 1991 entrou em vigor nos Estados Unidos lei federal denominada PSDA – *The Patient Self-Determination Act*, ou ato de autodeterminação do paciente, na qual foram previstas as diretivas antecipadas, gênero da qual são espécies “o *living will*” e o “*durable power of attorney for health care*”. Importante ressaltar que embora se trate de uma lei federal, cerca de 35 estados norte-americanos já possuíam legislação própria sobre o assunto. (DADALTO, 2013, p. 100-102).

Tiago Vieira Bomtempo resalta que a lei americana acabou por reconhecer “a recusa do tratamento médico, reafirmando a autonomia do paciente, em que da sua entrada nos centros de saúde serão registradas as objeções e opções de tratamentos em caso de incapacidade superveniente do doente.” (2013, p. 97). O autor, ainda, exemplifica o caso de outros países que seguem o entendimento norte americano, trazendo como exemplo a Espanha, através da aprovação da Lei nº 41, de 2002, que legitima a manifestação de vontade do paciente expressa através de documento denominado de instrução prévia, e Portugal onde vige a Lei nº 25 de 2012, que versa sobre as diretivas antecipadas de vontade. Conclui o autor que “a tendência mundial é garantir a autonomia privada dos indivíduos nos seus cuidados à saúde em estado de incapacidade, protegendo, assim, a dignidade humana”. (2013, p. 113-115).

A primeira regulamentação sobre o tema no Brasil se deu através da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, na qual foi utilizada a expressão “diretivas antecipadas de vontade”. Segundo Luciana Dadalto, todavia, tal resolução não legalizou as diretivas antecipadas de vontade eis que a mesma não possui força de lei e o Conselho Federal de Medicina não possui competência legislativa para tanto, restringindo sua eficácia à seara ética-disciplinar médica. (2013, p. 139-140). Neste sentido, os doutrinadores Flávio Tartuce e José Fernando Simão destacam a necessidade de que a prática seja disciplinada e consolidada por lei, através da aprovação dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. (2013a, p. 321).

Tendo em vista o reconhecimento majoritário pela doutrina da existência do “direito à morte digna” a qual deve ser concretizada sob o viés da ortotanásia, e que, conforme o Conselho Federal de Medicina, essa manifestação de vontade do paciente deverá ocorrer através das denominadas “diretivas antecipadas de vontade”, necessário analisar como as mesmas se inserem no ordenamento jurídico pátrio.

Várias são as denominações atribuídas pela doutrina jurídica e médica às chamadas diretivas antecipadas de vontade, tais como “testamento biológico, testamento em vida, testamento de pacientes, consentimento antecipado, diretivas prévias”, não havendo consenso sobre a sua nomenclatura. (OLIVEIRA, 2013, p. 126).

Tiago Vieira Bomtempo critica a denominação “testamento vital” tendo em vista o sentido que o testamento possui no Brasil, já que se trata de ato unilateral de vontade com eficácia pós-morte, o que não traduz a realidade das diretivas antecipadas, uma vez que as mesmas possuem eficácia em vida. (2013, p. 97-98). No mesmo sentido se posicionam Flavio Tartuce e José Fernando Simão, propondo como alternativa que a denominação seja alterada para “*declaração vital ou biológica*”. (2013, p. 322, grifo dos autores).

Luciana Dadalto utiliza como critério para distinção as denominações constantes na lei federal americana “*Patient Self-Determination Act*”, inferindo que nela as diretivas antecipadas são gênero do qual surgem duas espécies: a declaração prévia de vontade para o fim de vida e o mandato duradouro. Segundo a autora, no caso do mandato duradouro o mesmo é utilizado ainda que a incapacidade do paciente ocorra em razão de causa transitória, não se referindo, portanto, exclusivamente à situações de terminalidade. A declaração prévia de vontade para o fim da vida, no entanto, estaria adstrita às situações de fim de vida, sendo possível, ainda, a coexistência de ambos os institutos. (2013a, p. 82-83). Em paralelo, Elisa Costa Cruz também considera que o testamento vital e o mandato duradouro são espécies de diretivas antecipadas de vontade. (2013, p. 45).

Diaulas Costa Ribeiro não possui a mesma opinião, alegando que “os testamentos vitais são utilizados para dispor sobre a assistência médica a ser prestada ao paciente terminal, enquanto as diretivas antecipadas são utilizadas para dispor sobre os tratamentos médicos em geral”, no entanto, o mesmo refere que a fim de “evitar dúvidas e assegurar a construção nominal do instituto”, unificará a terminologia mantendo a denominação original em inglês “*advance directives*”. (2005, p. 276).

As diretivas antecipadas de vontade atribuem ao paciente “o poder de recusar tratamentos e, também de escolher, dentre aqueles possíveis, o tratamento que lhes convém” para manifestação de vontade em futuro caso de inconsciência. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 183).

Não obstante as divergências conceituais existentes, a fim de tornar mais didático o estudo, no presente trabalho as diretivas antecipadas de vontade serão abordadas em dois tópicos: o mandato duradouro e o testamento vital.

Originário do estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, o mandato duradouro possui diversas denominações, tais como originalmente *durable power of attorney*, procurador de cuidados de saúde em Portugal e *poder para el cuidado de salud/mandato de asistencia sanitaria* na Espanha. Nesses países o mesmo é visto como parte integrante das declarações prévia de vontade para o fim da vida. (DADALTO, 2013a, p. 85-86).

Por meio deste instrumento constitui-se um procurador “que não é um advogado profissional, mas o que está investido de poder legal de representar o paciente, tomando decisões relativas a sua saúde e comunicando-as à equipe médica”. (DINIZ, 2006, p. 420).

A resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina prevê, no parágrafo 1º do artigo 2º¹⁴, que serão levadas em consideração pelo médico as informações fornecidas por representante designado pelo paciente para tal fim, caso o mesmo esteja incapacitado para se manifestar.

Ronald Dworkin utiliza a denominação de “procurações para a tomada de decisões nas situações médicas” e as conceitua como “documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário *quando este não tiver condições de tomá-las*” (2003, p. 252, grifou-se).

Luciana Dadalto coaduna com o entendimento de que a eficácia do mandato duradouro não se limita às situações de fim de vida ou de incapacidade permanente do paciente, mas também quando da incapacidade transitória. Prossegue referindo que algumas das vantagens desse instituto seriam

[...] a possibilidade de evitar incertezas em relação a quem tem o poder legal de decidir; a possibilidade de se respeitar o desejo de conferir legalmente poderes a alguém, para que possa agir em vez da pessoa, quando estiver incapacitada; a possibilidade de definir um padrão de decisão, a possibilidade de evitar a imposição de uma medida de tutela ou curatela, quando desnecessária e a garantia do respeito da vontade da pessoa incapaz, mesmo quando for instaurada a tutela ou curatela. (DADALTO, 2013a, p. 85-86).

¹⁴ Artigo 2º da Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina: “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. [...]”

Nesse contexto, o maior problema estaria na escolha do mandante, havendo discussões sobre se a figura mais adequada seria o cônjuge, algum ou ambos os pais, o juiz, a equipe médica ou um terceiro imparcial.

Segundo Elisa Rosa Cruz, o mandato duradouro “tanto pode consistir em uma cláusula do testamento vital, o que é recomendado, como pode ser instituído em documento apartado”, mas recomenda que a escolha recaia apenas em uma pessoa, a fim de evitar discussões que o tornem ineficaz, e que tal pessoa seja de confiança, de preferência alguém com quem se possua vínculo de parentesco, todavia, não havendo óbice para indicação de um terceiro. (2013, p. 46). Nesse aspecto, Raissa Bianca Duarte Rajão alerta que “o mandatário terá de ser uma pessoa que tem um conhecimento profundo do paciente, sendo capaz de separar a sua vontade própria da dele, tomando as decisões como se fosse ele”. (2013, p. 67).

Ernesto Lippman discorre que a fim de que não haja conflito de interesses, deve ser evitada a nomeação de um familiar ou alguém “que venha a ser beneficiado com qualquer herança ou valores”, surgindo como opção, quando houver disponibilidade, que o procurador seja um médico ou não a família do outorgante. Ressalva, todavia que “este médico não deve pertencer à equipe de Saúde que esteja cuidando do paciente”. O autor também orienta que sejam nomeados ao menos dois procuradores de saúde, os quais necessitam ser consultados previamente, devendo ser maiores de idade e, de preferência, mais jovens. (2013, p. 140-141).

Luciana Dadalto discorda, alegando que não é possível que o procurador seja um terceiro imparcial, um juiz ou uma equipe médica, devendo necessariamente consistir num parente próximo, eis que deve ter conhecimento dos valores e opiniões do mandante, para que posterior manifestação corresponda à sua vontade. (DADALTO, 2013a, p. 87).

O testamento vital, de acordo com conceito formulado por Diaulas Costa Ribeiro “são instrumentos de manifestação de vontade com a indicação negativa ou positiva de tratamentos e assistência médica a serem ou não realizados em determinadas situações”. (2005, p. 275).

A manifestação de vontade do paciente expressa sob a forma de testamento vital vincula os eventuais parentes do paciente ou procurador nomeado, além das instituições de saúde e os médicos, sendo que no caso desses últimos, caso tenham fundado motivo para não realizarem a vontade do paciente devem encaminhá-lo para outro profissional, a fim de que sua vontade seja respeitada. (DADALTO, 2013a, p. 155-156).

Esse instituto é objeto da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que utiliza a denominação “diretivas antecipadas de vontade”, sendo conceituado como “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 vontade¹⁵.”

Para Mayana Sales Moreira, a Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina tentou regulamentar as diretivas antecipadas de vontade no campo médico, porém deixou muitas lacunas devido ao seu conteúdo genérico.

Quando se trata do bem jurídico “vida”, ou melhor, do direito que todo o ser humano tem à vida, dúvidas e lacunas não devem existir. Não há espaço para eventuais contradições, omissões e previsões equivocadas. O testamento vital, por essa razão, precisa ser regulamentado de forma clara, a fim de que seus objetivos sejam alcançados. (2013, p. 75).

Luciana Dadalto ressalta que é através desse documento que uma “pessoa capaz manifesta seus desejos sobre a suspensão de tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em estado terminal, em EVP ou com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente a sua vontade”. (2013a, p. 89-90).

Portanto, é possível notar que as diretivas antecipadas de vontade são institutos recentes e, no Brasil, ainda não há lei específica que os regule. A justificativa da sua validade legal tem se pautado na interpretação principiológica da Constituição Federal, mais especificamente a autonomia do indivíduo, direito à vida e dignidade humana. Todavia, em virtude das múltiplas possibilidades de interpretação dos princípios constitucionais e devido à falta de permissivo legal específico, abre-se margem para a possibilidade de não efetivação destes institutos.

¹⁵ Conforme artigo 1º da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

4.3 Testamento Vital: requisitos formais e os limites da disposição

Em que pese haver um consenso doutrinário quanto a validade do testamento vital frente ao ordenamento jurídico brasileiro, no que tange às formalidades e requisitos para elaboração, há uma ampla divergência, especialmente em razão da ausência de previsão legal. Várias correntes se apresentam, algumas levam como base para seus posicionamentos a experiência dos países estrangeiros, enquanto outras buscam adaptá-lo à realidade jurídica brasileira com fundamento nas normas vigentes. Nesse cenário, necessário abordar quais são os requisitos formais para a elaboração do referido documento e quais os limites dessa disposição.

4.3.1 Capacidade

A capacidade é fundamental para a legitimação de qualquer negócio jurídico e do mesmo modo, quando da elaboração de um testamento vital, desempenha papel essencial, eis que dela decorre o direito de dispor sobre o fim da vida. No entanto, a mesma deve ser considerada sempre em relação ao momento de elaboração do documento, tendo em vista a possibilidade que com a progressão da doença terminal o paciente acabe impossibilitado de manifestar sua vontade.

Conforme expõe Sílvio de Salvo Venosa, a capacidade distingue-se em capacidade de direito e capacidade de fato. A primeira “gera a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações” e confunde-se com a personalidade jurídica atribuída pelo Código Civil, eis que é atribuída à pessoa desde o nascimento com vida¹⁶ e não sofre qualquer restrição. Já a segunda consiste na “aptidão da pessoa para exercer por si mesma os atos da vida civil”, podendo ser limitada por aspectos como a menoridade e a falta de discernimento, podendo consistir em incapacidade absoluta e relativa, conforme previsto nos artigos 3º¹⁷ e 4º¹⁸ do Código Civil. (2013, p. 02).

¹⁶ Artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

¹⁷ Artigo 3º do Código Civil: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

¹⁸ Artigo 4º do Código Civil: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

De acordo com a interpretação de Diaulas Costa Ribeiro, a capacidade para elaboração das diretivas antecipadas de vontade com a finalidade de suspensão do esforço terapêutico é a mesma determinada pelo Código Civil, devendo ser elaborada sempre anteriormente à perda de sua capacidade. (2005, p. 280).

Ronald Dworkin toma como critério para a validade da disposição sobre as situações de terminalidade de vida a manifestação de vontade, a “competência”, ou seja, o discernimento. O paciente que nesses termos manifestar a sua vontade de forma expressa através de um “testamento de vida” ou reiteradamente pela forma verbal deve ter a sua autonomia respeitada. (2003, p. 269).

Para Leo Pessini e Christian de P. Barchifontaine, a primeira condição para a tomada de decisões tão importantes como essa é a

[...] perfeita capacidade de discernimento do problema e uma vontade livre de qualquer tipo de pressão. É bom ter em mente que a competência “total” se dá muito poucas vezes na vida, e que, somente podemos exigir de quem decide uma competência “proporcional” à decisão que toma, ou “suficiente” no caso de pacientes terminais por exemplo. (2013, p. 409).

Tiago Vieira Bomtempo refere que na elaboração de um testamento vital a verificação da capacidade deve ocorrer em duas etapas: a primeira segundo os ditames do artigo 5º do Código Civil Brasileiro¹⁹, e a segunda estaria atrelada a verificação do pleno discernimento, “o qual consiste no poder de exprimir a real vontade que o próprio paciente quer tomar em relação a determinado tratamento médico”. Assim, o indivíduo deve ser “maior de 18 anos e ter o poder de discernimento na época de sua elaboração”. (2013, p. 99-100).

No mesmo sentido, de acordo com interpretação dada por Diogo Oliveira da Silveira, a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina ao utilizar o termo “autonomia da vontade” estabelece como critérios de capacidade que o paciente seja maior de idade e tenha plena consciência. (2012, p. 265).

¹⁹ Artigo 5º do Código Civil: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”

Diverge desse posicionamento a autora Luciana Dadalto, pois para a mesma apenas o discernimento é requisito essencial para que a pessoa possa fazer uma declaração antecipada de vontade. Nesse sentido defende ser necessária a flexibilização dos limites objetivos de fixação de idade trazidos pelo Código Civil, eis que

[...] apenas diante do caso concreto será possível averiguar para quais atos de vontade o indivíduo – categorizado pela lei como incapaz – possui discernimento, que deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário. Significa dizer que caso um menor de idade queira redigir uma declaração prévia de vontade para o fim da vida deverá primeiramente requerer autorização judicial, que somente poderá negá-la se restar provado a falta de discernimento deste para praticar tal ato. Entretanto, caso não haja esse requerimento, entende-se que, após adquirida a maioridade civil, o documento deve ser ratificado pelo próprio outorgante. (2013a, p. 154-155).

A autora segue referindo que, para os outorgantes que já foram diagnosticados com uma doença incurável e terminal, é necessário comprovar o seu discernimento através de um laudo médico, porquanto existem estudos que questionam os efeitos que o diagnóstico do fim de vida gera no indivíduo. (2013b, p. 67). Para José Maria Leoni Lopes de Oliveira, sempre é necessária a prova da higidez mental do declarante, devendo a mesma ser atestada por médico, pela mesma sistemática da prática já utilizada pelos notários em testamentos de pessoas idosas. (2013, p. 127).

Da mesma forma, é importante mencionar que segundo o artigo 1860, § único²⁰, do Código Civil, a partir dos dezesseis anos de idade já se faz presente a capacidade para testar.

A discussão doutrinária sobre a capacidade do indivíduo para elaboração de um testamento vital é parca, sendo ponto omitido pela maioria dos autores. Inobstante, verifica-se que a capacidade é requisito indispensável para elaboração do testamento vital, permanecendo sob polêmica a questão da maioridade e, por consequência, os casos de sua cessação da incapacidade previstos pelo Código Civil.

4.3.2 Forma

A forma de elaboração do testamento vital é um ponto bastante controvertido pela doutrina, especialmente em virtude da ausência de legislação que discipline expressamente o assunto e ante o receio de que futura alegação de nulidade do documento inviabilize o seu cumprimento.

²⁰ Artigo 1860 do Código Civil: “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos”.

A Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina determina em seu artigo 2º, §4º, que o médico registrará no prontuário as diretivas antecipadas de vontade que tiverem sido exaradas pelo paciente.

Segundo José Maria Leoni Lopes de Oliveira, a manifestação de vontade deve ocorrer sempre pela forma escrita, podendo ser elaborada tanto por instrumento público quanto particular, mas sempre perante duas testemunhas que não sejam herdeiros legítimos ou testamentários. Para o autor, a exigência das testemunhas se justifica ante as previsões trazidas pelo Código Civil para a lavratura de escritura pública e várias das modalidades de testamentos. (2013, p. 127).

Maria Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira ressaltam que existem características do testamento vital que se assemelham as do testamento, tais como se tratar de “um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, porém dele se distancia em uma característica essencial – a produção dos efeitos, que no passo do testamento é *post mortem*”, razão pela qual é questionável a necessidade de adoção das mesmas formalidades. (2012, p. 183-184).

Seguindo esse entendimento, Tiago Vieira Bomtempo infere que o testamento vital tem forma livre, consoante dispõe o artigo 107 do Código Civil²¹, não estando atrelado às formalidades do testamento, pois se trata de declaração unilateral de vontade. (2013, p. 101). No mesmo sentido, Diaulas Costa Ribeiro menciona que o testamento vital pode ser redigido através de

[...] uma escritura feita em cartório, na qual o paciente declara não aceitar a obstinação terapêutica, nem se manter vivo por aparelhos, especificando, ainda, que tipo de tratamento tolerará; uma declaração escrita em documento particular, uma simples folha de papel assinada, de preferência com firma reconhecida; uma declaração feita a seu médico assistente – registrada em seu próprio prontuário, com sua assinatura. (2005, p. 280).

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 239), Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2012, p. 191) também não fazem nenhuma restrição quanto a necessidade do documento ser elaborado de forma pública ou privada, apenas mencionando que o mesmo deve adotar obrigatoriamente a forma escrita.

²¹ Artigo 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

Entretanto, Luciana Dadalto entende ser importante que a declaração prévia de vontade seja lavrada perante um notário, só podendo ser realizada na forma pública, a fim de garantir segurança jurídica ao documento. Recomenda ainda a criação de um banco nacional de testamentos vitais e, também que, no caso de existência de uma declaração prévia de vontade o paciente informe o médico responsável para possibilitar maior efetividade no cumprimento da sua vontade. (2013a, p. 151-152).

Assim, tendo em vista os múltiplos posicionamentos da doutrina, verifica-se a importância da aprovação de uma lei que regulamente matéria. Todavia, enquanto isso não ocorre, a elaboração do testamento vital ainda deve ser realizada com cautela, tendo em vista a possibilidade do reconhecimento da nulidade do ato, ante o descumprimento de requisito formal.

4.3.3 A vigência da declaração e a possibilidade de revogação

Outro ponto que deve ser abordado é a partir de que momento o testamento vital possui eficácia, se o mesmo possui um prazo de vigência determinado e se existe ou não a possibilidade de sua revogação e, desse modo, qual seria a forma necessária.

Tiago Vieira Bomtempo cita que no Brasil não há nenhuma previsão legal quanto ao prazo de validade do testamento vital. No estado da Califórnia, nos Estados Unidos, porém, o documento só terá efeitos quando passados 14 dias de sua assinatura, possuindo validade por tempo determinado, qual seja, cinco anos. Todavia, o autor entende ser possível aplicar analogicamente o disposto no parágrafo único do artigo 14 do Código Civil²² em consonância com o artigo 4º a Lei 9.434/97²³ que regula a Doação de Órgãos, possuindo, desta feita, prazo indeterminado até revogação em contrário pelo próprio paciente, necessariamente anterior ao estado de incapacidade. (2013, p. 100-101).

Para Luciana Dadalto, no Brasil a declaração torna-se eficaz “a partir de sua inscrição no prontuário médico, pois ainda que ele seja oponível *erga omnes* a partir da lavratura da escritura pública pelo notário, sua eficácia médica apenas perfaz com a inscrição no prontuário.” Quanto ao término da vigência, a autora afirma que

²² Artigo 14 do Código Civil Brasileiro: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

²³ Artigo 4º da Lei 9.434/97 “A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.”

[...] as declarações prévias de vontade do paciente terminal são, por essência, revogáveis, razão pela qual discorda-se da fixação de prazo de validade nestes documentos, pela total desnecessidade, vez que a qualquer tempo o outorgante pode revogar a manifestação anterior. Aqui, vale uma comparação com o instituto do testamento que, como instrumento de manifestação da vontade do indivíduo, pode ser revogado a qualquer tempo pelo testador. (DADALTO, 2013a, p. 155-156).

Caio Mario da Silva Pereira entende que, da mesma forma que o testamento convencional, o testamento vital pode ser revogado a qualquer momento, através da manifestação do declarante, de forma escrita ou oral. No entanto, a revogação só poderá ser realizada enquanto o declarante conservar sua plena capacidade e aptidão para expressar a sua vontade contrária. (2007, p. 220). Maria Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira coadunam com o entendimento de que o testamento vital pode ser revogado a qualquer tempo. (2012, p. 191)

José Maria Leoni Lopes de Oliveira faz importantes ressalvas no tocante à eficácia do testamento vital. Segundo o autor, se decorridos vários anos entre a data de confecção do documento e a situação de incapacidade do paciente terminal, faz-se necessária a comprovação através da oitiva de testemunhas, tais como parentes e amigos, que a vontade do paciente continua a mesma, devendo tal prova ser efetuada perante o Poder Judiciário, com a participação do Ministério Público. Ainda, prossegue referindo que “se na época da decisão constata-se que a ciência médica desenvolveu técnica de tratamento eficaz” não se deve cumprir o testamento vital, devendo-se proceder a cura do paciente (2013, p. 127).

De acordo, Luciana Dadalto cita que caso seja verificado o avanço da Medicina quanto a determinado tratamento ou não tratamento disposto na declaração “não é mais utilizado/recomendado”, revoga-se tacitamente a disposição, razão pela qual a autora se posiciona contrariamente a estipulação de prazo de vigência para o documento.

Portanto, verifica-se a existência de um consenso doutrinário quanto a possibilidade de revogação da declaração de vontade, seja expressamente ou tacitamente, a fim de preservar a finalidade do documento que se traduz na efetivação da autonomia de vontade do paciente.

4.3.4 O conteúdo lícito da disposição

Uma das questões mais delicadas na elaboração do testamento vital é a delimitação de seu conteúdo eis que o mesmo não pode conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico ou à ética médica, sob pena de frustrar o seu cumprimento.

Luciana Dadalto refere que nas diretivas antecipadas de vontade não podem existir disposições contrárias ao ordenamento jurídico, como por exemplo, a realização de eutanásia ou assistência ao suicídio, vez que são práticas tipificadas como crimes pelo Código Penal Brasileiro. Para a autora, portanto, somente podem integrar a disposição

[...] a recusa e/ou aceitação de tratamentos que prolonguem a vida artificialmente, disposição sobre a doação de órgãos e a nomeação de um representante. Quanto às disposições de recusa e/ou aceitação de tratamentos, esta pesquisa entende que, para serem válidas perante o ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispor acerca da recusa dos cuidados paliativos, vez que estes são garantidores do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, do direito à morte digna”. (2013, p. 148-149).

A Resolução n. 1995/2012 que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade não cita pormenorizadamente quais são os tipos de tratamentos que o paciente pode decidir que sejam ou não aplicados, utilizando termo genérico. No entanto, a Resolução 1.805/2006 estabelece que o médico somente pode limitar ou suspender, à pedido do enfermo, “procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável²⁴”.

Sob essa perspectiva, Mayana Sales Moureira refere que não se mostra suficiente que se trate de uma doença grave, tão somente, “deve-se verificar se o tratamento médico realizado é eficaz, capaz de evitar a morte do paciente, ou se apenas retardará a sua ocorrência, aumentando seus dias de sofrimento”. Para tanto, deve-se diferenciar no caso concreto quais tratamentos podem ser considerados como proporcionais ou desproporcionais, já que as primeiras não podem ser objeto de recusa. (2013, p. 77-78). Assente com este entendimento o doutrinador Diaulas Costa Ribeiro, eis que para o mesmo somente pode ser objeto de recusa a suspensão do esforço terapêutico (2005, p 280).

Em contraponto, Elisa Costa Cruz defende a tese de que também podem compor o conteúdo do testamento vital decisões sobre ser informado a respeito de diagnósticos fatais e a opção pela doação de órgãos. (2013, p. 46).

Como a disposição de vontade do paciente tem como fundamento o direito à morte digna, reiteram-se nesse ponto todas as discussões já trazidas quanto a prática da ortotanásia, especialmente quanto a possibilidade de suspensão apenas dos tratamentos extraordinários e, jamais, dos tratamentos ordinários e paliativos.

²⁴ Conforme artigo 1º da Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

À vista disso, denota-se que em virtude da importância do teor desse documento e das peculiaridades que podem se apresentar, existem inúmeros pontos à serem dirimidos por futura lei que trate sobre o tema porquanto, atualmente, o instituto está embasado na legislação esparsa vigente.

4.4 Perspectivas jurisprudenciais sobre o tema

As manifestações emanadas pelo Poder Judiciário sobre a legalidade da prática da ortotanásia, o direito à morte digna e sobre as diretivas antecipadas de vontade até o momento são raras. Nas pesquisas jurisprudências realizadas, esses temas foram expressamente enfrentados em apenas duas ações judiciais, sendo que em ambas foi questionada a validade das Resoluções 1805/2006 e 1995/2012 exaradas pelo Conselho Federal de Medicina.

A primeira trata de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal em face do Conselho Federal de Medicina, que tramitou perante a Justiça Federal do Distrito Federal, sob o nº 2007.34.00.014809-3. Referida ação questionava a validade da Resolução 1805/2006 eis que, segundo o *parquet*,

“[i] o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; [ii] o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; [iii] considerado o contexto sócio-econômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.”

O juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, em análise preliminar, deferiu o pedido de antecipação de tutela e ordenou a suspensão da referida resolução. Luciana Dadalto menciona, em atenção a decisão liminar proferida, que o Magistrado incorreu em latente equívoco quanto aos conceitos de eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, tendo entendido, a despeito, que tal circunstância “não elide o enquadramento da prática da ortotanásia como conduta típica criminal, inculpada no artigo 121, do Código Penal brasileiro” eis que segundo um raciocínio legalista, a existência de um Projeto de Lei em tramitação que visa descriminalizar a ortotanásia, a mesma consistiria, portanto, crime atualmente. (2013, p. 134-136).

No entanto, após a aprovação do Novo Código de Ética Médica, em 24 de setembro de 2009, o Ministério Público Federal apresentou alegações finais favoráveis à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina. (DADALTO, 2013, p. 138). Em sentença, o Magistrado reviu o posicionamento anterior e julgou improcedente a referida ação, pautando-se nas seguintes premissas:

- [...] 1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares;
- 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal;
- 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial;
- 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica;
- 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

À guisa de introdução, teceremos comentários sobre conceitos que influenciam diretamente a opinião ministerial ora externada e o desfecho desta ação.

Considera-se eutanásia a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade. Na hipótese, existe doença, porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão. A eutanásia não conta com autorização legal em nosso país, configurando a prática o crime de homicídio doloso, podendo ser tratado como modalidade privilegiada, em razão do vetor moral deflagrador da ação.

Já a distanásia é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. No meio das duas espécies, figura a ortotanásia, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível. Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena. A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. [...]Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração. Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO."

Da referida decisão não foi interposto nenhum recurso, tendo a mesma transitado em julgado.

A segunda ação judicial existente tramita perante a Justiça Federal de Goiás sob o número 0001039-86.2013.4.01.3500. Trata-se de uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal de Goiás, também em face do Conselho Federal de Medicina questionando a validade da Resolução 1995/2012. Seguindo o entendimento esposado na sentença da ação que questionou a validade da Resolução 1805/2006, o magistrado indeferiu o pedido liminar e a ação foi julgada improcedente, nos seguintes termos:

Esclareça-se, desde já, que a resolução não regulamenta apenas as diretivas antecipadas de vontade de pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia. Trata ela de diretivas para qualquer paciente que venha a ficar incapacitado para expressar sua vontade.

Está certo o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ao apontar a inexistência de lei ou ato normativo de mesma hierarquia sobre a questão tratada neste processo.

É de todo desejável que tal questão venha a ser tratada pelo legislador, inclusive de forma a fixar requisitos atinentes a capacidade para fazer a declaração, sua forma, modo de revogação e eficácia.

Todavia, dado o vazio legislativo, as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico. E o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº 3.268/57.

A Resolução CFM nº 1995/2012 apenas regulamenta a conduta médica perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar sem possibilidade de exprimir a sua vontade.

A resolução tem efeito apenas na relação ético-disciplinar existente entre os Conselhos de Medicina e os médicos, mas não tem o condão de criar direitos ou obrigações, sobretudo nas esferas cível e penal. Com efeito, uma vez respeitadas as prescrições ali dispostas, não caberá aos Conselhos a imposição de quaisquer sanções ético-disciplinares ao médico.

Mas a família e o poder público não estarão impedidos de buscar tutela jurisdicional caso se oponham as diretivas antecipadas do paciente, nem a responsabilização dos profissionais de saúde por eventual ato ilícito.

Daí porque não há que se falar em extrapolação do poder regulamentar ou regulamentação dos direitos de personalidade (direito civil), condições para o exercício da profissão, saúde e seguridade social, a ser feita pela via legislativa (Congresso Nacional).

A resolução do Conselho Federal de Medicina é compatível com a autonomia da vontade, o princípio da dignidade humana, e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso III, CF).

O princípio da autonomia da vontade para decidir sobre recursos terapêuticos, aliás, está insito no artigo 15 do Código Civil: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Também não verifico afronta à segurança jurídica por ausência de previsão de determinadas questões colocadas na inicial.

A questão relativa aos requisitos legais para que o paciente decidir o tipo de tratamento a seguir está disciplinada na própria lei civil. O Código Civil trata da capacidade civil, em seus primeiros artigos, e da declaração de vontade em seu artigo 107 (A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir).

Tendo capacidade civil, poderá o paciente fazer declaração de vontade. O médico não estará obrigado a seguir a declaração, porém, se perceber que, pelo estado de saúde do paciente quando da declaração, não tinha o pleno gozo de suas capacidades cognitivas.

A resolução não previu nenhuma forma especial para a manifestação de vontade (escrita, verbal, etc) apenas determinando que o médico registre a vontade no

prontuário, o que não contraria qualquer lei em vigor (Código Civil, artigo 107). E veja-se que, inclusive, permitiu a designação de um representante para tal fim e a investigação da vontade junto a familiares de que não tenha deixado registro (art. 2º, §5º, da Resolução).

O prontuário, não foi eleito, portanto, instrumento de manifestação de vontade, mas mero meio de seu registro. Mesmo esse registro não foi eleito como indispensável para a validade das diretivas antecipadas do paciente (§5º, art. 2º, da Resolução).

E nem há que se exigir vigência temporal, já que o paciente está livre para manifestar, a qualquer tempo e por qualquer forma, entendimento diverso sobre o tipo de tratamento a que quer ou não se submeter.

No que diz respeito ao alijamento da família das decisões, cabem algumas considerações. A Resolução previu que a vontade do paciente deve prevalecer sobre a dos familiares (art. 2º, §3º). Tal previsão encontra amparo nos dispositivos legais e constitucionais acima citados.

Mas note-se que a família está convidada a participar do processo de investigação acerca da existência de declaração de vontade antecipada do paciente, quando não houver registro a respeito.

E o fato de haver registro da declaração de vontade do paciente do prontuário não retira da família o direito de acesso a informações sobre o tratamento dado, inclusive buscando em juízo tutela contra ato que viole a lei civil ou penal.

Também poderá buscar a tutela jurisdicional, a família que entender haver motivos para que a declaração de vontade do paciente não seja levada em conta (vício de consentimento, ausência de informação adequada dada ao paciente pela doença, prognóstico, tratamentos e riscos).

Tenho, assim, que a resolução não fere o disposto no artigo 226 da Constituição Federal.

Diante do exposto, julgo improcedente os pedidos.”

O Ministério Público interpôs apelação da referida decisão, sendo os autos remetidos para julgamento junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 11 de julho de 2014, encontrando-se atualmente, aguardando decisão no gabinete do relator, Desembargador Federal Jirar Aram Megueriam.

Portanto, é possível concluir que não obstante a escassa jurisprudência existente sobre o tema, o poder judiciário tem se posicionado uniformemente, até o momento, entendendo como legal e atípica a prática da ortotanásia, legitimando as diretivas antecipadas de vontade do paciente frente ao princípio da dignidade humana e o respeito à autonomia de vontade e considerando válidas as Resoluções 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo realizar o estudo sobre a existência do denominado ‘direito à morte digna’ frente ao ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da inexistência de norma específica sobre o tema. Através da análise da validade da declaração de vontade do paciente portador de doença em estado terminal sob a forma de testamento vital, avaliou-se, ainda, quais seriam os requisitos formais para realização de tal ato.

Constatou-se que a vida é expressamente protegida pela Constituição Federal, sendo que sua importância decorre da mesma ser pressuposto para a titularidade de qualquer outro direito fundamental. Observou-se que apesar das inúmeras tentativas da ciência e do direito, ainda não há consenso sobre o seu marco de início, sendo ponto bastante controverso. Em relação ao seu término, existe um entendimento mais sedimentado. Verificou-se que embora a ampla defesa existente, em decorrência do avanço da ciência médica e da genética, muitas vezes a proteção à vida humana acaba posta em risco.

Não obstante, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa brasileira assegurada, também, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, toda e qualquer norma deve ser interpretada através deste princípio. Evidenciou-se que, embora não exista consenso quanto a sua conceituação, a mesma deve ser analisada de acordo com as peculiaridades existentes em cada sociedade e momento histórico. Através de uma interpretação sistemática da intenção do legislador constituinte é possível inferir, deste modo, que a vida que deve ser protegida é a vida com dignidade.

Em confronto com o direito de proteção à vida e o princípio da dignidade humana, destoa o princípio da autonomia de vontade, implicitamente previsto pela Constituição Federal. Tem como finalidade oferecer resguardo à liberdade de escolha do indivíduo sobre os interesses da esfera patrimonial e existencial em relação às intervenções estatais, que, como se viu, só devem ser impostas em casos extremamente necessários.

Com relação a atividade médica, verificou-se que a relação entre médico e paciente sofreu drásticas modificações no tempo e, em decorrência, passou a ser reconhecida a autonomia do paciente para a tomada de decisões acerca dos tratamentos médicos, prática denominada como ‘consentimento informado’. Atualmente, a responsabilidade civil decorrente da atividade médica é, em regra, subjetiva, não havendo que se falar em dever de cura, mas sim, da obrigação de empregar todos os conhecimentos e práticas disponíveis para o restabelecimento da saúde do paciente e, quando o mesmo não for possível, utilizar tratamentos que visem proporcionar conforto ao enfermo.

Ainda, inferiu-se a importância da utilização dos princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça na tomada de decisões quanto aos tratamentos médicos no fim da vida. O princípio da autonomia expressa a necessidade de respeito às decisões dos indivíduos sobre si mesmos; suas convicções e ideais de vida, exigindo, todavia, a presença de capacidade para a tomada de decisões. Os princípios da beneficência e não-maleficência expressam uma conduta estatal mais paternalista. Sendo caracterizados principalmente como uma obrigação de não causar dano e de maximizar os benefícios do tratamento em relação ao paciente, justificariam a intervenção na vida individual. Por fim, o princípio da justiça é entendido como ideia de igualdade entre os pacientes no tocante ao direito à saúde, devendo o médico sempre valer-se da imparcialidade.

No que tange às várias formas de tratamentos e procedimentos aplicáveis aos pacientes em estado terminal, a doutrina criou uma classificação quanto às práticas médicas, de acordo com as suas particularidades, dentre as quais, a eutanásia, o suicídio assistido, a ortotanásia e a distanásia.

A eutanásia, constatou-se que consiste na provocação da morte de uma pessoa acometida por doença grave e incurável ou em estado vegetativo persistente, a pedido da mesma ou de seus familiares, através de recursos farmacológicos, a fim de acabar com o sofrimento causado pela doença. Essa prática é proibida no Brasil, sendo enquadrada como homicídio, de acordo com o artigo 121 do Código Penal, existindo proibição, no mesmo sentido, no Código de Ética Médica.

Em relação a ortotanásia, viu-se que a mesma é compreendida como a morte no tempo adequado; não apressada como na eutanásia, e nem combatida com métodos extraordinários, como na distanásia. É, por muitos, trazida como sinônimo de morte com dignidade já que através dela, quando reconhecida a inviabilidade de cura do paciente, sejam aplicados os denominados tratamentos paliativos. São tratamentos que têm como finalidade proporcionar conforto ao paciente, diminuindo o seu sofrimento sem, contudo, por fim, antecipadamente, à sua vida. Através dessa prática a causa da morte é a própria doença da qual a pessoa foi acometida.

A distanásia, percebeu-se que anda em sentido totalmente contrário à eutanásia e à ortotanásia. Consiste em prática médica na qual são utilizados todos os recursos existentes, ordinários e extraordinários, a fim de retardar a morte do paciente, por isso, também denominada como obstinação terapêutica. Essa prática é vedada pelo Código de Ética Médica e também pela Constituição Federal por culminar em tratamento desumano e degradante. A principal crítica a essa prática ocorre em razão da futilidade na utilização dos tratamentos médicos extraordinários quando a vida é inviável.

Nessa senda, entra em discussão o direito à morte com dignidade, consistente na utilização da prática da ortotanásia. A doutrina majoritária consente que, mesmo não existindo permissivo legal específico, é possível reconhecer a existência deste direito através de uma interpretação sistemática dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e autonomia de vontade, erigidos pela Constituição Federal. Viu-se a tese de que a ortotanásia se caracterizaria numa limitação à proteção estatal conferida à vida. Dessa forma, o paciente em estado terminal pode optar pelos tratamentos médicos que deseja sejam aplicados no fim de sua vida, de acordo com suas convicções morais e religiosas.

Como meio de manifestação da vontade do indivíduo, entram em cena as diretivas antecipadas de vontade, trazidas pela Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, das quais derivam duas espécies, o mandato duradouro e o testamento vital.

O mandato duradouro é um documento no qual são repassados poderes para que, quando em estado de incapacidade, um terceiro tome as decisões sobre os tratamentos médicos a serem aplicados. Não se limita às situações de terminalidade de vida. É também utilizado nas situações de incapacidade transitória, como por exemplo o coma. Entram em discussão, por sua vez, quantas e quem seriam as pessoas aptas a figurar como mandatárias, sobre o que, evidenciou-se inexistir consenso doutrinário sobre o tema.

Em relação ao testamento vital, o mesmo consiste em uma declaração de vontade do paciente, expressa antes ou após ter sido diagnosticado com uma doença incurável, sobre os tratamentos médicos que deseja sejam empregados no fim de sua vida, tanto de forma restritiva quanto extensiva. Viu-se, pelos posicionamentos doutrinários analisados, que a nomenclatura é extremamente criticada pois o instituto pouco se assemelha ao testamento, trazido pelo Código Civil Brasileiro.

Em virtude da ausência de previsão expressa, permeiam inúmeras discussões quanto aos requisitos formais de elaboração do documento, em qualquer das suas formas. Em relação a capacidade, é necessário que a pessoa tenha alcançado a maioridade e possua pleno discernimento mental no momento de elaboração do documento. Quanto a forma, é possível concluir que a mesma é livre, de acordo com o artigo 107 do Código Civil, todavia, a fim de conferir maior confiabilidade ao documento e evitar futuros questionamentos judiciais, admite-se seja redigido através de uma escritura pública. A possibilidade de revogação de tal documento é consente, podendo a mesma ser expressa através da elaboração de uma nova declaração de vontade.

Ao final, analisando as perspectivas jurisprudenciais para o tema, constatou-se que as diretivas antecipadas de vontade vêm sendo acolhidas pelo Poder Judiciário, que nas decisões analisadas, entendeu pela validade das Resoluções 1.805/2006 e 1.995/2012.

Assim, em conclusão, pode-se afirmar que a proposta ganha corpo e já se pensa juridicamente no assunto, cumprindo, todavia, esclarecer que a efetivação do testamento vital só pode ocorrer quando verificada a impossibilidade de cura da doença. Na hipótese do avanço da medicina propiciar a cura de certa moléstia que, quando da elaboração do testamento vital era inviável, o mesmo não deve ser aplicado.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bossi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Cristiane A. Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: considerações sobre linguagem e fim de vida. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo: IOB, n. 77, abr./maio, 2013. p. 24-43.

BERGESTEIN, Gilberto. *A Informação na Relação Médico-paciente*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502203082/page/26>>. Acesso em 30 maio 2014.

BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios da ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOMTEMPO, Tiago V. A aplicabilidade do Testamento Vital no Brasil. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo: IOB, n. 77, abr./maio, 2013. p. 95-120.

BORGES, Roxana C. B. *Disponibilidade dos Direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 jun. 2014.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 17 jun. 2014.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 17 jun. 2013.

_____. *Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 8 mai. 2015.

_____. Justiça Federal. *Enunciados Aprovados V Jornada de Direito Civil.* Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2014.

_____. Justiça Federal. Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 06 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em 05 maio 2015.

_____. Justiça Federal. Ação Civil Pública n. 0001039-86.2013.4.01.3500. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Eduardo Pereira da Silva. Goiás: 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 05 maio 2015.

_____. Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Legislação Republicana Brasileira.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 12 mai. 2015.

_____. Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Legislação Republicana Brasileira.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 12 mai. 2015.

_____. Lei Federal n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Legislação Republicana Brasileira.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em 17 jun. 2014.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 524, de 2009.* Senado, 25 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70253&tp=1>>. Acesso em 13 jun. 2014.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado número 236, de 2012.* Senado, 09 de julho de 2012. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em 12 mai. 2015.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.995/2012*. Brasília: CFM, 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em 13 jun. 2014.

_____. *Resolução n. 1.931/2009*. Brasília: CFM, 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

_____. *Resolução n. 1.246/1988*. Brasília: CFM, 1988. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

_____. *Resolução n. 1.805/2006*. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 12 mai. 2015.

COLTRO, Antônio C. M; TELLES, Marília C. O. A morte digna sob a ótica judicial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 145-171.

CRUZ, Elisa C. Autonomia no processo de morrer: as Diretivas Antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo: IOB, n. 77, abr./mai., 2013. p. 43-59.

CRUZ, Paulo M. Os Princípios Constitucionais. In: CRUZ, Paulo Marcio; GOMES, Rogério Zuel (Coords.). *Princípios constitucionais e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2007.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013a.

_____. Aspectos Registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo: IOB, n. 77, abr./mai., 2013b.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FERRI, Luigi. La Autonomia Privada. Apud: DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 22-23.

FRANÇA, Genival V. *Medicina Legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-277-1979-7/pages/48078780>>. Acesso em: 19 out. 2014.

GOZZO, Débora. *Bioética e direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502163126/page/25>>. Acesso em 03 jun. 2014.

HOGEMANN, Edna. *Conflitos Bioéticos: clonagem humana*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502183377/>>. Acesso em 07 jun. 2014.

JARAMILLO, Isa F. *Morrer bem*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2006.

JONSEN, Albert R.; SIEGLER, Mark; WINSLADE, William J. *Ética clínica: abordagem prática para decisões éticas na medicina clínica*. Trad. Ananyr P. Fajardo. Porto Alegre: AMGH, 2012. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788580551303/pages/97010383>>. Acesso em 12 mar. 2015.

KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana M. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento? *Revista Einstein*. São Paulo: v. 2, n. 2, 2004. p. 133-134. Disponível em: <[http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20%20\(Marcos\).pdf](http://www.einstein.br/biblioteca/artigos/Vol2Num2/O%20paciente%20terminal%20%20(Marcos).pdf)>. Acesso em 03 jun. 2014.

LIPPMANN, Ernesto. O papel do advogado no testamento vital. In: DADALTO, Luciana (Coord.). *Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação*. Belo Horizonte: Letramento, 2013. p. 140-141.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAGALHÃES, Leslei. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502143203/page/162>>. Acesso em 13 maio 2014.

MARQUES, Suzana O. *Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MATOS, Gilson E. C. Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. *Revista Bioética*. São Paulo: CFM, v. 15, n. 2, 2007. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/41>. Acesso em 18 jan. 2015.

MELO, Ana G. C; CAPONERO, Ricardo. Cuidados paliativos – abordagem contínua e integral. In: SANTOS, Franklin S. (Org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Editora Atheneu, 2009. p. 257-267.

MELO, Nehemias. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522477869/page/73>>. Acesso em 30 maio 2014.

MILHAVACA, Luciano A. (Neo) Constitucionalismo, Decisões Judiciais, Discricionariedade e a Teoria de Dworkin. In: TRINDADE, André K.; BORTOLOTTI, José C. K. (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Democracia Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editora, 2013.

MÖLLER, Leticia L. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Mayana S. Testamento Vital: um estudo sobre o seu conteúdo lícito no Brasil. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo: IOB, n. 77, abr./mai., 2013. p. 70-82.

MOUREIRA, Diogo L. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da Pessoaalidade no Direito Privado. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno T. O; SÁ, Maria F. F. *Direito Civil: Atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. *Apud*: DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 34.

NAMBA, Edison. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522467051/page/176>>. Acesso em 04 jun. 2014.

NEVARES, Ana L. M. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEVES, Rodrigo S. O testamento Vital: Autonomia Privada x Direito à Vida. *Revista Síntese Direito de Família*. São Paulo: IOB, n. 77, abr./mai., 2013. p. 09-23.

OLIVEIRA, José M. L. L de. Direito a uma morte digna. In: NEVES, Thiago F. C. (Coord.). *Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 119-120.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo C. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PÉREZ, Ana M. B. O direito de decidir. In: JARAMILLO, Isa F. (Org.). *Morrer bem*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2006.

PESSINI, Leo. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. *Revista Bioética*. São Paulo: CFM, v. 12, n. 1, 2004. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/120/125>. Acesso em 10 jun. 2014.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian P. *Problemas atuais de bioética*. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

PINHO, Rodrigo. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502155633/pages/53139307>>. Acesso em 10 mai. 2014.

RABENHORST, Eduardo R. *Dignidade humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAJÃO, Raíssa B. D. Diretivas antecipadas de vontade e eutanásia. In: DADALTO, Luciana (Coord.). *Diretivas antecipadas de vontade: ensaios sobre o direito à autodeterminação*. Belo Horizonte: Letramento, 2013. p. 63-77.

REGO, Sergio. PALACIOS, Marisa. BATISTA, Rodrigo S. *Bioética para profissionais de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

RIBEIRO, Diaulas C. Congresso de Direito de Família, 5, 2006, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2005. p. 273-283.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-3890-1/page/322>>. Acesso em 30 mai. 2014.

RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

SANTOS, Franklin S. (org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009.

SÃO PAULO. Lei Estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999. *Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências*. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em 12 mai. 2015.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: PEIXINHO, Manoel M; GUERRA, Isabella F; FILHO, Firly N. (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, Ana C. H. (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008.

SARTORI, Giana L. Z. *Direito e bioética: o desafio da interdisciplinaridade*. Erechim: Edifapes, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos de personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Reinaldo P. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

SILVEIRA, Diego O. Fim da vida: a morte digna como direito fundamental. In: SANTOS, Luis F. B. [et. al.]. *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. Porto Alegre: IBDFAM, 2012.

STERN, Klaus. Die Grundrechte und ihre Schranken, 2001. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito das sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEIXEIRA, Angela Tuccio. Aspectos jurídicos da morte e do morrer. In: SANTOS, Franklin Santana (org.). *Cuidados paliativos: discutindo a vida, a morte e o morrer*. São Paulo: Atheneu, 2009.

VANRELL, Jorge P. *Odontologia Legal & Antropologia Forense*. 2. ed. Guanabara: Koogan, 2009. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-277-2013-7/page/111>>. Acesso em: 26 out. 2014.

VASCONCELOS, Cristiane. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522472642/page/iv>>. Acesso em 27 mai. 2014.

VENOSA, Silvio S. *Direito civil: parte geral*. v. 1. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484706/pages/107051187>>. Acesso em 12 mai. 2015.

ANEXO A – MODELO DE TESTAMENTO VITAL¹

DECLARAÇÃO PRÉVIA DE VONTADE PARA PACIENTE EM FIM DE VIDA (TESTAMENTO VITAL)

Eu, _____ (nome completo), _____ (nacionalidade), _____ (estado civil), _____ (data de nascimento), _____ (profissão), _____ (CPF), _____

_____ (endereço completo), venho, de livre e espontânea vontade, no pleno gozo das minhas capacidades civis, respaldado pelos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º III) e da autonomia (princípio implícito no art. 5º) bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º III) e pelo o artigo 15 do Código Civil brasileiro, expressar as instruções que devem ser levadas em consideração sobre os meus cuidados médicos quando, por diferentes circunstâncias derivadas de um quadro irreversível de minhas saúde física e/ou psíquica, eu não possa manifestar a minha vontade:

I – VALORES E DESEJOS:

Eu quero que todos saibam sobre meus valores e meus desejos, especialmente sobre o que é mais importante pra mim durante a última parte da minha vida:

II – DECISÕES SOBRE O FIM DA VIDA:

II.1 Caso dois médicos entendam que padeço de uma doença terminal, incurável e irreversível, e que, portanto, não tenho nenhuma perspectiva de cura ou de melhora, manifesto aqui os procedimentos e medicamentos aos quais não desejo que sejam administrados ou realizados:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como a abstenção da equipe de saúde em me reanimar case meu coração pare de bater e eu pare de respirar.
- b) Respiração artificial
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos
- d) Diálise
- e) Quimioterapia
- f) Radioterapia

¹ Modelo de testamento vital trazido por Luciana Dadalto no livro *Testamento Vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 195-199.

- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor
- h) Exames invasivos
- i) Antibióticos
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que em grau avançado de doenças terminais, o paciente não sente fome nem sede e, mais, muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto.

k) Outros: _____

II.2 Caso dois médicos entendam que padeço de uma demência em estado avançado e irreversível ou de uma enfermidade degenerativa do sistema nervoso ou muscular, em fase avançada e irreversível, nas quais eu não esteja mais vivendo com qualidade, entendido aqui a qualidade de vida como _____

_____, manifesto aqui os procedimentos e medicamentos aos quais não desejo que sejam administrados ou realizados:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como a abstenção da equipe de saúde em me reanimar case meu coração pare de bater e eu pare de respirar.
- b) Respiração artificial
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos
- d) Diálise
- e) Quimioterapia
- f) Radioterapia
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor
- h) Exames invasivos
- i) Antibióticos
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que em grau avançado de doenças terminais, o paciente não sente fome nem sede e, mais, muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto.

k) Outros: _____

II.3 Caso dois médicos diagnostiquem que estou em Estado Vegetativo Persistente, condição que a Medicina tem uma grande certeza de irreversibilidade, manifesto aqui os procedimentos e medicamentos aos quais não desejo que sejam administrados ou realizados:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como a abstenção da equipe de saúde em me reanimar case meu coração pare de bater e eu pare de respirar.
- b) Respiração artificial
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos
- d) Diálise
- e) Quimioterapia
- f) Radioterapia
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor
- h) Exames invasivos
- i) Antibióticos
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que em grau avançado de doenças terminais, o paciente não sente fome nem sede e, mais, muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto.
- k) Outros: _____

IV – OUTRAS DISPOSIÇÕES:

IV.1 Manifesto expressamente meu desejo de que sejam realizados todos e quaisquer procedimentos cuja finalidade seja, exclusivamente, promover meu conforto e amenizar minha dor e/ou angústia, garantindo um final digno de vida, mesmo quando tais procedimentos possam prolongar minha vida.

IV.2 Não desejo a realização de nenhum procedimento para tirar a minha vida, desejo apenas que ela não seja desarrazoadamente prolongada.

IV.3 Se eu estiver grávida, essa diretiva antecipada ficará suspensa até o final da gravidez.

IV.4 Tenho plena consciência que este documento vincula meus familiares, meus amigos e equipe de saúde, que devem seguir todas as disposições aqui inscritas.

IV.5 Desejo que, diante da irreversibilidade do quadro médico, eu seja levado para minha casa a fim de que desfrute dos últimos momentos de vida junto com a minha família e no meu lar.

V – DIRETRIZES PARA A EQUIPE DE SAÚDE QUE ME ATENDERÁ

V.1 Durante a feitura desse documento fui orientado pelo meu médico de confiança, Dr. _____,

Portador do CRM nº. _____, que me instruiu acerca dos termos técnicos aqui inscritos, bem como das consequências de todos os procedimentos aos quais estou me recusando.

V.2 Esse documento autoriza a suspensão ou não realização de procedimentos apenas quando dois médicos atestarem a irreversibilidade das situações de terminalidade, de demência avançada ou de Estado Vegetativo.

V.3 Este documento foi feito por uma pessoa em pleno gozo de sua capacidade civil que, de acordo com as leis brasileiras e a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, tem a faculdade de recusar procedimentos médicos que tenham a finalidade apenas de prolongar a vida biológica, sem garantir-lhe qualidade de vida.

V.4 Se algum membro da equipe se utilizar de seu direito à objeção de consciência, e, portanto, não puder cumprir as disposições aqui previstas por razão moral ou religiosa, vocês devem me encaminhar para outro profissional afim de que minha vontade seja cumprida.

VI – REVOGAÇÃO

Tenho ciência de que eu posso revogar essa diretiva antecipada de vontade a qualquer tempo, fazendo uma nova diretiva ou apenas uma declaração de vontade revocatória. Em ambos os casos, posso revogar minhas decisões sobre o fim de vida e/ou nomeação do(s) procuradores para cuidados de saúde no fim de vida.

Cidade, data completa.

Assinatura do outorgante