



DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SUZANA RIBEIRO DA SILVA

Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Mestra em Biodireito, Ética e Cidadania do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL. Especialista em Direito Civil e Direito Empresarial da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Advogada.

ANDRESSA BRAGA DA SILVA FELIPE

Resumo: A presente pesquisa, através da metodologia bibliográfica, irá dispor acerca das diretivas antecipadas de vontade, explorando sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro e trazendo uma proposta legislativa para a positivação dos institutos. O referencial teórico se encontra principalmente nos estudos de Luciana Dadalto, Tom L. Beauchamp e James F. Childress.

Palavras-chave: direito civil - diretivas antecipadas de vontade - testamento vital - mandato duradouro.

Abstract: This research, through the bibliographic methodology, will deal with the advance directives of will, exploring its evolution in the Brazilian legal system and bringing a legislative proposal for the positivization of the institutes. The theoretical framework is found mainly in the studies of Luciana Dadalto, Tom L. Beauchamp and James F. Childress

Keywords: civil law - advance directives of will - living will - lasting mandate.

Introdução

As Diretivas Antecipadas de Vontade são medidas que visam garantir o respeito e a aplicação da vontade de uma pessoa em estado de terminalidade de vida e que não possa expressá-la em sua plena capacidade. Este instituto não é tratado especificamente em nenhuma legislação brasileira, porém, encontra respaldos nos princípios constitucionais, nos princípios bioéticos e do biodireito e no capítulo do direito da personalidade do Código Civil.

Pretende-se explicar o mandato duradouro e o testamento vital, espécies tradicionais das diretivas antecipadas de vontade criadas pela teoria da vontade dos autores Tom L. Beauchamp e James F. Childress. Para isso, serão abordados conceitos importantes, que devem ser observados no momento da confecção dos documentos: consentimento livre e esclarecido e a capacidade do paciente. Serão tratados, também, o conceito da ortotanásia, permitida no Brasil, e da distanásia.

Serão analisadas, ainda, as resoluções criadas pelo Conselho Federal de Medicina - que embora tenham aplicação apenas perante a classe médica, atualmente é o que se tem de mais próximo de legislação sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio - assim como as propostas legislativas em trâmite e suas particularidades.

1. Diretivas antecipadas

As diretivas antecipadas de vontade são gênero das quais são espécies, o testamento vital e o mandato duradouro. Tratam-se de documentos utilizados quando o paciente, por incapacidade permanente ou transitória, não puder se expressar de forma livre e consciente.

1.1. Mandato duradouro

O mandato duradouro é o instrumento pelo qual o paciente nomeará um ou mais “procuradores” que deverão ser consultados pelos médicos em casos de incapacidade do paciente em se expressar. Assim, o procurador decidirá quais medidas devem ser tomadas com base no seu conhecimento da vontade do incapaz.

Ele surgiu na Califórnia (EUA) e foi legalizado no âmbito federal pela “*The Patient Self-Determination Act*”.¹ É o primeiro modelo de autonomia criado por Beachamp e

¹ Lei norte-americana denominada “The Patient Self-Determination Act (PSDA)”, vigente desde 1991. É uma lei que reconhece a autonomia das pessoas nas tomadas de decisões no âmbito da saúde, incluindo o direito de

Childress chamado de julgamento substituto, sendo o modelo pelo qual o paciente nomeia um decisor substituto que deverá tomar decisões em seu nome.

É importante que esse procurador seja alguém que tenha contato próximo com o paciente para que conheça os seus verdadeiros desejos, valores e convicções, para que a sua escolha seja pautada na vontade dele e não em sua própria vontade. Para tanto, é necessário que ambos já tenham conversado sobre esses assuntos.²

O problema em nomear uma pessoa próxima como procuradora é que esta pode levar em consideração os seus valores, passando por cima da vontade do mandante, principalmente por se tratar de uma relação de afeto, o que pode dificultar na tomada de uma decisão como a de não aceitar a ressuscitação, resultando na morte do paciente.

Tornou-se cada vez mais difícil entrar pessoas apropriadas que desejam assumir a pesada tarefa de tutelar pessoas mentalmente inaptas que estejam institucionalizadas, e as famílias algumas vezes tomam decisões que entram em choque com os desejos aparentes da pessoa atualmente incapaz.³

Assim, a fim de solucionar essas questões, Beauchamp e Childress afirmam que o testamento vital pode ser usado para invalidar as decisões do procurador que sejam claramente contrárias aos melhores interesses do paciente.

Nas palavras de Dadalto:

A coexistência do mandato duradouro e do testamento vital em um único documento é salutar para o paciente. Contudo, como a aplicabilidade do mandato duradouro não se restringe a situações de terminalidade da vida, seria interessante fazer um testamento vital contendo a nomeação de um procurador (mandato duradouro), e, concomitantemente, redigir um mandato duradouro, nomeando o mesmo procurador – para que não haja conflito entre documentos – a fim de que este possa agir em situações que não envolvam fim da vida. Inexistindo um procurador, seria necessária a nomeação de uma equipe médica, de um juiz ou até mesmo de um comitê de ética do hospital para dirimir conflitos existentes entre os parentes do incapaz, pautando-se nos melhores interesses dos pacientes.⁴

Vale ressaltar que o testamento vital só poderá ser utilizado em casos de incapacidade permanente, enquanto que o mandato duradouro pode ser utilizado também nos casos de incapacidade transitória.

aceitação e recusa a tratamentos, e reconhece o registro por escrito dessas decisões, como forma de proteção a uma eventual futura incapacidade, garantindo, assim, o exercício da vontade do paciente.

² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia Privada do Paciente em Estado terminal. In: FIÚZA, Cesar; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 105.

³ BEACHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Prudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. P. 203

⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª Ed. Atlas, 2015.

Posto isto, indica-se a elaboração dos documentos de forma separada, visto que, em alguns países, como Estados Unidos e Espanha, o mandato duradouro é disposição do testamento vital, o que impossibilita a sua utilização em caso de incapacidade do outorgante.

1.2. Testamento vital

Apesar de o testamento vital assemelhar-se com um testamento *causa mortis*, pois é um negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, difere de duas características imprescindíveis do testamento: a produção de efeitos *post mortem* e a solenidade. A nomenclatura é fruto de uma tradução errônea de *living will*, o nome dado ao primeiro documento criado nos Estados Unidos. Assim, muitos doutrinadores vêm denominando o instituto de “declaração prévia de vontade do paciente terminal”, pois julgam a mais correta.

O primeiro documento surgiu nos Estados Unidos por intermédio do advogado Luiz Kutner, com o objetivo de proteger o direito individual, possibilitando às pessoas, em sua plena capacidade, escolher os tratamentos médicos que gostariam de ser submetidas quando estivessem em estado terminal, a fim de que não fossem submetidas a tratamentos fúteis.

É o segundo modelo de autonomia criado por Beachamp e Childress denominado de modelo de pura autonomia. O paciente, neste caso, expressa sua vontade anteriormente e o médico se baseará nela para tomar decisões.

O testamento vital é um documento escrito pelo qual uma pessoa capaz expressa sua vontade sobre suspensão de tratamentos a serem utilizados quando ela estiver em estado terminal⁵, em estado vegetativo persistente⁶ ou com doença crônica incurável⁷,

⁵ A terminalidade da vida recebe vários conceitos, atualmente, está ligada a doença incurável, progressiva e avançada pelo qual não apresenta resposta quando submetida a tratamentos que a medicina oferece. O prognóstico da expectativa de vida do paciente deve ser baixa e os problemas que ele apresenta deve ser multifatorial e intensos, trazendo grande impacto emocional na sua vida e na de seus familiares.

⁶ Segundo Dadalto os critérios de definição do estado vegetativo persistente, são: total ausência de consciência do eu ou do ambiente circundante; impossibilidade de interação com o próximo; ausência de respostas sustentadas, reprodutíveis, intencionais e voluntárias a estímulos visuais, auditivos, tácteis ou nóxios; ausência e compreensão ou expressões verbais, vigília intermitente, ciclos sono vigília, preservação das funções hipotálamicas e autonômicas suficientes para sobrevivência. Incontinência urinaria e fecal; preservação em grau variável dos reflexos dos nervos cranianos e espinomédulares. DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª Ed. Atlas, 2015.

⁷ Doença crônica, segundo a OMS são aquelas que “têm uma ou mais das seguintes características: são permanentes, produzem incapacidade/deficiência residuais, são causadas por alterações patológicas irreversíveis, exigem uma formação especial do doente para a reabilitação, ou podem exigir longos períodos de supervisão, observação ou cuidados”. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Definition of chronic disease*. Disponível em: http://www.who.int/topics/chronic_diseases/en/. Acesso em: 27 de julho de 2019.

impossibilitada de manifestar sua vontade de forma livre e consciente. Importante salientar que este documento apenas será eficaz quando o paciente se encontrar em estado de terminalidade de vida e não puder exprimir a sua vontade.

Carlos Roberto Gonçalves, conceitua o testamento vital da seguinte forma:

O denominado *testamento vital* ou *biológico* constitui uma declaração de vontade em que a pessoa manifesta o desejo de ser submetida a determinado tratamento, na hipótese de se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, ou apenas declara que não deseja ser submetida a nenhum procedimento que evite sua morte. Enquanto capaz, a pessoa escolhe, por escrito, o tratamento médico que deseja receber ou manifesta o desejo de não se submeter a nenhum. Com esse documento, o paciente visa influir sobre a conduta médica e a limitar a atuação da família, caso a doença progrida e venha a se tornar impossibilitado de manifestar sua vontade.⁸

O paciente em fim de vida deve ser tratado com dignidade, recebendo tratamentos que amenizem seus sofrimentos assegurando-lhe a qualidade de vida. Os tratamentos extraordinários, muitas vezes são fúteis e não modificam a situação de terminalidade de vida. A suspensão desses tratamentos recebe o nome de Suspensão de Esforço Terapêutico (SET) e são estes tratamentos que devem ser dispostos no testamento vital, afim de respeitar a autonomia da vontade do paciente. Vale ressaltar que o paciente não poderá dispor dos cuidados paliativos, visto que estes são essenciais para manter o bem-estar.

Assim, os objetivos principais do testamento vital são manter a vontade do paciente quando este se encontrar em terminalidade de vida e não puder expressar a sua vontade de forma consciente, além de trazer um respaldo legal para as tomadas de decisão médica nos casos de situações conflitantes.

Dadalto dispõe que, em regra, o testamento vital produz efeito *erga omnes*, vinculando médicos, parentes do paciente, e eventual procurador de saúde vinculado às suas disposições.⁹

A doutrina aponta limites ao testamento vital, como: objeção de consciência do médico, proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições contrárias à patologia do paciente ou tratamentos que a medicina já tenha superado.

Quanto à objeção de consciência do médico, o artigo 28 do Código de Ética Médico brasileiro prevê que é direito do médico recusar a realização de atos que, embora sejam permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Assim, é permitida a recusa de consciência médica, porém ela deve ser fundamentada com motivos éticos,

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014. V. 7. p. 215.

⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª Ed. Atlas, 2015.

morais, religiosos ou outra razão pessoal. Nestes casos, deverá o médico encaminhar o paciente a outro profissional.

A principal preocupação da proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico é da realização da eutanásia, procedimento proibido no Brasil, tanto na sua modalidade ativa, quanto na passiva.¹⁰

O último limite ao testamento vital - disposições que sejam contrárias à patologia do paciente ou tratamentos que a medicina já tenha superado - é de suma importância, visto que, entre a elaboração do documento e o estado de terminalidade do paciente, pode haver um grande lapso temporal. E aquelas disposições contrariam o melhor interesse do paciente..

No que tange ao aspecto formal, o testamento vital, assim como os outros testamentos, é um negócio jurídico solene, portanto, deve ser escrito e registrado no cartório competente, nos países que adotam esse sistema de publicização de atos.¹¹

1.3. Consentimento livre e esclarecido

A relação jurídica entre médico e paciente é uma relação contratual de caráter eminentemente existencial, regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O consentimento livre e esclarecido na relação médico-paciente tem papel fundamental, pois é informador deste contrato, e juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana “é elemento central na relação médico-paciente, sendo resultado de um processo de diálogo de colaboração, visando satisfazer a vontade e os valores do paciente”.¹²

Por vezes, este tipo de consentimento é criticado pelos médicos com o argumento de que isto seria uma restrição ao exercício da atuação profissional, pois seriam eles quem detém conhecimento técnico para escolher o melhor para o paciente. Todavia, este tipo de argumentação não deve ser levada em consideração, tendo em vista que o consentimento livre e esclarecido não tem o condão de restringir o exercício da atuação profissional do agente de

¹⁰ Nas palavras de Sá, “a eutanásia propriamente dita é a promoção do óbito. É a conduta, através da ação ou omissão do médico que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado grave de sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.” A doutrina ainda aponta duas modalidades de eutanásia: a ativa, que é aquela provocada pela ação de uma terceira pessoa, enquanto que a passiva, é aquela provocada pela omissão de um terceiro. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 39.

¹¹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª Ed. Atlas, 2015.

¹² SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 35.

saúde, já que ele continuará responsável pelo tratamento e esclarecerá todos os pontos ao paciente.

O Código de Ética Médica dispõe sobre o consentimento do paciente no capítulo IV em seu artigo 22, e capítulo XII, artigos 77, 102 e 110.

CAPÍTULO IV – Direitos Humanos

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. (...)

CAPÍTULO XII – Ensino e Pesquisa Médica

É vedado ao médico:

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expreso consentimento do seu representante legal. (...)

Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta quando seu uso estiver liberado no País. Parágrafo único. A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências. (...)

Art. 110. Praticar a medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) afirma, ainda, que o princípio da liberdade do indivíduo é um dos princípios pilares do Código de Ética Médica. Vale ressaltar que o exercício dessa liberdade só é possível quando o paciente receber informações “justas, claras e adequadas”, evidenciando a importância do consentimento livre e esclarecido.

Há exceções quanto ao consentimento livre e esclarecido, como nos casos em que o paciente se encontrar, iminentemente, em perigo de vida, podendo o médico dispensar o consentimento informado, porém, “passando o momento crítico e restabelecida a autonomia do paciente, este deverá ser informado de tudo para consentir na sequência do tratamento”¹³

1.4. Capacidade

O direito civil prevê duas espécies de capacidade: a capacidade de direito, que é a aquisição de direitos e deveres, e a capacidade de fato, que está ligada ao exercício desses direitos e deveres. A capacidade de direito é inerente ao ser humano, conforme se verifica no artigo 1º do Código Civil ¹⁴, enquanto a capacidade de fato depende de discernimento.

¹³ MATOS, Gilson Ely Chaves de. Aspectos Jurídicos e Bioéticos do Consentimento Informado na Prática Médica. Bioética, Brasília, v. 15, n. 2. 2007, p. 200.

¹⁴ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

No que se refere ao consentimento, a preocupação está na capacidade de consentir do paciente, se ele tem discernimento para consentir com determinado tratamento. Matos¹⁵ versa sobre a capacidade como requisito essencial para a validade do consentimento, sem o qual seria nulo.

Todavia, Nave e Sá afirmam que

O paciente precisa ter discernimento para a tomada de decisão. Discernimento significa estabelecer diferença; distinguir, fazer apreciação. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em direito, a capacidade de fato (ou capacidade para o exercício) normalmente se traduz em poder de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões.¹⁶

A capacidade aqui não é aquela disposta no Código Civil, pois, como apontado, nem sempre a capacidade de fato é sinônimo de discernimento. Há casos em que pacientes capazes, em determinado momento, perdem o discernimento por conta de medicamentos ou quando a doença afeta a sua capacidade cognitiva, por exemplo.

Um paciente ou sujeito é capaz de tomar uma decisão caso possua a capacidade de entender a informação material, fazer um julgamento sobre a informação à luz de seus próprios valores, visar um resultado determinado e comunicar livremente seu desejo àqueles que o tratam ou procuram saber qual é a sua vontade.¹⁷

Assim, a capacidade, neste caso, é sinônimo de discernimento, sendo imprescindível para a validade do consentimento prestado. A capacidade civil é mera formalidade, não devendo ser levada em consideração para verificar a validade do consentimento informado do paciente, pois deve ser auferido apenas se na época da manifestação de consentimento ele se encontrava em pleno gozo das suas capacidades cognitivas.

1.5. Ortotanásia

¹⁵ MATOS, Gilson Ely Chaves de. Aspectos Jurídicos e Bioéticos do Consentimento Informado na Prática Médica. Bioética, Brasília, v. 15, n. 2, p. 196-213, 2007.

¹⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: Sá, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v. 1, p. 119-120.

¹⁷ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. Trad. Luciana Prudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 154.

A ortotanásia ao contrário da distanásia¹⁸, é uma maneira de respeitar a ocorrência da morte em seu momento certo, aceitando que ela nem sempre é reversível e faz parte do curso normal da vida do ser humano.

Nas palavras de Pessini:

A ortotanásia permite ao doente que já entrou na fase final e àqueles que o cercam enfrentar a morte com certa tranquilidade, porque, nessa perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito esse fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre cuidar e curar, entre manter a vida quando isso é o procedimento correto e permitir que a pessoa morra quando sua hora chegou.¹⁹

A ortotanásia foi discutida e legalizada no Brasil após a Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, que julgou improcedente o pedido do Ministério Público (MP), no qual se alegou que o Conselho Federal de Medicina (CFM) não teria o poder de estabelecer como conduta ética a realização de ortotanásia.

O Ministério Público alegou ainda que a ortotanásia é tipificada como crime e que a Resolução n. 1.805/2006 do CFM, que no art. 1º “permite o 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”, viola o direito fundamental à vida.

O Conselho Federal de Medicina agravou, alegando que “a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna”.

Mesmo a decisão da Ação Civil Pública sendo favorável ao CFM, em 2012 houve uma modificação da resolução anterior, dando origem a resolução nº 1.995/2012, que em seu art. 1º define “as diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamento que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre ou autonomamente, sua vontade”. Também dispõe essa nova Resolução, em seu art. 2º, §§ 3º e 4º, que as diretivas de vontade do paciente prevalecerão mesmo sobre a vontade dos familiares e que, no prontuário médico, estarão as diretivas da vontade informadas, ao médico, pelo paciente.

¹⁸ Distanásia ocorre quando se utiliza de meios extraordinários e fúteis afim de prologar a vida de modo artificial, desrespeitando a dignidade da pessoa humana e prolongando o sofrimento do paciente e de todos os seus familiares.

¹⁹ PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?*, p. 225.

Existe, ainda, no Brasil, um anteprojeto da reforma do Código Penal (PL n. 236/2012), que inclui, no seu art. 121, a ortotanásia como causa de exclusão de ilicitude, com a seguinte redação:

Exclusão de ilicitude:

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Assim, deve-se permitir no ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa, a realização da ortotanásia em pacientes que se encontram no fim da vida, pois a morte, conforme já exposto, é algo inevitável e seu prolongamento pode trazer maiores sofrimentos ao paciente. A permissão da ortotanásia garantirá a Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que estar vivo nem sempre é estar valorizando a vida ou a dignidade. Além disso, trará maiores respaldos para a criação do testamento vital.

2. A positivação das diretivas antecipadas e a validade dos institutos no ordenamento jurídico brasileiro

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina editou uma resolução que dispõe em seu preâmbulo o seguinte texto:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.²⁰

A resolução tem apenas três artigos, e o terceiro tem caráter meramente formal. Além disso, é uma disposição que vincula apenas a classe médica.

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

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

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

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

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM Nº 1.805/2006*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

A resolução causou muitas polêmicas e foi questionada pelo Ministério Público Federal através do ajuizamento da ação civil pública em 09 de maio de 2008, perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal, contra o CFM (Processo nº 2001.34.00.014809-3), sob o argumento de que o CFM não teria poder regulamentador para estabelecer como conduta ética uma conduta que seria tipificada como crime, considerando que a ortotanásia seria para o ordenamento jurídico brasileiro prática do crime de homicídio. Além disso, argumentou que o direito à vida é indisponível, de modo que só poderia ser restringido por lei em sentido estrito. Sustentou, ainda, que considerando o contexto socioeconômico brasileiro, a ortotanásia poderia ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada ²¹.

O ilustríssimo representante do Ministério Público pleiteou por uma tutela antecipada a fim de suspender os efeitos da resolução, tendo sido deferida.

O Conselho Federal de Medicina contestou a ação alegando que a resolução não se trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia. Explicando que a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna. Sustentou ainda, que a ortotanásia não é considerada crime no Brasil. Além disso, o direito à boa morte é decorrência do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

O M.M. Juiz substituto da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, Roberto Luis Luchi Demo, entendeu que a resolução CFM nº 1.805/2006 não ofende o ordenamento jurídico brasileiro e revogou a antecipação de tutela anteriormente concedida, julgando improcedente a ação promovida pelo Ministério Público e usando como fundamentação, em sua sentença, as alegações da ilustríssima procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que pugnou pela improcedência da ação.

²¹ Petição inicial disponível em DISTRITO FEDERAL. *Processo nº 2007.34.00.014809-3*. Brasília, 23 out. 2001. Disponível em: [http://www.df.trf1.gov.br/inteiro teor/doc inteiro teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc](http://www.df.trf1.gov.br/inteiro%20teor/doc%20inteiro%20teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc). Acesso em: 20 de agosto de 2019.

O magistrado, como verdadeiro operador do direito, entendeu os avanços da medicina no tocante aos cuidados paliativos e aos tratamentos extraordinários considerados fúteis.

2.1. Resolução nº 1.995 do CFM

Em 31 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina aprovou a resolução nº 1.995, a primeira legislação a tratar sobre as diretivas antecipadas no Brasil.

Em relação aos efeitos jurídicos da resolução, é importante destacar que ela não legalizou as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, pois a resolução não tem força de lei, além disso, o CFM não tem competência para legislar. A resolução é apenas um ordenamento à classe médica.

O CFM, ao aprovar a resolução, esclareceu que se tratava de disposições acerca da ortotanásia com o objetivo de respeitar a vontade do paciente, não possuindo nenhuma relação ou influência na prática da eutanásia, impossibilitando que houvesse qualquer questionamento de que a resolução estaria sendo contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como ocorreu com a resolução anteriormente tratada. Mesmo assim, não impediu que o Ministério Público Federal ajuizasse Ação Civil Pública com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da resolução, sob o argumento de que o poder de regulamentar do CFM traria insegurança jurídica. A ação civil pública não teve êxito.

O que a resolução efetivamente tratou foi reconhecer o direito do paciente em recusar tratamentos fúteis, também conhecidos como extraordinários, ou seja, aqueles tratamentos que visam apenas prolongar a vida biológica do paciente, sem garantir a qualidade de vida.

Neste sentido, o art. 1º da resolução conceitua as diretivas antecipadas de vontade:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.²²

O caput do artigo 2º e seu §1º da resolução esclarecem quando o médico poderá utilizar das DAVs:

²² Resolução disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em 25 de ago. de 2019.

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

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

O §4º do mesmo artigo estabelece que o médico anotarà no prontuário do paciente aquelas disposições de vontade que forem diretamente confiadas a ele pelo paciente: “§4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.”

O papel do médico vai muito além do que transcrever os desejos do paciente. Cabe a ele esclarecer todas as informações quanto aos tratamentos e procedimentos que podem ou não serem recusados. Assim, chega-se à conclusão de que é imprescindível a presença do profissional ao dispor as DAVs, pois, este garante ao paciente o consentimento livre e esclarecido, certificando que o indivíduo expressará exatamente sua vontade no documento.

A resolução, no parágrafo 5º do artigo 2º, traz ainda uma solução quando houver ausência de DAVs:

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

Assim, a resolução 1995/2012 trouxe um grande avanço acerca das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil. Contudo, esse avanço é restrito, tendo em vista que tem força de lei apenas para a classe médica. Desta forma, a discussão sobre o tema não está esgotada, demonstrando que é necessária uma legislação no âmbito federal a fim de regulamentar os institutos e várias outras questões como: relação a capacidade do outorgante, uma exemplificação de cuidados que podem ou não ser recusados, quais deverão ser os critérios para aceitação e recusa dos mesmos, como deverão ser registradas as DAVs e como deverá funcionar a participação do médico em sua confecção.

2.2. Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, na I Jornada de Direito da saúde, no enunciado nº 37, dispôs acerca das diretivas antecipadas de vontade:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.²³

O enunciado editado pelo CNJ é muito genérico e temerário, principalmente porque equipara as diretivas antecipadas de vontade a um negócio jurídico. O mais adequado seria reconhecer o instituto como uma declaração unilateral de vontade, uma manifestação de autonomia do indivíduo que não necessita de testemunhas. Além disso, o enunciado não trata de questões importantes como: prazo de validade do testamento, idade permitida para manifestar à vontade, necessidade de lei específica, quais cuidados e tratamentos podem ser recusados.

2.4. Projetos de lei em trâmite no Brasil

Estão em trâmite, no Senado Federal, dois projetos de lei que tratam das diretivas antecipadas de vontade. No dia 3 de abril de 2018, o senador Lasier Martins apresentou o projeto de lei 149/2018²⁴ e no dia 30 de maio de 2018, o senador Paulo Rocha apresentou o projeto de lei 267/2018²⁵.

O projeto de lei 149/2018 traz em seu art. 2º alguns conceitos importantes.

Art. 2º Para os fins desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

I – diretivas antecipadas de vontade: manifestação documentada por “escritura pública sem conteúdo financeiro” da vontade da pessoa declarante quanto a receber ou não receber determinados cuidados ou tratamentos médicos, a ser respeitada quando ela não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade;

II – representante: pessoa designada pelo declarante no documento de suas diretivas antecipadas de vontade, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, nas situações em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade;

III – pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde: pessoa em estágio avançado de doença incurável e progressiva ou vítima de grave e irreversível dano à saúde, cujo prognóstico, em ambos os casos, seja de morte iminente e para a qual, de acordo com a melhor evidência científica, não exista perspectiva de melhora do quadro clínico mediante a instituição de procedimentos terapêuticos;

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados Aprovados na da I Jornada de Direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em 01 de set. de 2019.

²⁴ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 02 de set. 2019.

²⁵ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458> Acesso em: 02 de set. 2019.

IV – cuidados paliativos: procedimentos indispensáveis para promover a qualidade de vida e a dignidade do paciente, mediante prevenção e tratamento com finalidade de alívio de dor e de sofrimento de natureza física, psíquica, social e espiritual;
V – procedimentos desproporcionais, fúteis ou extraordinários: procedimentos terapêuticos que, no caso concreto do paciente, não são capazes de promover melhor qualidade de vida e cujas técnicas podem impor sofrimentos em desproporção com os possíveis benefícios delas decorrentes.

Conforme já explicitado anteriormente, na maioria das vezes, os institutos do testamento vital e o mandato duradouro são considerados documentos únicos, o que ocorre no presente projeto, ficando explícito essa junção em seu art. 6º.

Art. 6º É facultado ao declarante a designação, no documento de diretrizes antecipadas de vontade, de uma pessoa adulta e capaz como seu representante, para que tome as decisões sobre os cuidados à sua saúde, quando não o puder fazer diretamente.

No projeto de lei 267/2018, o legislador dispôs sobre os institutos de forma separada.

Art. 2º As diretivas antecipadas de vontade se constituem em um gênero de documentos de manifestação de vontade acerca de cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais a pessoa deseja ou não se submeter quando estiver com uma doença grave ou incurável, seja ela terminal, crônica em fase avançada ou degenerativa em fase avançada. § 1º São espécies de diretivas antecipadas de vontade:

I - testamento vital, assim considerado o documento no qual uma pessoa manifesta sua vontade, explicitando os cuidados, tratamentos e procedimentos aos quais deseja ou não ser submetida nas situações previstas no caput deste artigo.

II - a procuração para cuidados de saúde, assim considerado o documento no qual uma pessoa designa uma ou mais pessoas, em ordem de preferência, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, caso venha a se encontrar impossibilitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade nas situações previstas no caput deste artigo.

Contudo, por se tratarem de institutos díspares, é recomendável que sejam feitos dois documentos de forma separada. Mas nada impede que o mandato duradouro seja anexado ao testamento vital.

Em países estrangeiros, com tradição jurídica semelhante à do Brasil, como a Espanha, o testamento vital pode ser público ou privado. Na primeira modalidade, o documento é registrado em cartório sem testemunhas. No segundo, o registro deve ser feito com testemunhas, porém a lei não impõe um número específico.

O projeto de lei 267/2018 prevê as duas formas de testamento vital:

Art. 4º Os documentos previstos no art. 1º podem ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, caso em que deverá ter duas testemunhas.

Enquanto que o projeto de lei 267/2018, prevê apenas a realização do documento por escritura pública:

Art. 3º [...]

§ 1º A declaração especificada no caput, para ser reconhecida pelos profissionais de saúde e pelos serviços de saúde, deverá estar expressa por meio de escritura pública sem conteúdo financeiro, lavrada em Cartório competente.

No Brasil, entende-se ser importante que as disposições do testamento vital sejam lavradas por escritura pública perante um notário com a finalidade de se obter segurança jurídica.

O projeto 267/2018 prevê a criação do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV).

Art. 5º Ficará a cargo do Ministério da Saúde criar e regular o Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENTEV), no prazo de 2 anos após a entrada em vigor desta Lei.

§ 1º O RENTEV deve ser interligado aos arquivos do Colégio Notarial do Brasil.

§ 2º As instituições e profissionais de saúde terão acesso ao RENTEV mediante login e senha específicos e responderão nos termos da lei brasileira pelo uso

indevido desses dados.

§ 3º O acesso ao RENTEV deve ser gratuito.

A utilização do RENTEV²⁶ é recomendável, pois possibilita uma maior efetivação no cumprimento da vontade do paciente, tendo em vista que o seu conteúdo poderia ser acessado em qualquer lugar do Brasil. Assim, após a lavratura do testamento, o cartório deverá, de forma célere, enviar as disposições ao registro nacional.

O parágrafo primeiro do artigo 1º da lei prevê, ao menor de 18 anos, manifestar acerca das diretivas antecipadas de vontade:

Art. 1º [...]

§1º O maior de 16 (dezesesseis) anos e menor de 18 (dezoito) anos poderá manifestar sua vontade acerca do disposto no caput deste artigo por uma das formas explicitadas no art. 2º, mediante autorização judicial, pautada no devido processo legal, em que seja possível verificar o seu discernimento por meio de assistência psicossocial.

²⁶ Atualmente, existe um RENTEV administrado pela pesquisadora pioneira no Brasil sobre o assunto das diretivas antecipadas de vontade, Luciana Dadalto. Porém, esse sistema não é interligado aos arquivos do colégio Notarial do Brasil, sendo facultado as pessoas que já tenham um testamento vital registra-lo no banco de dados do site, afim de viabilizar a realização de testamentos vitais no Brasil, bem como, centralizar estes documentos. Além disso, evita que o testamento se perca e facilita que a família, amigos e/ou médico tenham acesso ao documento. Até o presente momento, pela falta de legislação, o site se isenta de qualquer responsabilidade acerca do cumprimento deste documento pelos médicos e pela família do paciente. O site de cadastro do RENTEV: <http://rentev.com.br/>.

O parágrafo primeiro do artigo 4º do mesmo projeto de lei dispõe que não será necessário “laudo médico ou psicológico acerca do discernimento do declarante, bastando que seja plenamente capaz, segundo os termos da lei civil, ressalvada a exigência de autorização judicial prevista no art. 1º, § 1º desta Lei”.

Entretanto, conforme disposto anteriormente, a capacidade civil não é sinônimo de discernimento, que é um dos requisitos essenciais para que a pessoa possa fazer um testamento vital. Desta maneira, a previsão do Poder Judiciário ser provocado para manifestar acerca do discernimento do indivíduo, tanto para pessoas capazes e incapazes civilmente é válida.

Ambos os projetos de lei preveem os limites em que a pessoa poderá dispor em seu testamento, não sendo permitido recusar tratamentos paliativos, por serem tratamentos que garantem a dignidade humana e o bem-estar do paciente. Também é vedado o pedido de morte assistida, por ser proibido no ordenamento jurídico brasileiro. Não poderão conter, ainda, disposições de caráter patrimonial e autocratela.

Os projetos de lei garantem aos profissionais a objeção de consciência que de acordo com os capítulos anteriores é um direito assegurado pelo Código de Ética Médica brasileiro.

Apesar dos projetos de lei terem sido confeccionados tardiamente, é de se notar que a aprovação de qualquer um deles garantirá ao paciente Autonomia, Dignidade da Pessoa Humana e outros princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Consequentemente, preservará a todos o exercício do direito de ser o condutor da própria existência

Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível constatar-se que as diretivas antecipadas de vontade são pouco discutidas no Brasil, havendo necessidade de instauração de legislações específicas a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, bem como a autonomia do paciente em fim de vida. As diretivas antecipadas de vontade são realidade normativa em vários países, sendo também possível a positivação dos institutos no Brasil.

Conclui-se que, com o avanço dos debates acerca dos princípios bioéticos e do biodireito, a instauração dos institutos respaldarão também as tomadas de decisão da classe médica, visto que são implicações que ocorrem de forma diária em suas rotinas. Os

profissionais da saúde deverão sempre respeitar a vontade do paciente, informando e esclarecendo-lhe qualquer dúvida, afim de que o testador tome uma decisão livre e consciente.

As propostas legislativas nº 149/2018 e 267/2018 representam um grande avanço acerca do tema e trazem algumas premissas imprescindíveis para a elaboração dos institutos: os documentos devem ser confeccionados por uma pessoa com discernimento; devem ser lavrados por um notário no Cartório de Notas responsável por encaminhar as disposições de vontade ao Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), que deverá ser criado pelo Ministério da Saúde; o testamento vincula toda equipe médica, bem como os familiares do paciente; disposições acerca da interrupção dos cuidados paliativos são proibidos, tendo em vista que são garantidores da dignidade da pessoa humana; será possível apenas disposições a tratamentos fúteis e extraordinários; o testamento pode ser revogado a qualquer momento; o médico tem o direito à objeção de consciência; é facultado ao paciente eleger um representante para que declare a sua vontade quando não puder fazer, podendo ser feito no próprio testamento vital, ou confeccionando o mandato duradouro.

Assim, em síntese, as diretivas antecipadas de vontade são válidas no Brasil, desde que respeite as premissas do ordenamento jurídico pátrio. Propiciar ao paciente a confecção destes documentos garante princípios basilares do estado democrático de direito, como a dignidade da pessoa humana, direito à vida (de viver uma vida com bem-estar e de morrer dignamente) e autonomia da vontade. Do mesmo modo, garante ao indivíduo que seja protagonista da sua própria existência.

Bibliografia

BEACHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Prudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM Nº 1.805/2006*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em 20 de ago. de 2019.

_____. Resolução nº 1.995/ 2012. *Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.* Disponível: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/resolu%C3%A7ao-1995-CFM.pdf> . Acesso em 20 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados Aprovados na da I Jornada de Direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014.* Disponível em: https://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em 01 de set. de 2019.

DADALTO, Luciana. *Aspectos registrai das Diretivas Antecipadas de vontade.* Disponível em: <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Aspectos-registrai-das-dav-civilistica.com-a.2.n.4.20131.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. *História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente.* Disponível em: <http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>> Acesso em 17 abr. 2019.

_____. *Testamento vital.* 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *Testamento Vital.* 3ª Ed. Atlas, 2015.

HEALTH ORGANIZATION. *Deffinition of chronic disease.* Disponível em: http://www.who.int/topics/chronic_diseases/en/. Acesso em 27 de jul. de 2019.

MATOS, Gilson Ely Chaves de. *Aspectos Jurídicos e Bioéticos do Consentimento Informado na Prática Medica.* Bioética, Brasília, v. 15, n. 2. 2007.

MOUREIRA, Diogo Luna. *O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da Pessoaalidade no Direito Privado.* In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito Civil: atualidades III.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e autonomia privada: o princípio da autonomia privada na pós modernidade*. 2003. 138 f. Dissertação (Mestrado) – Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

_____; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. *A autonomia Privada do Paciente em Estado terminal*. In: FIÚZA, Cesar; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada*. In: Sá, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v. 1.

PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?*.

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

Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018. *Dispõe sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade sobre tratamentos de saúde*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&disposition=inline>. Acesso em 20 abr. 2019.

Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 267, de 2018. *Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7737732&disposition=inline>. Acesso em 20 abr. 2019.

Data da submissão: 17/04/2020

Data da aprovação: 25/04/2020