

AFYA FACULDADE DE CIÊNCIAS MÉDICAS DE IPATINGA

Paula Ramos Machado

Sílvia Aparecida Oliveira Nascimento da Silva

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA
RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE: um estudo de
revisão de literatura à luz da bioética**

IPATINGA - MG

2024

Paula Ramos Machado

Sílvia Aparecida Oliveira Nascimento da Silva

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA
RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE: um estudo de
revisão de literatura à luz da bioética**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Afya
Faculdade de Ciências Médicas de Ipatinga, como
requisito parcial à graduação no curso de Medicina.

Profa. orientadora: Giani Martins Garcia

IPATINGA - MG

2024

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE: um estudo de revisão de literatura à luz da bioética

Paula Ramos Machado¹; Sílvia Aparecida Oliveira Nascimento da Silva¹; Giani
Martins Garcia²

1. Acadêmicas do curso de Medicina da Faculdade de Ciências Médicas de Ipatinga, Minas Gerais, Brasil.
2. Docente do curso de Medicina da Faculdade de Ciências Médicas de Ipatinga, Minas Gerais, Brasil. Orientadora do TCC.

Resumo

Introdução: as diretivas antecipadas de vontade, usualmente intituladas testamento vital, trata-se de um documento que diz respeito aos últimos desejos – aqueles relativos aos cuidados de saúde –, onde o paciente em condição de terminalidade deixará registrado, quando não for mais capaz de manifestar a sua vontade, sobre os tratamentos que aceita ou não receber. **Objetivo:** esclarecer as diretivas antecipadas de vontade na relação jurídica médico paciente, tomando como premissas teóricas os princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana. **Método:** Foi realizada uma revisão de literatura descritiva, tendo como critérios de inclusão artigos publicados em revistas com revisão de pares (qualitativas e quantitativas), legislações, diretrizes, sites jurídicos, dissertações, no período de 2010-2024, analisando fator de impacto e conteúdo. Nos descritores serão incluídos termos em buscas independentes quais sejam: diretivas antecipadas, idoso, autonomia pessoal e morte. Foi definido ainda, na seleção dos objetivos dos artigos, a existência de verbos ou expressões que remetam por parte dos autores a intenção do pensamento médico sobre as diretivas antecipadas de vontade e a autonomia pessoal. **Desenvolvimento:** compreender as diretivas antecipadas de vontade e testamento vital, face a legislação correlacionando ao entendimento médico, na busca da garantia de uma prestação de serviços adequada focada na dignidade da pessoa humana. **Conclusão:** buscou-se esclarecer as diretivas antecipadas de vontade atendendo aos anseios de autonomia e dignidade desejados pelos pacientes em condição de terminalidade na busca de um diálogo na relação médico/paciente.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas. Idoso. Autonomia pessoal. Morte Diretivas antecipadas. Idoso. Autonomia pessoal. Morte.

Introdução

Considera-se que as diretivas antecipadas de vontade (DAV) nasceram nos Estados Unidos da América, na década de 1960, por meio do advogado Luis Kutner, com o nome de living will (testamento vital). O escopo do aludido documento era asseverar a autonomia dos pacientes em condição de terminalidade e, além disso, avaliar que seus desejos e valores de vida fossem protegidos até a morte. Versava, assim, em fornecer ao médico e a todos da equipe de saúde orientações apontadas

por pessoa capaz sobre quais tratamentos e demais técnicas aceitaria ou não se submeter quando impossibilitada de manifestar a sua vontade (Dadalto; Tupinambás; Greco, 2013).

No Brasil, as DAV surgiram a partir da primeira década do século XXI, e foram tratadas pioneiramente pelo professor Joaquim Clotet ao estatuir que o enfermo ou o futuro paciente, ante a possibilidade de vir a ser uma pessoa em condição de terminalidade, tem o direito de expressar previamente sua vontade no que tange ao tipo de tratamento por ela eleito e que isso seria a expressão máxima do princípio da autonomia. Diante disso, o assunto passou a fazer parte do cenário científico nacional e outras visões foram sendo adicionadas, nascendo as DAV como resposta aos avanços tecnológicos e aos tratamentos médicos agressivos (Nunes; Anjos, 2014).

A tentativa da medida vai além de fazer valer a autodeterminação do paciente; na verdade, tem por desígnio a acolhida do ser humano da obstinação terapêutica, que na maioria das vezes submete o doente em terminalidade a tratamentos desmedidos e sem sentido, ferindo dessa maneira a dignidade humana (Brasil, 1988).

Outra questão importante a ser enfrentada diz respeito à questão da morte, verdadeiro tabu social, algo comumente privado da análise da coletividade, não apenas porque aflige, mas especialmente porque remete à fragilidade da existência humana e à certeza do fim (Ibdfam, 2021).

A sociedade hodierna, contudo, apesar de todo seu avanço tecnológico, ainda considera a morte um tabu social e religioso, tal qual nossos antepassados o faziam, nas palavras de Segundo Miguel de Unamuno “morrer também é viver”. E assim, no momento em que se aproxima o morrer, o paciente acaba, muitas vezes, sendo excluído do processo decisório. Se somos seres em constante construção e só temos na morte a completude de nosso ser e de nossa existência, excluir o paciente da tomada de decisões é impedir-lhe de praticar o ato derradeiro de sua própria existência (Unamuno, 2012).

Essa exclusão do paciente, além de ser, em si, uma distorção, por privar-lhe de sua subjetividade, pode vir a exigir do médico, algumas vezes, a mais solitária de todas as decisões: a escolha entre a vida e a morte do paciente. Essa escolha, muitas vezes, se alicerça em um outro tabu: cabe ao médico salvar vidas, ainda que o conceito de vida, muitas vezes, nestes casos, se limite apenas ao prolongamento

das funções vitais básicas do paciente (Nascimento; Henriques, 2015).

O objetivo do presente trabalho é o de compreender a relação jurídica médico-paciente como uma relação baseada na autonomia dialógica do paciente onde a tomada de decisões em questões médicas extremas seja tomada pelo paciente de forma apoiada e, em casos em que não exista a possibilidade de verificação da vontade do paciente, atual ou antecipada e que sejam implementados mecanismos de apoio à tomada de decisão médica.

Método

Trata-se de uma revisão de literatura descritiva, por meio da utilização de artigos, leis e doutrinas jurídicas. A motivação do estudo fundamentou-se na discussão do princípio da autonomia da vontade frente às diretivas antecipadas de vontade. A fundamentação se deu pela busca em livros, revistas, legislações, diretrizes, sites jurídicos e dissertações.

As palavras chave utilizadas foram: diretivas antecipadas, idoso, autonomia pessoal e morte. Os operadores booleanos “AND” e “OR”, auxiliaram na busca avançada, quais sejam: diretivas antecipadas or morte, diretivas antecipadas or idoso, autonomia pessoal or morte, idoso or morte, autonomia pessoal or morte and autonomia pessoal or idoso.

O levantamento de dados ocorreu no período de 2010 - 2024, afim de se analisar a crescente discussão acerca desta temática, em um momento que a ciência jurídica esteve no cerne do tema levantado, considerando ainda que as legislações que tratam do referido assunto demandam um maior lapso temporal. Foram selecionados os artigos com base no resumo e confirmados após leitura na íntegra do artigo, excluindo os que não estavam disponíveis integralmente.

Desenvolvimento

RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE

Faz um bom tempo que a relação médico-paciente se tornou uma relação abstrusa. Até meados do século passado, o médico era visto com destaque na sociedade. E, na relação com o paciente, sua palavra tinha autoridade quase total. Não havia questionamento e pensar numa opinião diversa podia ser entendido até como um desrespeito à sua autoridade técnica. Mas, os tempos mudaram, e o

paciente hoje está mais instruído e participativo (Nunes; Anjos, 2014).

Temas como autonomia do paciente, responsabilidade do médico, bioética, dados abundantes e conflitantes tornam esta relação enredada e com variáveis capazes de deteriorar a confiança paciente-médico quanto ao diagnóstico e ao tratamento, em algumas ocasiões, de forma irreversível, refletindo abertamente na escolha do profissional, do tratamento e dos resultados deste (Nunes; Anjos, 2014).

Contudo, para configurar uma relação jurídica, tanto cível, como de consumo, é imprescindível a presença dos elementos caracterizadores de cada uma, e, se falta algum dos elementos, pode implicar no afastamento da incidência da norma analisada (Nunes; Anjos, 2014).

Assim, o princípio fundamental em que se enquadra a relação médico-paciente, à natureza consumerista, é a equiparação do médico como fornecedor de serviços, do paciente como consumidor, e do objeto, como a prestação de serviços médicos que objetiva lucro. De outro modo, quando entendida como relação cível, a reflexão recai sobre os elementos da responsabilidade, quais sejam, a conduta, o dano, o nexos de causalidade e a culpa, compreendendo se tratar de uma obrigação de meio (Nilo; Aguiar, 2018).

A finalidade da qual é tratada a natureza da relação médico e paciente tem a ver com a sua atividade, na prática vislumbra-se que o ser humano não é uma mercadoria, jamais podendo ser caracterizado como objeto de consumo, até mesmo porque a atividade desenvolvida pelo médico não visa o lucro como objeto principal, mas uma efetiva proteção a vida e a saúde do paciente (Nilo; Aguiar, 2018).

O próprio código de ética médica trata que a relação médico e paciente não é de cunho mercantil, consumerista, pois o lucro não é o principal objeto da relação, mas sim a vida do paciente, e esta não pode ser negociada. Compete lembrar ainda, que o critério da especificidade é classicamente incidido para a resolução de antinomias jurídicas, o qual aplica o diploma normativo mais específico, deste modo, a relação entre o médico e o paciente apresenta maior coerência diante do Código Civil e do Código de Ética Médica (CEM, 2018).

A TUTELA JURÍDICA DA CONFIANÇA

Em meio aos inúmeros desafios decorrentes de uma sociedade complexa - aberta, plural, heterogênea e globalizada – aguça-se a importância da confiança

como artefato imprescindível da vida social e, à vista disso, da ordem jurídica. Em outros termos, a atividade jurídica resguarda a confiança assentada na conduta apalavrada entre os indivíduos, na esfera negocial ou não. Nesse sentido, conforme analisado por Marques (2004), “confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades” (Marques, 2004).

Refere-se, de fato, na concretização da solidariedade social constitucional, que se cristaliza por meio da tutela jurídica da confiança, conferindo um dever jurídico de não serem seguidos comportamentos opostos aos interesses e expectativas despertadas em outrem (Nunes; Anjos, 2014).

As ações neste sentido repercutem no valor consagrado à intenção contemporânea do voluntarismo e individualismo que marcaram os códigos oitocentistas, (inclusive influenciando o nosso Código Civil de 1916), ampliando-se a importância do resultado, o que afiança maior justiça social e proteção da pessoa humana (Marques, 2004).

Para Schreiber (2005), a valorização da confiança acende fissuras consideráveis nas bases voluntarista e individualista do direito privado, uma vez que inserida no movimento de solidarização do direito, vem, valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, isto é, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. Aliás, o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desarticula a atenção do direito, que deixa de se centrar apenas sobre a fonte das condutas para ressaltar também as consequências fáticas da sua adoção.

Posto isto, as relações civis – e a ciência jurídica como um todo – tem seu embasamento de validade contemporâneo no proteger das expectativas justas e legítimas, existentes entre as pessoas (Marques, 2004).

Garantir a confiança é essencial, pois é a base das interações sociais e do funcionamento adequado da sociedade. Quando a confiança não é protegida, as relações jurídicas enfraquecem devido ao risco de uma parte surpreender a outra, revivendo períodos menos desejáveis em que prevaleciam a lei do mais forte ou a lei do mais astuto (Schreiber, 2005).

É legítimo esperar, de maneira ética, que em todas as relações jurídicas, contratuais ou não, as partes envolvidas não violem as expectativas resultantes de seu próprio comportamento, seja ele explícito ou implícito, ativo ou passivo. Isso nada mais é do que reconhecer que a natureza social do ser humano e a

diversidade de comportamentos em diferentes relacionamentos geram expectativas mútuas (confiança na obtenção de determinados resultados) e que a manutenção dessa confiança é essencial para o bom funcionamento da sociedade, além de ser crucial para o progresso econômico e social (Marques, 2004).

Especialmente nas interações entre indivíduos, a proteção jurídica da confiança se destaca como a única maneira qualificada de salvaguardar o comportamento humano. Por essa razão, a confiança é elevada ao status de referência fundamental nas relações privadas, tanto contratuais quanto pessoais, nas quais são estabelecidos deveres legais que vinculam as partes, proibindo comportamentos que vão contra as expectativas que elas geraram nos outros (Nunes; Anjos, 2014).

A ética do morrer

O homem está em permanente evolução, sendo patente a vivacidade de sua mente. Da autoridade sobre o fogo a viagens espaciais, são grandes as suas conquistas. No entanto, nem tudo está sob o alcance da inteligência humana, podendo-se manejar a vida, todavia não há como vencer a morte (Pinto, 2013).

Desde os primórdios da civilização, a morte é manancial de êxtase e medo, a despeito de ser um evento tão natural quanto nascer, crescer e se reproduzir. A ideia da finitude remete à resignação. O debate sobre o tema persiste no tempo, abarcando gerações de estudiosos que procuram ininterruptamente compreender as exterioridades físicas e psíquicas (Gomes, 2018).

Ainda tendo a morte como uma realidade implacável, que inicia desde o nosso nascimento e que, a cada dia de vida, estamos mais próximos do fim, é um tabu ponderar sobre o tema; por essa razão, são poucos os que compreendem o real sentido da eutanásia, ortotanásia e distanásia, discriminando as práticas, possivelmente por se esperar que, não pensar ou falar sobre a morte, a aparta (Pinto, 2013). Isto posto, discutir sobre a morte voluntária se torna complexo e polêmico, visto sobretudo ser uma afirmação interdisciplinar, em que engloba aspectos morais, éticos, científicos, religiosos, jurídicos e filosóficos (Gomes, 2018).

Sob o argumento do princípio da liberdade e da autodeterminação, pautam-se os favoráveis à morte voluntária; enquanto que os contrários se baseiam no princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida, existindo até quem defenda uma

posição intermediária, procurando a consonância dos demais posicionamentos, perante o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Aith, 2007).

A partir desse universo, devemos ponderar o direito de deliberar sobre si mesmo, como exercício máximo do livre-arbítrio, na possibilidade de dispor da própria vida. A vida, uma vez considerada o bem maior que se pode ter, nos remete à negação da eutanásia, mas também pressupõe a aceitação da distanásia. Por isso, indaga-se sobre sobreviver mesmo prolongando sofrimentos insuportáveis através de tratamentos frívolos e pela obstinação terapêutica, não competindo ao paciente o livre arbítrio de sua própria vida (Aith, 2007).

Nesse diapasão, não se pode perder de vista que o caput do art. 5º da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade da vida, direito também afeiçoado nos arts. 227 e 230 da legislação supramencionada. Entretanto, o mesmo caput garante a inviolabilidade da liberdade ainda, sem olvidar que a saúde é tutelada como um direito social em distintos trechos da Constituição (Brasil, 1988).

Também é importante ressaltar que a constituição protege os indivíduos contra tratamentos desumanos, degradantes e tortura, além de garantir a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto de aparente conflito entre os princípios fundamentais do direito brasileiro, a justiça entende que a prática da eutanásia no Brasil é considerada homicídio, embora a ortotanásia possa ser consentida em circunstâncias específicas. Isso reflete a visão do direito brasileiro de que é dever do Estado proteger a vida, prevalecendo sobre o direito individual de escolher a morte, mesmo que um paciente tenha manifestado anteriormente o desejo de morrer (Brasil, 1988; Aith, 2007).

Assim, se tomar como exemplo a relação da eutanásia com a pena de morte, exibida por Dworkin (2009), a instituição ou o clamor da pena de morte parece ser muito mais aceitável e acolhida perante a sociedade, entendendo ser mais digna e justa a execução forçosa e deliberada de um criminoso por parte do Estado do que a opção de um indivíduo por uma morte digna. Contudo, compete compreender que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida é absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, o direito a uma morte digna pode ser abarcado como o direito a uma boa vida. O Estado afeiçoar a vida, fundado em leis, a qualquer custo, viola uma série de outros princípios (Dworkin, 2009).

Assim, é importante notar que o artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal estabelece uma exceção à pena de morte em casos de guerra. Enquanto isso, o

artigo 23 do Código Penal lista situações que excluem a ilicitude, como a legítima defesa, que também se aplica em casos de homicídio, onde o ato de matar alguém não é considerado crime. Portanto, no Brasil, já existem formas de regularização da morte e situações em que o homicídio pode ser justificado. No entanto, a eutanásia continua sendo debatida como uma possível legalização do homicídio e uma violação do direito à vida (Dworkin, 2009).

Em consonância com os argumentos apresentados por Dworkin (2009), a discussão sobre a eutanásia deve considerar a percepção individual de uma vida digna e o contexto da vida que a pessoa viveu até o momento em que opta pelo fim dela. O desejo de uma pessoa que busca antecipar sua morte diante de uma situação de doença incurável e sofrimento prolongado, na verdade, deve ser encarado como um desejo por qualidade de vida, um desejo por uma vida que já não é viável. Portanto, em tais casos, é importante reconhecer que essas pessoas, nessas circunstâncias e à medida que se tornam incapazes de decidir por si mesmas, devem ter o direito de escolher seu tratamento médico, incluindo o direito de expressar sua vontade de não serem mantidas em estado vegetativo. Além disso, em casos mais graves, poderiam até mesmo autorizar terceiros a tomar decisões em seu nome quando não forem capazes de fazê-lo.

Conforme observado por Santos e Duarte (2016), o direito à vida estabelecido na Constituição Federal deve ser analisado sob duas perspectivas: a vida biológica e a vida digna. Nesse sentido, mesmo que a vida biológica esteja presente, é válido argumentar que uma pessoa tem o direito de optar pela morte devido à sua condição de saúde, que não lhe permite mais desfrutar de uma vida digna. Nessas circunstâncias, prolongar a vida significaria expor o ser humano a condições desumanas de dor, exaustão e prolongamento de um sofrimento que é considerado desnecessário em termos de dignidade humana.

Ser livre para decidir pela morte, quando não há mais vida, nem a garantia que vai tê-la, é a expressão mais sublime de que a autonomia da vontade ocupa espaço elevadíssimo no ordenamento jurídico, que só existe e se justifica no respeito à pessoa humana (Santos; Duarte, 2016).

De tal modo, o Estado não teria assim o direito de retirar do paciente o direito de morrer quando não mais o convém viver. Tal direito é renunciado pela própria vontade e condições do indivíduo, que, a despeito de ainda vivo, não o estaria mais se não fosse pelas condições artificiais que o mantém, ou já não pode sequer

interagir com o mundo e que, caso em plena lucidez, não concordaria em permanecer em vida mantido em tais condições ou submetendo seus entes queridos a tantos sofrimentos sem grandes expectativas por desfechos positivos (Santos; Duarte, 2016).

Já para Melo (2015), respeitar a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana significa reconhecer que o paciente tem o "controle sobre o seu próprio corpo, mente e espírito". A abordagem médica deve ser humanizada e, diante do sofrimento e da angústia de um indivíduo que deseja morrer ou que tenha expressado implicitamente esse desejo, a medicina e a lei não devem se apegar a princípios religiosos que, por vezes, podem não ser compartilhados pelo próprio indivíduo. Em vez disso, devem-se basear na razão e no amor ao próximo (Pinto, 2013).

No entanto, a legislação apresenta lacunas e o interesse do legislador é limitado, muitas vezes esbarrando em conceitos morais sensíveis à sociedade. Em nenhum momento há uma preocupação focalizada no sofrimento do indivíduo ou na humanização de sua morte. Quando a opção por uma morte digna é recusada a um paciente que a deseja, essa negativa não visa garantir os direitos do paciente, mas sim os de terceiros, de acordo com normas estabelecidas por pessoas que não compartilham da mesma dor e sofrimento. Elas se consideram detentoras do poder de decidir que, apesar da falta de esperança para a vida do paciente, ele não tem o direito de morrer, mas sim o direito de continuar sofrendo e agonizando por tempo indeterminado (Pinto, 2013).

Segundo Aith (2007), o princípio da dignidade da pessoa humana possui um valor ambíguo e parece se apresentar como um princípio jurídico destinado a proteger a todos, inclusive aqueles que perderam a consciência de sua própria dignidade. O autor também sugere que esse princípio merece uma análise mais aprofundada no Brasil, especialmente no que diz respeito à relação entre a dignidade da pessoa humana e seu possível direito a uma morte digna. Esse debate é fundamental para garantir o respeito à dignidade de pessoas doentes em fase terminal.

A resolução do Conselho Federal de Medicina que legaliza a ortotanásia demonstra uma abordagem mais humanista, embora limitada, ao permitir que o paciente seja deixado morrer naturalmente em vez de submetê-lo a um tratamento agressivo, doloroso e sem chances reais de melhora (CFM, 2006).

AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE

A batalha pela implementação das DAV incide no respeito à liberdade, que cada pessoa humana tem, de tomar decisões conforme sua vontade. Cada indivíduo possui o direito de decidir o que entende por bom ou ruim para si próprio, como optar ou não por tratamentos médicos no fim da vida (Brasil, 1988; Gomes, 2018).

O estabelecimento das DAVs implica, portanto, na autonomia individual, corolário da liberdade e da dignidade da pessoa humana, princípio que foi concebido de várias maneiras pelo nosso ordenamento jurídico no decorrer dos anos. Por isso, mostra-se fundamental uma abordagem prévia sobre o conteúdo da autonomia e de como essa prerrogativa necessita imperiosa de regulação de um documento de disposições prévias de vontade do paciente terminal no Brasil (Brasil, 1988; Pona, 2015).

Autonomia do paciente para o direito

Para a visão kantiana é a razão que distingue o homem de outras espécies. Tal afirmação traz consigo uma incerteza sobre como fica o mentalmente incapaz. O médico Eduardo Almeida diz que, na verdade, o pré-requisito da consciência, assim como a dignidade, são características biológicas do *homo sapiens*, isto é, intrínsecos ao potencial humano, ainda que, por motivos importantes, tais atributos não se encontrem em plenitude (Almeida, 2010).

No entanto, a afirmação acima não contradiz a noção de autonomia, que "não pode ser considerada apenas como uma possibilidade inerente, mas apenas como uma capacidade efetiva, manifestada nas escolhas morais da vida social". De acordo com Almeida (2010), "uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e agir em direção a essa deliberação, considerando os valores morais do contexto em que está inserido". Nesse sentido, Barroso enfatiza que a autonomia requer o cumprimento de algumas condições, incluindo "a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, manipulação e privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)". Portanto, Almeida e Barroso destacam a razão (consciência) como um requisito fundamental para o exercício da autonomia, sugerindo que não se pode conceber autonomia, segundo essa linha de pensamento,

em uma pessoa que nasceu sem capacidades cognitivas ou as perdeu temporária ou permanentemente (Almeida 2010; Barroso, 2012).

Autonomia do paciente para a medicina

Na esfera médica, a autonomia do paciente é levada em consideração para que ele possa estar ciente e participar de todo o processo decisório de seu tratamento, seguindo o princípio do consentimento informado. No entanto, isso só ocorre se o paciente possuir capacidade cognitiva para compreender as informações apresentadas e expressar suas preferências. Caso contrário, o tratamento é decidido com base na vontade da família ou, na ausência desta, pela equipe médica (Almeida 2010).

Portanto, torna-se evidente que a falta de capacidade mental de um indivíduo para exercer sua autonomia diante das opções terapêuticas pode deixá-lo vulnerável a injustiças. No entanto, nas palavras de Eduardo Almeida (2010), deve-se procurar uma maneira de garantir o direito à autodeterminação na ausência de capacidade para tomar decisões. Além disso, as DAV emergem como instrumentos jurídicos importantes nesse contexto, permitindo que as escolhas do paciente, previamente registradas, sejam respeitadas em relação ao tratamento no final da vida (Almeida, 2010; Echeverría, 2020).

CONFIDENCIALIDADE

No nosso direito pátrio, o direito à confidencialidade dos dados pessoais tem abrigo na Constituição Federal de 1988, onde o art. 5º, inciso X, aduz que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Já a confidencialidade dos dados médicos está regulamentada na “Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde” de 2011, que em seu artigo 4º, inciso III, dispõe que é direito da pessoa um atendimento humanizado e acolhedor, livre de qualquer discriminação, realizado por profissionais qualificados com garantia nas consultas, nos procedimentos diagnósticos, preventivos, cirúrgicos, terapêuticos e internações a privacidade e o conforto, tal como a segurança e confidencialidade de quaisquer informações pessoais fornecidas (Carvalho *et al*, 2017).

De mais a mais, a confidencialidade na saúde é um instrumento necessário à proteção da intimidade do paciente e de sua individualidade, e a quebra desse

direito pode ensejar violação de direitos fundamentais e também de direitos humanos (Albuquerque 2016).

Por isso, Albuquerque (2016) aponta que a jurisprudência internacional firmou entendimento no sentido de que as informações acerca das condições de saúde ou do tratamento de uma paciente são confidenciais, não podendo revelar nada sem o consentimento do titular dessa informação (paciente). Desse modo, o respeito à confidencialidade da informação da saúde decorre do direito à vida privada do paciente, como também preserva a confiança na relação profissional/paciente.

Portanto, a confidencialidade é um direito individual, porém, não é um direito absoluto, pois pode ser mitigado, por exemplo, quando o próprio paciente autoriza, de forma escrita, a divulgação da informação, nos casos previsto em lei e na proteção de direitos de terceiros entre outros (Albuquerque, 2016).

DADOS DO PACIENTE E SUA PROTEÇÃO

Em relação à proteção do sigilo dos dados pessoais, da privacidade dos pacientes, bem como a responsabilização dos atores envolvidos nessas relações, existem inúmeras legislações no Brasil que regulam essas questões (Brasil, 2002).

Mas aqui é importante destacar que há uma evidente ligação entre a privacidade e a confidencialidade das informações relativas aos dados sensíveis na medida em que a confidencialidade afiança a não apresentação dos dados ou informações que firmam a privacidade dos pacientes ou usuários relativos as questões de saúde. E, certamente uma das principais formas de externar as informações ou dados é por meio dos prontuários médicos, sejam eles físicos ou eletrônicos. Para regular a proteção de tais dados existe a resolução n.º1.638/2002, do Conselho Federal de Medicina que, já em seu art. 1º traz o sigilo das informações, sendo que a confidencialidade busca proteger a privacidade dos pacientes e garantir que aquelas informações não sejam conhecidas ou compartilhadas com pessoas não autorizadas, uma vez que tais informações são de propriedade do paciente (CFM, 2002).

Sem olvidar ainda que o código de ética médica prevê o dever de sigilo entre médico e paciente, pondo um parâmetro legal para esse tipo de relação que envolve a circulação de uma série de informações sobre o paciente, forma de tratamento, tipo de doença, dentre outros, atribuindo obrigação legal àqueles que manuseiam e

recebem essas informações, além do próprio dever moral que envolve as possibilidades de informação nesse tipo de ambiente, a manutenção desse sigilo garante a gestão desses dados pessoais, que fica a cargo da própria pessoa que fará o juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade de compartilhamento ou revelação desses dados (CFM, 2018).

A proteção do sigilo das informações dos pacientes é tão forte que, até mesmo, não podem ser expostas nem mesmo ao Judiciário sem a autorização do paciente, conforme explanado no código de ética médica. Vejamos:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime o médico estar á impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal (CFM, 2018).

Fato é que há outros diplomas legais ligados à área da saúde que também tratam da questão do sigilo em relação à proteção dos dados dos pacientes e não apenas o código de ética médica, que fora citado apenas como um dos exemplos de regulação (Brasil, 2002; Echeverría, 2020).

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

A objeção de consciência refere-se à recusa em realizar um ato que vá contra os princípios pessoais da própria consciência. É uma medida adotada por muitos profissionais de saúde quando confrontados com conflitos éticos entre a natureza de um determinado ato profissional exigido e sua liberdade de consciência. Essa prática envolve uma interação entre aspectos morais, legais e deontológicos e, por definição, surge em meio a um conflito ético (Brasil, 1988; Diniz, 2002).

A despeito de tal recurso ser prontamente detectáveis em dados de caráter deontológico e na Constituição Brasileira, sua aplicação não deixa de conceber algum grau de limitação à autonomia do paciente e, a pender das ocorrências, à acessibilidade de alguns procedimentos no sistema de saúde. Para mais, sua conceituação é expressivamente heterogênea, e por distintas vezes a objeção de consciência é equivocadamente usada como falsa justificativa para comportamentos discriminatórios, situação criada e agravada pela ausência de critérios que

claramente a identifiquem. De tal modo, é fundamental refletir sobre tais questões a partir de uma perspectiva bioética (Brasil, 1988).

Neste contexto, o Código de Ética Médica reconhece o direito profissional dos médicos de se recusarem a realizar procedimentos médicos que, embora autorizados por lei, estejam em conflito com os princípios de sua própria consciência (CFM, 2018). Dispõe de forma clara objeção de consciência em seu artigo VII, do Capítulo I, observemos:

VII-O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente (CFM, 2018).

É evidente que o termo "objeção de consciência", embora empregado no âmbito da bioética há várias décadas, não possui uma definição única e é utilizado de maneira bastante diversa. Essas variações de significado alteram substancialmente o caráter da discussão e a compreensão do tema (CFM, 2018).

Logo, o paciente, assim como o médico, possui uma consciência, e que esta pode ser do mesmo modo contrariada. O paciente pode não permitir realizar acurada ação por motivos de consciência. Sem embargo, o conceito de objeção de consciência se alude a situações de conflito de consciência do profissional, e não do paciente (CFM, 2018; Diniz, 2002).

Tal fato não advém porque a consciência do médico teria mais estima que a do paciente. Porém, quando o paciente, por determinada razão, até de consciência, decide recusar determinado procedimento ou tratamento, esse conflito já está considerado em questões conexas a sua autonomia, como o estabelecimento de diretivas antecipadas de sua vontade ou até mesmo a própria recusa dos métodos terapêuticos (Brasil, 2002).

Objeção ao ato

Conforme já discorrido, a verdadeira objeção de consciência alude aos atos propostos, e não à pessoa que os requer. Essa é uma condição essencial, uma vez que é por meio dela que se evita a confusão bastante amidiada entre objeção de consciência e atos discriminatórios (CFM, 2018; Diniz, 2002).

Para que se tenha validade a objeção de consciência, deve-se haver

consistência na negativa por parte do profissional, ou seja, deve haver concordância de atitude em todos os casos análogos a que venha a ser exposto. Isso se faz necessário uma vez que, tendo em vista o objeitor, a imoralidade do ato não deve ser circunstancial, mas sim intrínseca (Pegoraro, 1995; CFM, 2018).

Afim de que essa condição (a consistência) seja contentada, é indispensável um raciocínio lógico por trás da recusa. De outro modo, ela tem um caráter arbitrário que a torna inválida. Deste modo, se a base que motivou a recusa foi filosófica ou religiosa, qualquer que seja ela, deve ser racionalmente defendida, ou não tem razão de ser. Em abreviação, é basilar que o objeitor, após ter escolhido o critério que considera adequado, sustente um conjunto lógico e sólido de ações subsequentes. É ainda de suma estima que a objeção de consciência se refira ao ato nomeadamente indicado, e não à pessoa que o solicita (Pegoraro, 1995).

Objeção de consciência de pacientes incapazes

A dignidade do paciente que não se encontra em plenas condições de uso de suas faculdades mentais, seja ele menor de idade ou adulto e esteja ele ou não assistido ou representado, foi considerada de forma especial. Aqui, considera-se prevalente e de maior valia o tratamento indicado, sem pleno e esclarecido consentimento livre, nos casos de emergências ou urgências com elevado risco à saúde ou naqueles com claro risco de morte. Ademais, é estabelecido que, uma vez que haja discordância irresoluta entre profissional médico e representante legal quanto à proposta terapêutica, é imperativa a comunicação do fato com as autoridades competentes (Conselho Tutelar, Ministério Público, Polícia etc.) por parte daquele, tendo em vista o melhor desfecho para o paciente (Brasil, 2002; CFM, 2018).

Objeção de consciência do médico

O juramento de Hipócrates, embora carregado de simbolismo, expressa o compromisso, especialmente ético, baseado no princípio bioético da beneficência, do futuro profissional médico de exercer sua profissão com integridade, mesmo que não mencione a necessária interação com o paciente (CFM, 2018).

Culturalmente, persiste a ideia de que o médico, ao cuidar de seu paciente, deve utilizar todos os meios disponíveis, independentemente de estarem ou não ao

seu alcance, para promover a cura do enfermo (Pegoraro, 1995; CFM, 2018).

Todavia, percebe-se que há, hoje em dia, disposição em se defender a prevalência da autonomia do paciente nas decisões médicas que submergem o seu tratamento, o que nos sugere, em princípio, modificar o tradicional binômio dessa relação de médico-paciente para um atual ponto de vista de paciente-médico (Brasil, 2002).

A concepção do médico como detentor das decisões mais acertadas e inquestionáveis para o tratamento do paciente levou a uma dinâmica em que esse relacionamento se pautava pela vontade inquestionável do profissional. Sob essa perspectiva, o paciente tinha pouca participação nas decisões relacionadas à sua saúde, delegando ao médico a autoridade de escolher o que seria melhor para ele (Pegoraro, 1995; CFM, 2018).

Contudo, confortado no atual conceito de autonomia privada, erigiu-se a ideia da maior participação do paciente nas decisões que envolvem a saúde de seu corpo e alma. Caso haja dúvida, deve prevalecer a vontade do paciente, a qual é considerada inequívoca, posto que sua vida e sua probidade é que estão em voga. É evidente que a aquiescência informada do paciente é indispensável para que essa autonomia seja exercida de maneira plena e consciente (Brasil, 1988; Diniz, 2002).

Acontece que a declaração da autonomia privada do paciente, por vezes determinante, tem deixado de lado a expressão da vontade do médico, que tem se submetido, em algumas situações, o “absolutismo” da vontade do paciente (Albuquerque, 2016).

Nesse contexto, é importante ressaltar que a vontade do médico ainda deve ser considerada, pois, em determinadas circunstâncias, ele pode optar por recusar certos procedimentos com base em sua objeção de consciência, desde que providencie alternativas para que o paciente não fique desassistido. O Código de Ética Médica, em seu Capítulo I, estabelece no item VII que "o médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, exceto em situações em que sua recusa possa causar danos à saúde do paciente ou na ausência de outro médico em caso de urgência ou emergência". Exemplos dessas situações incluem o aborto legal, transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, diretrizes antecipadas de vontade, anticoncepção de emergência, ortotanásia, esterilização humana voluntária e divulgação e uso de informações genéticas (CFM, 2018).

Para esse propósito, é recomendável que exista um diálogo entre os interesses dos sujeitos envolvidos em casos abertos, para que não seja proferida nenhuma disposição discricionária ou afoita que possa desprezar de maneira incondicional a vontade de alguém (Gomes, 2018).

Dessa forma, não há equívocos de que tanto o paciente quanto o médico, na relação jurídica estabelecida entre ambos, conservam sua autonomia privada. A despeito de ser evidente que a pretensão maior firmada nessa relação seja a saúde do paciente, as partes envolvidas podem manifestar interesses distintos, por vezes conflitantes. Igualmente, seria possível conciliar a autonomia privada do médico frente a seu dever de cuidar do paciente, até mesmo acatando a vontade do enfermo, assim fazendo justiça entre a vontade de ambos (Gomes, 2018).

Não existe dúvidas de que há uma relativização da autonomia privada do médico, à medida que, em certas circunstâncias, o profissional não pode se abdicar a atender o paciente, nos termos da legislação médica e do Código de Ética e Disciplina. Dito isso, continua o dever do médico de assistir minimamente o paciente, mesmo que, moderado na sua consciência, só preste informações acerca do caso. Se o simples relato dessas direções for satisfatório para objetar sua consciência, cabe ao profissional ao menos orientar o paciente quanto à procura por outro médico (Nunes; Anjos, 2014).

Verifica-se, por isso, que não seria possível o exercício pleno pelo médico da sua objeção de consciência para prática de certos atos clínicos. Ainda que opte por recusar realizar o ato por dilemas pessoais, o profissional ainda se vê obrigado a, ao menos, orientar à procura por outro determinado médico que o realize, tendo como objetivo maior o cumprimento da autonomia do paciente (Nunes; Anjos, 2014).

Observe-se que é intrínseca à prática da medicina, enquanto alvo maior da profissão, a saúde do indivíduo, não se podendo desconhecer um dever maior do médico de assessorar o paciente. Ao mesmo tempo, não é adequado esquecer dos seus direitos enquanto profissional. A conciliação da autonomia privada do médico e do paciente poderia passar por certa flexibilização do comportamento do profissional que, mesmo premido por persuasões de consciência, tomaria certas atitudes para poupar a vontade do paciente (CFM, 2018).

No entanto, a comunicação prévia de sua objeção, a indicação de outro profissional isento de imperativos de consciência e a prestação de elucidações ao paciente quanto às consequências da prática do ato por ele eleito são algumas das

providências que o médico pode seguir para preservar a autonomia privada do enfermo, sem abdicar ao seu direito de objeção, mas sempre tendo por alvo a saúde da pessoa (Pegoraro, 1995; CFM, 2018).

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA AUTONOMIA DO PACIENTE

As diretivas antecipadas de vontade constituem negócios biojurídicos, nos quais o indivíduo deixa exarada a sua vontade no que se refere ao seu corpo e sua saúde para que seja respeitada quando estiver impossibilitado de manifestar seus anseios. Logo, através das diretivas tem o conhecimento dos desejos da pessoa, podendo ser sobre negativa a determinado tratamento ou autorização. As DAV são alcançadas com base no princípio da autonomia dos particulares, é constituída na forma de negócios biojurídicos, uma vez que envolvem o sujeito e seu corpo (Dadalto; Tupinambás; Greco, 2013).

De acordo com Everton Willian Pona as características desse negócio são: unilateral, gratuito, revogável e personalíssimo. A unilateralidade acontece porque deve ser feito só pelo paciente, norteado pelo médico sobre todas as consequências dos procedimentos médicos. Dada a complexidade dos tratamentos médicos, é fundamental que haja elucidação por um profissional da saúde quanto aos riscos e benefícios, porém, ele não configura como parte integrante do negócio, apenas um auxiliar (Pona, 2015).

A gratuidade é obrigatória, tendo em vista que o objeto é o próprio indivíduo e o seu corpo. Logo, pela legislação nacional é proibido qualquer estipulação pecuniária sobre a integridade física do ser humano (Brasil, 1988).

Já o ato em si deve ser realizado pelo próprio paciente, não cabendo a utilização de um procurador, isso porque trata-se de um mecanismo de concretização da autonomia do paciente. De mais a mais, o negócio é personalíssimo. Logo, é cabível a revogação a qualquer momento pelo indivíduo (Dadalto; Tupinambás; Greco, 2013).

No Brasil não existe legislação civil vigente sobre as diretivas. Mas, no âmbito jurídico, há o Enunciado nº 37 do Conselho Nacional de Justiça, vejamos:

ENUNCIADO Nº 37 As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser

feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito (CNJ, 2019).

O referido enunciado foi discutido durante a Jornada de Direito da Saúde, destacando a preocupação jurídica com a regulamentação dessa questão. No entanto, atualmente não há nenhum dispositivo civil em vigor no país sobre o assunto, sendo a regulamentação feita pelo órgão de classe médico (CNJ, 2019).

Portanto, o Conselho Federal de Medicina traz a questão por meio da Resolução nº 1.995/2012. De acordo com a Resolução as diretivas são “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” (CFM, 2012).

Além disso, a Resolução estipula que as diretivas devem ser seguidas quando o paciente estiver incapaz de se comunicar "ou de expressar suas vontades livre e independentemente". O parágrafo terceiro do artigo segundo da Resolução enfatiza que as diretivas devem sempre prevalecer em relação aos tratamentos médicos do paciente, mesmo em relação aos desejos dos familiares. No entanto, a Resolução estabelece que se o documento entrar em conflito com os preceitos do Código de Ética Médica, o médico não poderá considerá-lo (CFM, 2012).

De fato, o debate sobre as diretivas antecipadas de vontade começou recentemente no Brasil, e há uma falta de legislação sobre o assunto. Considerando a regulação e a proteção do direito à vida na Constituição, bem como o princípio da autonomia para elaborar as diretivas, os médicos enfrentam uma situação delicada quanto à ação a ser tomada, uma vez que não há uma resposta legislativa clara sobre a adoção das diretivas (IBDFAM, 2021).

Nesse diapasão, quando tem a recusa do paciente sobre um tratamento, manifestando de forma escrita ou verbal, o hospital bate às portas do Judiciário para sanar a questão, uma vez que há o entendimento da classe médica que a vida deve ser preservada, ao passo do princípio constitucional (Mota, 2007).

Cabe analisar, por ora a jurisprudência brasileira, dois julgados que trataram sobre a manifestação do paciente de recusa do tratamento, realizando para isso uma diretiva antecipada de vontade.

O primeiro caso corresponde ao de um indivíduo que contrapôs-se à amputação de seu pé necrosado. Quando da negativa o paciente estava consciente

e esclarecido sobre os riscos da não realização do procedimento. Apesar da decisão clara do paciente, o hospital ingressou com o pedido para a realização do procedimento, sendo indeferido, observemos:

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

Enquanto no segundo exemplo que trazemos já ocorrido, a vontade do paciente felizmente prevaleceu na decisão final do Tribunal. Esse, o paciente negou a realização de um tratamento médico e sua madrasta, conhecendo a vontade do enteado, assinou o termo de recusa do tratamento. Apesar da nítida vontade do paciente, houve o pedido de autorização judicial para a realização do procedimento. Felizmente, a vontade do paciente preponderou na decisão do Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. autorização para realização de procedimento cirúrgico. NEGATIVA DO PACIENTE. necessidade de ser respeitada a vontade do PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”, o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrasta do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões,

deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO (TJRS, 2013).

Na conjuntura dessa inconstância quanto ao cumprimento das diretivas dá-se em grande parte a falta de discussão e regulamentação da questão é que gera incerteza para os profissionais da saúde. Dito isso, é competência do Estado regulamentar a questão para que os direitos do paciente e o respeito ao princípio da autonomia sejam preservados (Brasil, 1988).

Nesse sentido, encontra-se no Senado Federal o Projeto de Lei nº 149 de 2018, o qual dispõe acerca das diretivas antecipadas de vontade diante dos tratamentos de saúde. Atualmente, o projeto está arquivado (Brasil, 2018).

DO MANDATO DURADOURO

Trata-se de um negócio jurídico, contrato bilateral, consensual, que pode ser gratuito ou remunerado pelo meio do qual alguém outorga a outro, o poder de conduzir seus interesses (Dadalto; Tupinambás; Greco, 2013).

O mandato duradouro nada mais é do que uma diretriz antecipada de vontade, organizada por meio de um documento, onde o indivíduo pode nomear uma pessoa de confiança que irá deliberar os cuidados, procedimentos médicos, tratamentos e tudo que submerge a pessoa do paciente, quando não for mais possível realiza-lo devido às suas limitações e incoerências psíquicas. Tudo deverá decorrer conforme com a vontade do paciente (Gomes, 2018).

Como não existe uma forma prescrita em lei, quanto ao modo de escritura de tal documento, este poderá ser tanto de instrumento público/cartório, como particular. O documento somente terá efeito quando houver incapacidade do mandante (Gomes, 2018).

É essencial ressaltar a sua diferença em relação ao testamento vital, uma vez que o testamento vital é o documento no qual o paciente manifesta suas vontades póstumas quando ainda em plenas condições de deliberar acerca de cuidados, tratamentos ou procedimentos médicos a que deseja se expor ou se recusa a receber quando em situação que o aflija e possa tirar-lhe a vida. Tal documento deve ser feito com subsídio de um médico de confiança, que agirá como orientador para termos técnicos, sendo imprescindível um advogado para que, em tal contrato não

haja nenhum tipo de vício (Mota, 2007).

O TESTAMENTO VITAL

O documento em questão, conhecido como testamento vital ou diretiva antecipada de vontade, é elaborado por uma pessoa em plenas capacidades mentais, visando determinar quais tratamentos médicos deseja ou recusa em situações de doença terminal ou irreversível, quando não for mais capaz de expressar sua vontade (Mota, 2007).

Conforme definido por Leo Pessini (2007), esse instrumento consiste em instruções prévias sobre os cuidados terapêuticos desejados para a fase final da vida. Essas orientações têm o propósito de guiar os profissionais de saúde e os familiares, assegurando que os cuidados sejam prestados de acordo com os desejos e valores do paciente, mesmo na sua incapacidade de manifestá-los verbalmente. Enquanto Mota declara-o como:

Instrumento jurídico no qual os indivíduos capazes para tal, em sã consciência, declaram sua vontade acerca das atenções médicas que deseja receber, ou não, no caso de padecer de uma enfermidade irreversível ou terminal que haja conduzido a um estado em que seja impossível expressar-se por si mesmo (Mota, 2007).

Apesar de ser chamado de "testamento", suas características não são idênticas às de um testamento comum. É importante destacar que a semelhança entre ambos está na natureza de ser uma declaração de última vontade. No entanto, a denominação "testamento" pode ser imprecisa, uma vez que seu objetivo é fazer prevalecer a vontade do indivíduo enquanto ainda está vivo, embora alguns testamentos comuns produzam efeito antes da morte do testador, como no caso do reconhecimento de filiação e na designação de tutor ou curador. Assim, vejamos as ponderações de Diniz (2002) sobre o testamento:

Ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma jurídica, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio para depois de sua morte, ou determina providências de caráter pessoal ou familiar (Diniz, 2002).

De fato, o interesse pelo desejo do paciente e o papel dos profissionais de saúde emergiu com o avanço das ciências médicas ao lidar com os limites da vida. Os aspectos do corpo humano passaram a ser mais minuciosamente explorados, o que resultou no homem tornando-se um instrumento para o avanço da tecnologia. A

fronteira entre vida e morte tornou-se mais sutil, levando a uma variedade de opiniões e debates (Pessini, 2007).

O surgimento do testamento vital está intimamente ligado aos desafios surgidos da interseção entre os avanços terapêuticos e os direitos individuais protegidos pela Constituição Federal. Diante das transformações sociais, torna-se imperativo que a ciência jurídica evolua e se adapte a tais mudanças. Esse instituto visa garantir ao paciente o pleno exercício de sua liberdade, conferindo-lhe o poder de tomar decisões diante das diversas opções médicas disponíveis. (Diniz, 2002).

O testamento vital visa orientar o atendimento médico quando o paciente não pode mais expressar sua vontade, limitando, se necessário, a intervenção da família. Este documento fornece diretrizes claras sobre os cuidados desejados, respeitando a autonomia do paciente mesmo em caso de doença grave (Mota, 2007).

O artigo 41 do Código de Ética Médica estabelece que os médicos não devem abreviar a vida do paciente, mesmo a pedido deste ou de seus familiares. Entretanto, o parágrafo único ressalta que em casos de doença incurável e terminal, o médico deve oferecer todos os cuidados disponíveis, evitando procedimentos diagnósticos ou terapias fúteis ou obstinadas. Sempre deve considerar o desejo expresso do paciente ou, na impossibilidade, do seu representante legal (CFM, 2018).

LEADING CASE

Para corroborar com a compreensão de como as DAV impactam nas pessoas, a seguir é trazido um caso ocorrido no Rio Grande do Sul em 2013 que envolve o testamento vital.

Mesmo após uma década desde o ocorrido, esse caso continua a alimentar reflexões e discussões sobre o tema em questão. Trata-se do pedido de alvará judicial feito pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para suprir a vontade do idoso João Carlos Ferreira. Este caso foi levado a julgamento em grau de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, autuado sob o número 0223453-79.2013.8.21.7000 (TJRS, 2013).

A solicitação se referia à supressão de vontade do idoso (usuário-morador do Hospital Colônia Itapuã e ex-hanseniano) em questão no que se referia à necessidade de amputação do membro inferior esquerdo, em virtude da necrose detectada no pé esquerdo, decorrente de uma lesão sofrida (TJRS, 2013).

De acordo com a decisão, a necrose já estava ocasionando o emagrecimento progressivo, anemia acentuada e, se não fosse realizado o tratamento em referência, a morte se daria em consequência de infecção generalizada (TJRS, 2013).

O julgado noticiava também que o idoso não exibia sinais de demência, porém se encontrava em estado depressivo, razão pela qual manifestava a desistência em relação à vida e avistava na morte uma maneira de lenitivo ao sofrimento (TJRS, 2013).

O juízo singular/1ª instância negou o citado pedido de alvará judicial, uma vez que entendia que o idoso já padecia da doença há muito tempo, afora de não constatar nele a perda de sua capacidade civil, de forma que se encontrava no pleno gozo da liberdade para agir e, exatamente por esse motivo, não cabia ao Estado a interferência em sua decisão, apesar que o resultado morte pudesse ser concretizado. Na decisão, firmou-se a distinção entre:

- a) a eutanásia (também conhecida como boa morte, morte apropriada, suicídio assistido, crime caritativo ou morte piedosa), na qual uma pessoa solicita ao médico ou a um terceiro que o mate, com o fito de que sejam eliminados os males de uma moléstia;
- b) a ortotanásia, que “vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar o sofrimento, morte sem prolongar a vida por meios artificiais ou além do que seria o processo natural e;
- c) a distanásia (alcunhada também como obstinação terapêutica ou futilidade médica), segundo a qual todos os tratamentos médicos devem ser impostos a um paciente, ainda que estes não surtam qualquer resultado proveito ou implique em sofrimento atroz ao paciente terminal, a qual, ao invés de prolongar a vida do paciente, acaba por alongar o processo de morte (TJRS, 2013).

A mencionada Corte entendeu que o pleito representava o caso da ortotanásia, a qual seria aceita pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina de número 1.805/2006 e 1995/2012 (TJRS, 2013; CFM, 2018).

Em seu fundamento, a decisão menciona até mesmo a Encíclica *Evangelium Vitae*, que foi promulgada, em 1995, pelo Papa João Paulo II. Tal documento censura exclusivamente a eutanásia e a distanásia, razão pela qual a ortotanásia seria consentida pela religião católica (TJRS, 2013).

Outro argumento a ser considerado é que o direito à vida, conforme estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, não é absoluto e deve ser interpretado em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto no artigo 2º, III, do mesmo documento legal. Portanto, podemos concluir que a ordem constitucional brasileira garante o direito à

vida e não impõe um dever de viver, o que indiretamente assegura ao paciente a liberdade de recusar-se a submeter-se a um tratamento que lhe cause sofrimento moral (Brasil, 1988).

Robustece, também, pela disposição contida no artigo 15 do Código Civil, que estipula que ninguém deve ser submetido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que envolva risco de vida (Brasil, 2002).

O caso deve ser considerado paradigmático, especialmente porque menciona explicitamente o instituto do "testamento vital", conforme estabelecido na Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Esta resolução exige que sejam observados os seguintes requisitos para as decisões antecipadas do paciente em relação à fase crítica da doença: a capacidade plena de consciência do paciente e a prevalência de sua vontade sobre a manifestada por seus familiares e pela equipe médica (CFM, 2012).

Conclusão

Esta revisão referendou que a autonomia da vontade é a base na relação jurídica médico-paciente, trata-se do fundamento de constituição das DAV, visando inteira autodeterminação do paciente. Assim sendo, trata-se da expressão da liberdade de um sujeito de direito ter o poder de criar regras próprias que afetem sua esfera jurídica, bem como seu corpo.

Conclui-se que as diretivas se equiparam aos negócios jurídicos, o que permite analisar seus requisitos de validade à luz do artigo 104, do Código Civil. Como é cediço, tal dispositivo da codificação civilista estipula que são pressupostos para a celebração de um negócio jurídico válido: a capacidade, a forma e o objeto.

As proeminências admitem concluir que mesmo se reconhecendo o potencial das DAV para garantir a autonomia do paciente, a constituição e documentação desse mecanismo pelos pacientes ainda é restrita; seja por ignorarem esse direito ou não entenderem a sua definição, sejam pelas filosofias religiosas, ou ainda em função da isenção ou do receio dos profissionais de saúde em relação a temática e sua ratificação jurídico-legal. De mais a mais, é essencial que os médicos tenham pleno conhecimento do assunto para guiar e informar perfeitamente seus pacientes. Assim sendo, é imperioso abrir discussões acerca da temática, com destaque na realidade brasileira.

ADVANCED DIRECTIVES IN THE PHYSICIAN-PATIENT RELATIONSHIP: A literature review study in light of bioethics

Abstract

Introduction: advanced healthcare directives, commonly known as living wills, are documents that pertain to a patient's last wishes—specifically related to healthcare. These documents outline the treatments a terminally ill patient would accept or reject when they can no longer express their own wishes. Objective: to clarify the role of advanced healthcare directives in the legal relationship between doctor and patient, based on the theoretical principles of autonomy and human dignity. Method: a descriptive literature review was conducted, including peer-reviewed articles (both qualitative and quantitative), legislation, guidelines, legal websites, and dissertations from the period of 2010-2024. Impact factor and content were analyzed. The descriptors included terms used in independent searches such as advanced directives, elderly, personal autonomy, and death. The selection criteria for the articles also included verbs or expressions indicating the authors' intention toward the medical perspective on advanced healthcare directives and personal autonomy. Development: understanding advanced healthcare directives and living wills in relation to legislation and medical understanding, aiming to ensure the delivery of services focused on human dignity. Conclusion: the study aimed to clarify advanced healthcare directives in light of patients' desires for autonomy and dignity in end-of-life situations, and to foster dialogue in the doctor-patient relationship.

Keywords: Advanced directives. Aged. Personal autonomy. Death.

Referências

AITH, F. Morte digna: direito natural do ser humano. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 173-187, 2007.

ALBUQUERQUE, A. Direitos humanos dos pacientes. Juruá Editora. Paraná. 2016.

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

BARROSO, L. R. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1674177492179&disposition=inline>. Acesso em: 15 mar. 2024.

CARVALHAL, E. R.; ANDRADE, G. M.; ARAÚJO, J. V. A.; KNUST, M. Negociação e Administração de Conflitos nas DAV. 2. ed. São Paulo: FGV, 2017

CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.638, de 09 de agosto de 2002. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em: 17 mar. 2024.

CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.805, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995, de 31 de Agosto de 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 15 mar. 2024.

CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. **Código de ética médica**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciado nº 37. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/todos-os-enunciados-consolidados-jornada-saude.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

DADALTO, L.; TUPINAMBÁS, U.; GRECO, D. B. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Revista Bioét (Impr.)**, v. 21, n. 3, p. 463-76, 2013.

DANTAS, J. B.; BORGE, J. E. R.; DUTRA, A. B. Entre a morte e a experiência da finitude: histórias e diálogos com o contemporâneo. **Revista NUFEN**, Belém, v. 13, n. 1, p. 41-55, 2021. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912021000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 16 mar. 2024.

DINIZ, M. H. Código Civil anotado. São Paulo, editora Saraiva, 8 ed., p. 31 e 1204, 2002.

DWORKIN, R. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ECHEVERRÍA, B. C.; SERANI, M. A.; ARRIAGADA, U. A.; GOIC, A.; ROJAS, A. O.; RUIZ-ESQUIDE, G.; *et al.* Objeción de conciencia y acciones de salud. **Rev Med Chile** v. 148, p. 252-257, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v148n2/0717-6163-rmc-148-02-0252.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2024.

IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família. Registros de Diretivas Antecipadas de Vontade cresceram nos últimos anos; pandemia deu nova importância à discussão. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8170/Registros+de+Diretivas+Antecipadas+de+Vontade+cresceram+nos+%C3%BA%ltimos+anos%3B+pandemia+deu+nova+import%C3%A2ncia+%C3%A0+discuss%C3%A3o>. Acesso em: 02 dez. 2023.

GOMES, B. M. M.; SALOMÃO, L. A.; SIMÕES, A. C.; REBOUÇAS, B. O.; DADALTO, L.; BARBOSA, M. T. Diretivas antecipadas de vontade em geriatria. **Revista Bioét (Impr.)**, v. 26, n. 3, p. 429–439, 2018.

MARQUES, C. L. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Editora RT, São Paulo, 2004.

MELO, A. C. P. A polêmica da legalização da eutanásia no Brasil: o dever ético de respeito às vontades antecipadas dos pacientes terminais. **Jus Navegandi**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42873/a-polemica-dalegalizacao-da-eutanasia-no-brasil-o-dever-etico-de-respeito-as-vontadesantecipadas-dos-pacientes-terminais>. Acesso em: 04 set. 2023.

MOTA, S.; CAMILO, C. E. N.; SILVA, P. F.; ROCHA, R.; CAMPATO, R. F.; GARCIA, M. *et al.* (Organização GOULART, Gomes). Bioética e biodireito: uma introdução crítica. Testamento vital. Rio de Janeiro. América jurídica, 2007.

NASCIMENTO, B. G.; HENRIQUES, R. S. P. The exclusion of the subject from the medical practices in the hospital context. **Rev. SPAGE SP**, Ribeirão Preto, v.16, n.2, 2015.

NILO, A. T. A relação paciente-médico para além da perspectiva consumerista: uma proposta para o contrato de tratamento. Dissertação Mestrado. Curso de Direito. 2019. 168 folhas. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2019.

NUNES, M. I.; ANJOS, M. F. Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites. **Revista Bioét (Impr.)**, v. 22, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422014222005>. Acesso em: 05 mar. 2024.

PEGORARO, O. A. Ética é justiça. Editora Vozes, Petrópolis, 1995.

PESSINI, L. Eutanásia: Até quando prolongar a vida? Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2 ed., São Paulo, 2007.

PINTO, L. F. A representação da morte: desde o medo dos povos primitivos até a negação na atualidade. Faculdade de Ciências Humanas – ESUDA. Recife. 2013

PONA, E. W. Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015

SANTOS, J. R.; DUARTE, H. G. Eutanásia: o direito de morrer à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, n.48, 2016. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17150&revista_caderno=27>. Acesso em: 08 set. 2023.

SCHREIBER, A. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factumproprum. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TJRS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70054988266. 2013 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprud>. Acesso em: 15 mar 2024.

UNAMUNO, M. N. Editora Estação Liberdade. Tradutor Fabiano Calixto. 2012.

ANEXO 1 – APELAÇÃO CÍVEL

RS: Apelação Cível – Assistência à saúde – Biodireito – Ortotanásia – Testamento vital – Apelação desprovida.

IMNº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000) 2013/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.

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

Apelação desprovida.

APELAÇÃO CÍVEL: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000) COMARCA DE VIAMÃO

MINISTERIO PUBLICO: APELANTE

J. C. F.: APELADO

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em desprover a apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL E DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI.**

Porto Alegre, 20 de novembro de 2013.

DES. IRINEU MARIANI,

Relator.

R E L A T Ó R I O

DES. IRINEU MARIANI (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ingressa com pedido de alvará judicial para suprimimento da vontade do idoso *J. C. F.*, “usuário-morador do Hospital Colônia Itapuã e ex-hanseniano” (fl. 2).

Sustenta que o idoso está em processo de necrose do pé esquerdo, resultante de uma lesão, desde novembro de 2011, que vem se agravando, inclusive com emagrecimento progressivo e anemia acentuada resultante do direcionamento da corrente sanguínea para a lesão tumoral, motivo pelo qual necessita amputar o membro inferior, sob pena de morte por infecção generalizada. Ressalta que o “paciente está em estado depressivo, conforme laudo da psicóloga *Heláde Schroeder*, que ainda atesta que o paciente está desistindo da própria vida vendo a morte como alívio do sofrimento.” (fl. 2). Ressalva que, conforme laudos médicos, o idoso não apresenta sinais de demência. Assim, pugna pelo deferimento do pedido para “suprir a vontade do idoso *J. C. F.*, RG ..., expedindo-se alvará ao Hospital Colônia Itapuã autorizando ampute o pé esquerdo do paciente.” (fl. 3).

O juízo singular indefere o pedido, argumentando que “não se trata de doença recente e o paciente é pessoa capaz, tendo livre escolha para agir e, provavelmente, consciência das eventuais consequências, não cabendo ao Estado tal interferência, ainda que porventura possa vir a ocorrer o resultado morte.” (fl. 16).

O Ministério Público apresenta apelação (fls. 17-9), enfatizando que o idoso corre risco de morrer em virtude de infecção generalizada caso não realize a amputação. Advoga que ele não tem condições psíquicas de recusar validamente o procedimento cirúrgico, porquanto apresenta um quadro depressivo, conforme os

laudos médicos juntados aos autos. Reforça a ideia de que “deve-se reconhecer a prevalência do direito à vida, indisponível e inviolável em face da Constituição Federal, a justificar a realização do procedimento cirúrgico, mesmo que se contraponha ao desejo do paciente, uma vez que reflete o próprio direito à sua sobrevivência frente à doença grave que enfrenta, bem porque não possui ele condições psicológicas de decidir, validamente, não realizar a cirurgia, ante o quadro depressivo que o acomete.” (fl. 18v.). Assim, pede o provimento (fls. 17-9).

O Ministério Público junta documentos a fim de suprir a carência documental suscitada pelo magistrado na sentença (fls. 21-8).

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (fls. 31-4).

É o relatório.

V O T O S

DES. IRINEU MARIANI (RELATOR)

Eminentes colegas, temos um caso bastante singular. O Sr. J. C. F., nascido em 4-5-1934, portanto, com 79 anos, usuário-morador do Hospital Colônia Itapuã e ex-hanseniano, está com um processo de necrose no pé esquerdo e, segundo o médico, a solução é amputá-lo, sob pena de o processo infeccioso avançar e provocar a morte.

Considerando que, conforme laudo psicológico, o paciente se opõe à amputação e “está desistindo da própria vida, vendo a morte como alívio do sofrimento”; **considerando** que, conforme laudo psiquiátrico, “continua lúcido, sem sinais de demência”, o médico buscou auxílio do Ministério Público, no sentido de fazer a cirurgia mutilatória mediante autorização judicial, a fim de salvar a vida do paciente; e **considerando** que o pedido do Ministério Público foi indeferido de plano, vem a apelação.

Com efeito, dentro do que se está a desingnar de **Biodireito**, temos:

a) a eutanásia, também chamada “boa morte”, “morte apropriada”, suicídio assistido, crime caritativo, morte piedosa, assim entendida aquela em que o paciente, sabendo que a doença é incurável ou ostenta situação que o levará a não ter condições mínimas de uma vida digna, solicita ao médico ou a terceiro que o mate, com o objetivo de evitar os sofrimentos e dores físicas e psicológicas que lhe trarão com o desenvolvimento da moléstia, o que, embora todas as discussões a favor e contra, a legislação brasileira não permite;

b) a ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar o

sofrimento, morte sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural, o que vem sendo entendido como possível pela legislação brasileira, quer dizer, o médico não é obrigado a submeter o paciente à **distanásia** para tentar salvar a vida;

c) a **distanásia**, também chamada “obstinação terapêutica” (*L’archementthérapeutique*) e “futilidade médica” (*medical futility*), pela qual tudo deve ser feito, mesmo que o tratamento seja inútil e cause sofrimento atroz ao paciente terminal, quer dizer, na realidade não objetiva prolongar a vida, mas o processo de morte, e por isso também é chamada de “morte lenta”, motivo pelo qual admite-se que o médico suspenda procedimentos e tratamentos, garantindo apenas os cuidados necessários para aliviar as dores, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Pois bem.

O caso *sub judice* se insere na dimensão da **ortotanásia**. Em suma, se o paciente se recusa ao ato cirúrgico mutilatório, o Estado não pode invadir essa esfera e procedê-lo contra a sua vontade, mesmo que o seja com o objetivo nobre de salvar sua vida.

Com efeito, o Papa João Paulo II, ao promulgar, em 1995, a Encíclica *Evangelium Vitae*, condenou apenas a eutanásia e a distanásia, silenciando quanto à ortotanásia. Isso é interpretado como implícita a sua admissão pela Igreja Católica, que é, como sabemos, bastante ortodoxa nos temas relativos à defesa da vida.

Sem adentrar na disciplina dada a esses temas pela Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, e ficando no âmbito constitucional e infraconstitucional, pode-se dizer que existe razoável doutrina especializada no sentido da **previsão da ortotanásia**, por exemplo, o Artigo *ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA ORTOTANÁSIA: O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE*, de autoria do Dr. Thiago Vieira Bomtempo, disponível no seu portal jurídico na *Internet*.

Resumindo, o **direito à vida** garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o **princípio da dignidade da pessoa**, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. Em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Ninguém pode ser processado criminalmente por tentar suicídio.

Nessa ordem de idéias, a Constituição institui o **direito à vida**, não o **dever à vida**, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a cirurgia ou tratamento.

Conforme o Artigo acima citado, o entendimento de que *“não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento, embora haja o dever estatal de que os melhores tratamentos médicos estejam à sua disposição”*, é também defendido por Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Acrescenta que o desrespeito pelo médico à liberdade do paciente, devidamente esclarecido, em relação à **recusa do tratamento**, *“pode caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e até lesões corporais, conforme o caso. O paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas da terapia, decidir se vai se submeter ao tratamento ou, tendo esse já iniciado, se vai continuar com ele.”*

No final do Artigo, Nota nº 8, o Dr. Thiago Vieira Bomtempo, reproduz mais uma passagem do entendimento da Dr^a Roxana Borges, a qual reproduzo: *“O consentimento esclarecido é um direito do paciente, direito à informação, garantia constitucional, prevista no art. 5º, XIV, da Constituição, e no Cap. IV, art. 22, do Código de Ética Médica. Segundo Roxana Borges, o paciente tem o direito de, após ter recebido a informação do médico e ter esclarecidas as perspectivas da terapia, decidir se vai se submeter ao tratamento ou, já o tendo iniciado, se vai continuar com ele. Estas informações devem ser prévias, completas e em linguagem acessível, ou seja, em termos que sejam compreensíveis para o paciente, sobre o tratamento, a terapia empregada, os resultados esperados, o risco e o sofrimento a que se pode submeter o paciente. Esclarece a autora, ainda, que para a segurança do médico, o consentimento deve ser escrito.”*

Por coincidência, eminentes colegas, a *Revista SUPERINTERESSANTE*, nº 324, do corrente mês de outubro/2013, publica matéria sob o título *COMO SERÁ SEU FIM?* Nas páginas 83-4, fala justamente da ortotanásia e a possibilidade de o paciente detalhar quais procedimentos médicos quer usar para prolongar a vida, como diálise, respiradores artificiais, ressuscitação com desfibrilador, tubo de alimentação, mas também pode deixar claro que não quer retardar sua morte.

Tal manifestação de vontade, que vem sendo chamada de *TESTAMENTO VITAL*, figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina, na qual consta que *“Não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano”* e prevê, então, a possibilidade de a pessoa se

manifestar a respeito, mediante três requisitos: **(1)** a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, isto é, antes da fase crítica; **(2)** o paciente deve estar plenamente consciente; e **(3)** deve constar que a sua manifestação de vontade deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assistem.

Ademais, no âmbito infraconstitucional, especificamente o Código Civil, dispõe o art. 15: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

O fato de o dispositivo proibir quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo, a pessoa pode ser constrangida a tratamento ou intervenção cirúrgica, máxime quando mutilatória de seu organismo.

Por fim, se por um lado muito louvável a preocupação da ilustre Promotora de Justiça que subscreve a inicial e o recurso, bem assim do profissional da medicina que assiste o autor, por outro não se pode desconsiderar o trauma da amputação, causando-lhe sofrimento moral, de sorte que a sua opção não é desmotivada.

Apenas que, eminentes colegas, nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tenho que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o seu testamento vital no sentido de não se submeter à amputação, com os riscos inerentes à recusa.

Nesses termos, e com o registro final, desprovejo a apelação.

DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL (REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a). **DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI** – De acordo com o(a) Relator(a). **DES. IRINEU MARIANI** – Presidente – Apelação Cível nº 70054988266, Comarca de Viamão: “À UNANIMIDADE, DESPROVERAM.” Julgador(a) de 1º Grau: GIULIANO VIERO GIULIATO (TJRS, 2013).

