



ANA CRISTINA POMBINHO NOGUEIRA

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE:
A IMPORTÂNCIA DA SUA REGULAMENTAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao 2º Ciclo de Estudos em Direito

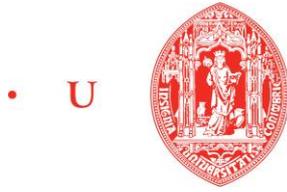
Mestrado científico em Ciências Jurídico-Civilísticas

Menção em Direito Civil

Setembro - 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANA CRISTINA POMBINHO NOGUEIRA

**DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE:
A IMPORTÂNCIA DA SUA REGULAMENTAÇÃO**

*ADVANCE DIRECTIVES:
THE IMPORTANCE OF ITS REGULATIONS*

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra, no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Civilísticas (Direito Menção em Direito Civil)*

Orientadora: Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa

Coimbra, 2017

AGRADECIMENTO

À Deus.

A Sophia, amor incondicional.

Aos meus pais e irmãos, palavras não conseguiriam expressar o amor e a gratidão por tê-los em minha vida.

À Doutora Mafalda Miranda Barbosa por todo conhecimento compartilhado.

Aos meus amigos, pelo apoio, incentivo, pela convivência e pelas reflexões que trouxeram para minha dissertação e para minha vida.

A Coimbra, uma grande saudade.

*Se quiseres poder suportar a vida,
Fica pronto para a aceitar a morte*
Sigmund Freud

RESUMO

Este presente trabalho teve por objetivo discutir a necessidade de regulamentação das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro. Esclarecemos em princípio as diferenças entre eutanásia, distanásia, ortotanásia e cuidados paliativos, por observarmos que as decisões médicas, familiares e até jurídicas, podem gerar conflitos em virtude do desconhecimento sobre os institutos. Buscamos, posteriormente, demonstrar a necessidade de salvaguardar a autodeterminação do paciente no fim de vida, tendo como fundamentação a discussão sobre a autonomia dos pacientes nas decisões sobre o fim de vida, inclusive a recusa aos tratamentos fúteis ou extraordinários, possibilitando uma morte digna, sem que isto se aproxime da liberação para a prática da eutanásia. Analisamos as Diretivas Antecipadas em Portugal, através da Lei 25/2012, e no Brasil, considerando as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº 1.805/2006, de 09.11.2006). Abordamos ainda a responsabilidade médica diante das Diretivas Antecipadas, dentro da relação médico-paciente. O tema adquire relevância por se tratar ao direito à vida, à morte digna, e em virtude da falta de regulamentação do testamento vital no Brasil, ainda que pela interpretação normativa (constitucional e infraconstitucional) nos leve ao entendimento de que ele seja válido.

Palavras-Chave: diretiva antecipada de vontade; testamento vital; autonomia; eutanásia; cuidados paliativos.

ABSTRACT

This paper aimed to discuss the need for regulation of the early directives of will in the Brazilian legal system. We clarify in principle the differences between euthanasia, dysthanasia, orthothanasia and palliative care, because we observe that medical, family and even legal decisions can generate conflicts due to the lack of knowledge about institutes. We later sought to demonstrate the need to safeguard the patient's self-determination at the end of life, based on the discussion about the autonomy of patients in decisions about the end of life, including refusing futile or extraordinary treatments, enabling a dignified death, Without this approaching liberation for the practice of euthanasia. We analyzed the Anticipated Directives in Portugal, through Law 25/2012, and in Brazil, considering the Resolutions of the Federal Council of Medicine (CFM Resolution 1,805 / 2006, dated 11.11.2006). We also address medical liability to the Advance Directives, within the doctor-patient relationship. The issue becomes relevant because it deals with the right to life, dignified death, and because of the lack of regulation of the living will in Brazil, even though the normative interpretation (constitutional and infraconstitutional) leads us to the understanding that it is valid.

Keywords: anticipated directives; living will; eutanásia; palliative care.

LISTA ABREVIACÕES

Ac. – Acórdão.

Art. – Artigo.

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CC – Código Civil.

CEDHBio- Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina

CDOM- Código Deontologia da Ordem dos Médicos

CFM- Conselho Federal de Medicina

CP – Código Penal.

CPC – Código Processo Civil.

CRF- Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa.

DAV'S- Diretivas Antecipadas de Vontade

D.G.P. - Direito Geral de Personalidade.

MPF- Ministério Público Federal.

OMS- Organização Mundial de Saúde.

ONU- organização das Nações Unidas

RENTEV- Registro Nacional do Testamento Vital

Rev. – Revista.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

ÍNDICE

1)	Introdução.....	10
2)	Morte.....	11
2.1	Contextualizando a morte.....	11
2.2	Aspectos jurídicos da morte.....	16
3)	O tempo da Morte.....	18
3.1	Eutanásia.....	21
3.2	Distanásia.....	26
3.3	Ortotanásia.....	27
3.4	Cuidados Paliativos.....	29
4)	Autonomia e Dignidade.....	31
4.1	Consentimento Informado.....	35
4.2	Autonomia no Fim da vida.....	40
5)	Diretivas Antecipadas de Vontade.....	54
5.1	Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal.....	64
5.1.1	Testamento Vital.....	64
5.1.2	Procurador de Cuidados de Saúde.....	67
5.1.3	Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV).....	69
5.2	Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil.....	69
6)	Regulamentação das Diretivas Antecipadas no Brasil.....	74
6.1	Responsabilidade Civil.....	76
6.1.1	Responsabilidade Civil Subjetiva.....	77
6.1.2	Responsabilidade Civil Objetiva.....	78

6.1.3	Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	81
6.2	Responsabilidade Civil Médica Diante das Diretivas Antecipadas.....	82
7)	A importância da Regulamentação das Diretivas Antecipadas no Brasil.....	91
8)	Conclusões.....	100
9)	Bibliografia.....	102

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo utilizou revisão bibliográfica na literatura jurídica e médica, nacional e internacional acerca das diretivas antecipadas de vontade. O objetivo principal desta dissertação foi investigar a necessidade da regulamentação das diretivas antecipadas no Brasil.

A Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina permite, no Brasil, a elaboração das Diretivas Antecipadas, além desta encontrar validade no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentada no princípio constitucional da dignidade humana, e na proibição de tratamento desumano. Diferentemente, Portugal tem a regulamentação das diretivas antecipadas através da Lei 25/2012.

Ocorre que, apesar da validade das diretivas antecipadas no ordenamento jurídico brasileiro, há dúvidas se apenas o respaldo constitucional seria suficiente para o cumprimento da autonomia do paciente no fim de vida, ou até mesmo para salvaguardar o médico de uma responsabilização civil.

A dissertação trará inicialmente os aspectos jurídicos da morte, bem como a percepção desta do ponto de vista antropológico, teleológico e axiológico e como isto influencia a aceitação do fim de vida, considerando que o homem é um ser em constante evolução. Importante ainda esclarecer as distinções entre distanásia, eutanásia, ortotánasia e cuidados paliativos em virtude das decisões judiciais e conhecimento em geral estabelecer tais institutos como sinônimos.

Nessa medida, torna-se fundamental entender a liberdade e autonomia do paciente em estado terminal, dentro de um conceito axiológico do direito, determinado a autonomia do paciente no fim de vida, e a validade do seu consentimento informado, ainda que prospectivo, para a recusa de tratamentos considerados pela medicina como fúteis ou extraordinários.

O trabalho prossegue com a investigação sobre as diretivas antecipadas em Portugal e no Brasil e como a falta de regulamentação pode gerar insegurança para médicos, familiar e paciente, não apenas do ponto de vista ético, mas jurídico, ocasionando a

responsabilidade de civil medica no caso de descumprimento da diretiva antecipadas, e a lesão ao direito absoluto do paciente: sua autonomia.

Neste ponto, discutiremos a validade das resoluções do Conselho Federal de Medicina, e as consequências jurídicas destes instrumentos para a efetiva autonomia do paciente em fim de vida, bem como a análise das decisões jurisprudências no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, as análises apresentadas, fundamentadas na nossa compreensão do direito, nos levarão a apontar a necessidade de regulamentação das diretivas antecipadas no ordenamento jurídico brasileiro, para evitar os problemas emocionais, éticos e jurídicos apontados ao longo do trabalho.

2. A MORTE

2.1 CONTEXTUALIZANDO A MORTE

Antigamente, a morte era um processo natural de fim da vida. Cada povo tinha sua concepção, sua aceitação perante a morte. Os valores presentes diante da vida determinavam a aceitação e o entendimento de vida e morte como algo natural e complementar. A morte era expressa em mitos, nas religiões, filosofia e até na ciência médica. Morria-se em casa, rodeado por seus familiares (inclusive crianças), cercados por amigos, e utilizavam-se rituais de passagem e celebrações. O doente podia despedir-se dos entes queridos, distribuir sua herança e até mesmo dar conzelhos aos mais jovens. A morte era um acontecimento público.

Atualmente, a morte passou a ser um tabu. Diante dos avanços médicos, o homem conseguiu prolongar a vida, curar doenças, tentar evitar a morte, seja com a possibilidade de fazer um coração voltar a bater, ou trocar ele por outro (de alguém que faleceu antes). Mas, ninguém quer falar em morte, sua presença é incômoda, e ela passou a ser mantida em silêncio, proibida de ser revelada.

A morte natural (seja por velhice ou doença) é escondida, só as catástrofes são reveladas pela mídia, pelo espetáculo mórbido que proporcionam, e pela audiência que alcançam. Como consequência, a morte passou a ser solitária, em hospitais e unidades de cuidados intensivos, e o doente morre cercado de pessoas estranhas.

Mas a morte é apenas o outro lado da vida, o outro ponto, e ao esquecermo-nos dela, desvalorizamos também a vida. Ao considerarmos que a morte existe, tornamos a vida grandiosa, damos sentido a ela. A morte só tem sentido se a vida for valorada, pois a pessoa não apenas existe, mas conjuga valores.

José Barros Oliveira¹ entende que, ao ignorar a morte, a sociedade torna-se traumatizada, enquanto que assumir sua existência como um curso natural da vida, pensando no sentido da vida e da morte, gera equilíbrio e maturidade para o ser.

Quanto ao conceito, ele está relacionado com aquilo que está concebido, com a representação da morte, e sua definição é algo difícil, em virtude da possibilidade de a definirmos sobre diversos ângulos; antropológico, filosófico, social, religioso, médico e legal.

Embora possamos tocar em alguns aspectos antropológicos, axiológicos e telológicos da morte, o conceito que nos interessa, para fins desta dissertação, é o conceito médico e o conceito legal.

Do ponto de vista antropológico podemos entender que a negação da morte está associada à ideia de aproveitar a vida e seus prazeres. Morrer é abdicar do poder de compra e venda, de adquirir e gozar os bens materiais. E o homem contemporâneo justifica sua existência com o bem estar material, o sucesso e o prazer que estes proporcionam.

A morte atinge um homem dotado de consciência, espiritualidade, responsabilidade e transcendência, por isso, podemos entender a morte como um dos problemas existenciais, que encerra não apenas o ciclo da vida- a morte do corpo- mas das esperanças, individualidades, liberdade e do amor da pessoa.

¹ OLIVEIRA, José H. Barros. **Viver a Morte-Abordagem Antropológica e Psicológica**. Livraria Almedina. Coimbra, 1998, p. 18.

Aceitar o fim significa abrir mãos dos seus desejos, sonhos e realizações, e nos coloca diante dos nossos medos e fracassos. Num mundo de prazeres e aparências, temos vergonha da decadência do corpo, isolamos as pessoas doentes e repugnamos a ideia de morte.

Talvez, uma das piores constatações para o homem seja, diante da morte, perceber que não viveu sua vida em sua plenitude, equilíbrio e maturidade, e que na sua terminalidade, já não o possa fazê-lo.

Assim, o homem está perdido no contexto axiológico, dividido entre valores materiais, suas carências e ter esperança. O sentido axiológico da morte permite que sejam impostos limites à vida, pois ao contrário, a entrega aos prazeres e ilusões seria total, se a morte não existisse, este sentido é reflexo da conduta ética, do valor absoluto: a vida. As escolhas devem, portanto, ser realizadas dentro de um contexto valorativo, pois o sentido materialista e finalista (tudo acaba com a morte) levaria a um mundo sem ética e à desobediência às normas.

Segundo Castanheira Neves² “o sentido da vida é uma das faces em que a outra face é o sentido da morte, e então a atitude e a exigência humana perante a morte haverá compreender-se como um directo reflexo da atitude e da exigência perante a vida”. A questão axiológica é reflexo da ética e da vida como um valor absoluto, cujas escolhas devem se fundamentar no valor.

Nas sociedades que mantiveram respeito ao homem, a morte deixa de representar dor e sofrimento e passa a ser um acontecimento, esperado e conhecido.

Neste aspecto, a religião tem papel fundamental no processo do morrer, responsabilizando o indivíduo por suas atitudes perante a vida e seus atos, com a promessa de continuidade desta (ressurreição). Ao contrário, os ateus tornaram a morte sem sentido, e o homem, um ser sem esperança.

² NEVES, A. Castanheira. **Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa- Comentário Crítico à Lição O fim da vida e o direito penal**. In DIGESTA. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 3º. Coimbra Editora, 2008.

No sentido teológico, a morte é humana, e inseparável da vida, apresentando distinção entre a imortalidade (grega) e a ressurreição (cristã).

Para o cristianismo a morte não é o fim, e sim um estado de paz e felicidade diante da ideia da ressurreição. Jesus tornou-se a prova de que a morte pode ser vencida, que a morte física não contempla a morte do espírito.

Para o judaísmo as regras de conduta estão presentes no Talmud³, além de regras transmitidas oralmente. Os Judeus encaram a morte como um processo natural, onde o doente deve ser consolado e acolhido. O paciente é informado sobre a gravidade de sua situação, a proximidade da morte, sendo possível colocar sua vida em ordem. “Por aquela ocasião Ezequiel adoeceu a ponto de quase morrer. Isaías, o profeta filho de Amós, veio a ele e disse: ‘Assim fala o Senhor: Ponha sua casa em ordem, pois morrerá e não viverá’” II Livro dos Reis, c.20⁴. Para os judeus conservadores, o critério para a morte é a parada cardiorrespiratória, para os rabinos mais liberais, a morte encefálica.

Alguns documentos budistas fazem referencia a Buda como aquele que cuida das doenças do espírito. Sidarta Gautama, após vivenciar a miséria e a morte, passou a acreditar que a libertação era a salvação do homem, e que esta seria alcançada com meditação e sacrifício. Para o Budismo deve-se viver o hoje, sem ansiedades sobre o amanhã ou sobre a morte, pois tudo é extinto, sujeito à lei da morte. A morte é uma transição para a eternidade⁵.

Para algumas tribos africanas, o culto aos antepassados mantém-se vivo, os mortos são espíritos que vivem em um mundo próprio, e que interagem com os vivos através de sonhos, fenômenos naturais ou sombras. O curandeiro é o responsável pela relação entre os vivos, que obtém ajuda dos entes que partiram e os mortos, que recebem as oferendas para que não deixem de existir.

³ O Talmud é um texto utilizado pelos rabinos, com objetivo de orientar os fiéis em determinadas situações.

⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. e MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte. Del Rey, 2012.

⁵ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **O post mortem – de que forma o homem encara o fenômeno do além túmulo**. In Direito Além da Vida. Um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem. LTr. São Paulo. Junho 2009, p. 34.

A ciência, por sua vez, diante dos limites impostos pela morte, e a despeito dos avanços terapêuticos, se tornou impotente diante da morte.

Do ponto de vista biológico, não podemos considerar a morte apenas como um evento único e instantâneo, mas uma sucessão de acontecimentos⁶: primeiro a morte celular, depois do tecido, a seguir do órgão. A perda das funções vitais, a parada cardiorrespiratória e a morte cerebral definem a morte clínica. São os critérios utilizados que determinam se o sujeito está morto ou não.

Todavia, diante da evolução médica, e dos inúmeros recursos terapêuticos que permitiram a manutenção da respiração e circulação, ainda que de forma artificial, o critério cardiorrespiratório (morte sistêmica) cedeu lugar ao critério neurológico, com a morte encefálica⁷. Isto porque é no tronco encefálico onde estão os controles vitais vegetativos primários, sem os quais a morte é inevitável e irreversível: centro da respiração e da pressão arterial. Ainda que haja batimentos cardíacos e respiração, estas cessarão em algumas horas, por isso a morte encefálica sinaliza a morte do indivíduo.

A morte encefálica será diagnosticada quando for consequência de um processo irreversível e de causa conhecida, com apresentação clínica de coma aperceptível, com ausência de atividade elétrica, metabólica e perfusão cerebral e apneia. Tal condição será constatada com a realização de exames clínicos específicos⁸.

Se não há morte encefálica, o coma⁹, ainda que diante da incerteza de sua irreversibilidade, não definirá a morte do indivíduo.

⁶ A medicina, em seu processo de evolução teve que definir critérios específicos para definição de morte, para evitar que o paciente pudesse estar vivo por determinado critério e, ao mesmo tempo morto, por outro critério.

⁷ Em Portugal, o critério utilizado, em acordo com a Lei n.º 141/99 de 28 de Agosto é o da morte cerebral. Em seu 2º artigo encontramos a definição legal de morte: “A morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”.

⁸ No Brasil, o CFM, através da resolução 1.480/97, definiu os critérios e protocolos para morte encefálica.

⁹ Cabe apenas uma ressalva quanto à morte encefálica e o estado de coma, pois naquela as células estão em processo de deterioração irreversível, enquanto no estado de coma, as células cerebrais ainda estão vivas e executam as funções vitais, apesar de não haver consciência do indivíduo (lucidez, orientação espaço-temporal e integração).

2.2 ASPECTOS JURÍDICOS DA MORTE

Após contextualizar a morte biológica como a morte encefálica, cabe distinguir a morte biológica, da morte jurídica¹⁰. A morte biológica é o diagnóstico da morte, enquanto que o pronunciamento da morte ocorre com a morte jurídica. O atestado de óbito tem essa finalidade, de certificar a morte biológica e sua causa (implicando em situações jurídicas: homicídio, suicídio, acidente).

Em alguns países da Europa, até o século XIX, existia a morte civil. A morte ocorria apenas na esfera do Direito, embora o sujeito estivesse vivo. A perda dos direitos civis alcançava os deportados, condenados a morte, prisioneiros e religiosos. O homem era reduzido à coisa¹¹.

Do ponto de vista jurídico, a morte não é o último momento, mas apenas um fato da vida, pois a partir dela se estabelecem os demais acontecimentos legais, como a sucessão hereditária.

Para o Direito existem dois tipos de morte, a morte natural e a morte presumida¹². A morte natural é aquela constatada pelo médico. A segunda não pode ser comprovada, pois existe a falta material da prova: o corpo. Entretanto, para fins desta dissertação, nos interessa a morte natural.

Estabelece o Código Civil Português, em seu artigo 68, nº 1 que a personalidade se encerra com a morte. Da mesma forma, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 6º

¹⁰ Embora tanto o código civil Português e Brasileiro tragam a extinção da personalidade com a morte, não há um conceito para a morte, estando tal definição na ciência médica.

¹¹ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **A morte e o Direito- de como a morte para o Direito não é um conceito absoluto**. In Direito Além da Vida. Um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem. LTr. São Paulo. Junho 2009, p. 48.

¹² Conforme a redação do Código Civil Português, em seu artigo 68º, nº 3, considera-se morta (morte natural), a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido, diante do desaparecimento deste em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela, ou seja, temos uma prova indireta da morte (a queda de um avião, em local de difícil acesso para o resgate; naufrágio e terremoto depois de cessadas as buscas pelos sobreviventes). Já a morte presumida, prevista no artigo 114º do código civil português, é declarada após 10 anos, tendo como marco a data das últimas notícias sobre a pessoa, ou após cinco anos, se o ausente houver completado oitenta anos de idade. Não há declaração de morte presumida se o ausente não completou oitenta anos de idade, e antes dos cinco anos de completar a maioridade. Encontramos definição semelhante nos artigos 6º (morte natural) e 7º (morte presumida) do Código Civil Brasileiro.

determina que a existência da pessoa natural, termina com a morte. A morte faz cessar a personalidade jurídica do indivíduo, ele deixa de ser um sujeito de direitos.

A doutrina do *mors omn solvit* traz como principal efeito jurídico da morte, a extinção da pessoa natural, e, conseqüentemente, a personalidade jurídica. De fato, as relações (personalíssimas) jurídicas do *de cuius* se extinguem, por outro lado, as demais relações (patrimoniais) são transmitidas aos herdeiros¹³.

Mas, ainda que a personalidade seja encerrada com a morte, a pessoa humana permanece nas lembranças, sendo atemporal. Desta forma, a individualidade, o espírito (essência) e a dignidade permanecem mesmo no *post mortem*.

A personalidade jurídica é o atributo da pessoa de direito, e não se confunde com a personalidade da pessoa, pois esta se relaciona com a individualidade e características de cada ser humano. Entretanto, tornam-se inseparáveis, pois a personalidade jurídica é a projeção da personalidade humana, para o direito.

Alfredo Migliore¹⁴ sustenta a posição que o corpo morre, mas não necessariamente o homem, pois deixa viva sua imagem, seu nome, suas atitudes, suas obras e sua honra. “Deixa um pouquinho de si em cada uma dessas coisas e deixa a vida sem que a vida de fato o deixe”. O patrimônio moral que acompanhou o *de cuius*, tornando-o único como pessoa em vida e que continuam o diferenciando mesmo *post mortem*, deve ser protegido pelo direito da personalidade.

Desta forma, o direito tutela os direitos da personalidade, mesmo no *post mortem*¹⁵. Entretanto, há uma falha quanto à proteção da autonomia daqueles que, diante de uma

¹³ Incluem-se aqui os seguros de vida, que embora realizados em nome do falecido, não são direitos do *de cuius*, mas de seus herdeiros.

¹⁴ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **A morte e o Direito- de como a morte para o Direito não é um conceito absoluto**. Op.Cit., p. 56.

¹⁵ O Código Civil português, em seu artigo 71º protege individualmente o *de cuius*, contra qualquer ofensa ilícita, ou ameaça de ofensa à personalidade, que existia em vida e que se mantenha após a morte, o que leva a tutela da personalidade *post mortem*. Cabe esclarecer que os direitos da personalidade *post mortem* não se confundem com a capacidade para exercê-los, sendo esta atribuída, por lei, a determinadas pessoas, embora devam respeitar a vontade real ou presumível do falecido. Existem diversas posições doutrinárias a este respeito: Pires de Lima e Antunes Varela (Código Civil Anotado. Vol. 1. pág 104) consideram que a proteção dos direitos de personalidade depois da morte constitui um desvio a regra do artigo 68º, ou seja, a personalidade jurídica se mantém mesmo depois da morte. Neste caso, os herdeiros exercem um interesse do defunto. Capelo de Sousa (O Direito Geral da Personalidade) afirma que a personalidade jurídica cessa com a

doença grave e irreversível, ou de um estado terminal, e sua tomada de decisão sobre sua morte, e que esta, para além de seguir o curso natural da doença, seja digna.

Ainda que esteja em estado terminal ou irreversível, a pessoa é titular de direitos fundamentais, bem como de direitos da personalidade. A diminuição de sua capacidade física não pode limitar sua capacidade jurídica, ao ponto de dispor do seu direito personalíssimo à sua família ou a equipe médica.

Isto por que, os direitos de personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e vitalícios, ou seja, extinguem-se apenas com a morte do titular, e não com a perda de sua capacidade. A pessoa humana é o centro da tutela destes direitos, devendo ser respeitada em sua totalidade e expressões da personalidade humana (sua dignidade, individualidade e autodeterminação).

3. O TEMPO DA MORTE

Un ictus cerebral dejó a Margarita postrada en una cama. Tenía 78 años y nunca volvió a despertar. Su hijo Carlos cuenta que su madre, pequeña y delgada, siempre dijo que prefería “irse” de manera natural. “Mi padre había muerto de cáncer cinco años antes y los últimos meses vivió una agonía hospitalaria tremenda y sin sentido. Ella no quería eso”, dice. Y lo había dejado por escrito: no quería sondas, ni tratamiento si la situación era irreversible. Y lo era. Sus hijos lo sabían y los médicos fueron informados. La mujer, que

morte, mas o que está aqui em causa é a tutela dos bens da personalidade do defunto depois da sua morte (ainda que não lhe reconheça personalidade jurídica), sendo possível indenização ou compensação por perdas e danos; posição diferente é encontrada em Oliveira Ascensão (Direito Civil: teoria geral. Pág. 90), segundo o qual a personalidade cessa com a morte, mas a proteção da pessoa prolonga-se, pois o que se protege é a memória do falecido, ou seja, sua personalidade. Não há, entretanto, titularidade de interesses dos requerentes (art.71/2), mas apenas a legitimação processual destes. Hörster (A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª reimp. pág 261) sustenta a posição de que os familiares exercem um direito próprio (embora no interesse do *de cuius*), ao proteger os interesses do falecido, independente da qualidade de sucessores. Mota Pinto (Teoria Geral do Direito Civil. 4ª ed. Pág.205) diverge destas posições, pois considera que protegem-se os interesses e direitos das pessoas vivas (indicadas no nº 2 do artigo 71º) que seriam afetadas por atos ofensivos da memória do falecido. Pedro Pais de Vasconcelos (Teoria Geral do Direito Civil. 8ª edição. Pág. 82) – não considera o prolongamento da personalidade (do defunto) e da tutela desta após a morte, mas o direito dos familiares herdeiros ao *de cuius*. A tutela dos direitos de personalidade estão na esfera jurídica das pessoas vivas.

ya estaba muy delicada de salud antes de sufrir el ictus, murió sedada poco después. “Y se fue en paz”, asegura su hijo.

A reportagem do *El País*¹⁶ é apenas mais um dos inúmeros casos relatados e conhecidos, onde o paciente, que está apenas fisicamente vivo, mas sem qualidade de vida, tem suas funções vitais mantidas por meios artificiais, prolongando seu sofrimento.

Ocorre que, ainda que os avanços tecnológicos da medicina e recursos terapêuticos tenham conseguido prolongar a vida, não podemos afirmar que ocorreu, simultaneamente, o aumento de sua qualidade, e também é certo que não são capazes de evitar o curso natural: a morte. Cabe ao médico continuar cuidando dos pacientes e salvando suas vidas, mas dentro de um contexto de compaixão e respeito à autonomia do paciente. Ao paciente deve-se garantir (ou pelo menos buscar) uma existência com melhor qualidade de vida, ou seja, devem ser adotadas as medidas necessárias para melhorar a condição do paciente.

Para Laura Scalldaferri Pessoa¹⁷ a qualidade de vida está relacionada com a capacidade do indivíduo de responder de forma autônoma e independente as demandas cotidianas. É a percepção do indivíduo sobre seu lugar na vida, seus objetivos e planejamentos de vida.

“Qualidade de vida, no entendimento exposto nesta obra, representa a capacidade do indivíduo de responder às demandas da vida cotidiana de forma autônoma e independente, assim como na sua motivação e capacidade para continuar na busca e realização de objetivos, conquistas pessoais e capacidade funcional. Autonomia é um paradigma de saúde. Qualidade de vida é a percepção do indivíduo sobre sua posição na vida, no contexto da cultura, nos sistemas de valores que adota e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”.

Os pacientes têm, em muitas situações, apenas sobrevivido, mas sem qualquer qualidade de vida (ou de morte), uma vez que estão completamente desconectados do mundo. A vida passa a ter menor qualidade tanto na capacidade de mobilidade, de relação interpessoal e comunicação. Muitas vezes, o que era para ser em benefício do paciente,

¹⁶ SAHUQUILLO, María R. **150.000 personas han registrado su testamento vital en España.** El País, França, 24 abr. 2013. Disponível em http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/20/actualidad/1366478759_440365.html, acesso em 26 de outubro de 2015. El País. Publicado em 20.04.2013. Acesso em 26 de outubro de 2015.

¹⁷ PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

resulta em um tratamento fútil (não oferece benefício ao paciente) ou inútil¹⁸, que apenas prolongam o sofrimento.

Ocorre que, ao discutirmos sobre a qualidade de vida, queremos chamar a atenção para a necessidade de “qualidade de morte”, quando o processo de morrer é irreversível, e não como fundamentação para justificar a abreviação da vida. Isto porque, entender de forma diversa, afastada da natureza moral poderia servir para justificar a eutanásia ou abreviação da vida de um doente mental se houvesse a conclusão que sua vida não é digna, o que não é o caso do presente trabalho¹⁹.

Se o conceito de “qualidade de vida” está relacionado com a percepção do indivíduo, o “eu”, através da manifestação de seus valores, será esta percepção que o conduzirá a uma morte mais humana, digna, sem sofrimentos, com respeito à sua dignidade, suas experiências de vida, expectativas, crenças e valores que adotou em vida.

Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

Portanto, a preocupação com pacientes em estado terminal²⁰ (ou fora de possibilidade terapêutica) têm crescido nos últimos tempos, e direcionado para uma discussão sobre uma morte sem sofrimento, o direito a uma morte digna.

¹⁸ O conceito de futilidade envolve a ideia de tratamentos que não atingem os objetivos de cura, pois não implica mudança no quadro clínico, apenas prolongando a doença, pois a morte é inevitável. Em relação aos tratamentos extraordinários encontram-se aqueles muito onerosos, incomuns, muito dolorosos, difíceis, perigosos ou com grande desproporção custo/benefício. Como exemplo, se um paciente com quadro clínico de insuficiência renal é submetido à hemodiálise, temos um tratamento útil (ordinário). Entretanto, se além da insuficiência renal, o paciente apresenta outras patologias, idade avançada e quadro clínico geral precário, podemos estar diante, quando da realização da hemodiálise, de um tratamento extraordinário e inútil.

¹⁹ NEVES, A. Castanheira. **Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa- Comentário Crítico à Lição O fim da vida e o direito penal**. Op. Cit. p. 614. O autor nos chama a atenção para o critério da qualidade de vida, quanto a possíveis equívocos que possam ocorrer em relação ao seu conceito, sob pena de se invocar consequências que não se querem “pela qualidade de vida foi o regresso do vitalismo, com a sua compreensão apenas biológica da vida humana e o seu sacrifício ou a incompreensão da sua personalidade e da sua dignidade, do seu valor transbiológico”. A vida humana passa a ser relativizada, como condição de respeito da pessoa humana, e a qualidade de vida o ponto decisória entre continuar vivo ou morrer, podendo justificar, inclusive, neste aspecto a eutanásia.

²⁰ Para a medicina, o paciente terminal é aquele que apresenta condição clínica irreversível, a despeito do tratamento médico aplicado, sendo a morte um evento inevitável, em um curto período de tempo (seis

Entretanto, a autonomia do paciente ainda encontra barreiras médicas, legais e familiares. Ademais, existem confusões conceituais entre termos que, a princípio, se assemelham, como a eutanásia, distanásia, ortotanásia e cuidados paliativos, os quais tentaremos esclarecer.

3.1 EUTANÁSIA

O termo eutanásia foi criado pelo francês Francis Bacon, e deriva da conjunção de dois vocábulos gregos: eu (boa) thanatos (morte), ou seja “boa morte”.

Segundo Dicionário da Língua Portuguesa é “a morte sem sofrimento”, ou ainda a eliminação dos doentes reconhecidamente incuráveis e vítimas de grande sofrimento.

Sabe-se que os povos primitivos sacrificavam doentes e velhos. Na Índia, os portadores de doenças incuráveis eram atirados no Ganges. Em Esparta, as crianças que nasciam com deformidades e os velhos eram lançadas do alto do Monte Taijeto, pois não podiam ser soldados. Na idade média, assim como ocorria com os samurais, aos soldados feridos era dado um punhal para que acabassem com o seu sofrimento.

Atualmente, o conceito mais prevalente é o movido pela compaixão de quem pratica o ato, para antecipar a morte de um enfermo incurável, terminal, e em grande sofrimento. É uma ação praticada pelo médico, com o objetivo de abreviar a vida da pessoa²¹.

meses). É o doente sem probabilidade de cura. Já os pacientes em fim de vida são aqueles cujo prognóstico compreende 72h a uma semana antes do óbito.

²¹ Em 1988, um médico norte americano, tomado pelo sentimento de compaixão, diante de uma mulher com 20 anos, com diagnóstico de câncer irreversível nos ovários e fora de possibilidade terapêutica, aplicou-lhe 20mg de morfina, que lhe causou a morte. Em sua narrativa anônima, afirmou que tomou a decisão após a enferma, sem dormir e comer há duas noites, e bastante debilitada pelos sintomas da doença, ter-lhe dito: “acabe logo com isso”. It’s Over, Debbie (an article published in the Journal of the American Medical Association, 1988). Disponível em <http://www.mclean.k12.ky.us/docs/Its%20Over%20Debbie.pdf>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

O sofrimento não está relacionado à sua apresentação apenas física, mas também psicológica ou moral. Portanto, a compaixão e a intenção de amenizar o sofrimento do paciente são pressupostos para caracterizar a eutanásia.

A eutanásia pode ser ativa- quando há administração de drogas ou outros meios letais que provocam a morte do paciente- e a passiva- que consiste na supressão dos meios que mantêm a vida do paciente. Neste instituto, seja ativa ou passivamente, o médico provoca a morte do paciente, ainda que por compaixão.

No Código Penal português, a eutanásia constitui ilícito, com pena de seis meses a três anos (artigo 134), se houver pedido do paciente, com aumento da pena de um a cinco anos, se motivado por compaixão, desespero ou outro motivo (art.133). Em países como Bélgica e Holanda, a eutanásia é legalizada²². A Suíça condena a eutanásia, mas não o suicídio assistido, tendo como referência a organização não- governamental “*Dignitas*”, em Zurique.

A eutanásia também é vedada no Código Penal brasileiro, embora não seja de forma explícita. O artigo 121, parágrafo 1- “Se o agente comete crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” neste caso, a compaixão. Ainda em tramitação o Projeto Lei nº 236/2012²³, que prevê a reforma do Código Penal, tipificando a eutanásia como crime, uma forma autônoma e distinta do crime de homicídio.

EUTANÁSIA

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão da doença grave:

Pena: prisão, de dois a quatro anos.

Somos da opinião que a eutanásia é um homicídio praticado com o subterfúgio de abreviar o sofrimento do paciente em processo de doença incurável, proporcionado uma morte sem sofrimento. Entretanto, a morte não ocorre de forma natural, ela é antecipada e

²² A Holanda e a Bélgica discutem a possibilidade de ampliação da eutanásia para crianças e pessoas com deficiência mental ou demência, o que, para nós, só reforça a ideia de que o que se elimina é a pessoa, e não a doença, tendo em vista que tais situações não impedem a autonomia e independência do indivíduo.

²³ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 - (Novo Código Penal)**. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>, acesso em 02 de fevereiro de 2016.

até mesmo provocada. Qualquer conduta que seja autorizada para abreviar o sofrimento do doente, antecipando a morte também é vedado pelo código de ética médica e fere o juramento de Hipócrates²⁴, no qual a conduta médica deve servir a vida e não a morte:

(...) Applicarei os medicamentos para o bem dos doentes segundo o meu saber e nunca para o seu mal. Não darei um remédio mortal ou um conselho que leve à sua morte.

Pessoa²⁵ *apud* Pessini entende que o médico, ao praticar a eutanásia com o objetivo de eliminar a dor, elimina o portador da dor. Como dito, existe um obstáculo ético e legal para aceitação de tal conduta, pois a dor é eliminada quando se elimina o portador dela.

Acreditamos ainda que todo pedido “para morrer” é um pedido de socorro, e quando as necessidades do paciente são atendidas (analgesia, apoio psicológico, emocional e familiar) o desejo pela morte é substituído pelo desejo de manter o curso normal da vida, sem antecipações.

Entretanto, o curso natural da vida, cujo fim é a morte, deve ser sem dor ou sofrimento, e ao paciente deve ser dada a autonomia de decidir quais os recursos terapêuticos devem ser aplicados ou quais devem ser recusados durante a doença, sem que isto lhes provoque a morte antecipada.

Ocorre que a autonomia nesta questão merece atenção, pois, não pode ser a autodeterminação, como fruto da liberdade de escolha do paciente, justificativa para a prática da eutanásia. Se interpretarmos a liberdade, diante de nossas próprias escolhas, como a manifestação das nossas regras, sem conteúdo valorativo, então estaríamos autorizando a prática da eutanásia, pois a morte assistida seria a manifestação da vontade (liberdade) do indivíduo²⁶.

²⁴ ORDEM DOS MÉDICOS. **Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <https://www.ordemosmedicos.pt/index.php?lop=conteudo&op=217eedd1ba8c592db97d0dbe54c7adfc&d=6b8b8e3bd6ad94b985c1b1f1b7a94cb2>, acesso em 09 de dezembro de 2016.

²⁵ PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna**. Op cit. p.80.

²⁶ Alguns autores consideram que só a vida livremente desejada merece ser titular de proteção, ou seja, não se pode obrigar a alguém a exercer um direito (direito à vida), se este não o deseja exercer. Tal entendimento levaria a possibilidade de prática da eutanásia. Ocorre que o nosso entendimento é que o direito a vida não é facultativo, mas sim um direito-dever, não existindo a possibilidade de não exercê-lo, pois a vida se mantém como um bem de maior valor que a liberdade.

Isto por que ao entendermos essa liberdade como liberdade negativa, sem qualquer conteúdo, afastamos- nos da dimensão ética e axiológica do direito. Mafalda Miranda Barbosa²⁷ nos diz que:

“No fundo, o que pretendemos significar é que a defesa da eutanásia alicerçada na ideia de autonomia do sujeito que pede para morrer não corresponde a uma forma legítima de exercício da liberdade e que só pode ser assumida no quadro de um ordenamento jurídico que rejeite, para a fundamentação da juridicidade, qualquer pressuposto axiológico. Simplesmente, como sublinhámos, nesse contexto é a própria ideia de direito que se perde, ao perder-se a dimensão ética que o informa”.

Não há no ordenamento jurídico nenhum reconhecimento ao titular do direito de eliminar sua vida, ainda que sua liberdade²⁸ e autodeterminação possa pô- lá em risco (esporte de competição de alto risco, boxe, adestramento animais ferozes).

O Direito, como um determinante de condutas, alicerça-se em um fundamento axiológico, sem o qual não haveria sentido jurídico, nem ético. Por isso, a liberdade positiva²⁹, reivindicada pelos defensores da eutanásia, não constitui um exercício de direito, mas a própria renúncia à dignidade da pessoa, pois não há liberdade sem o sentido ético, axiológico, fundado na normatividade.

Cabe ainda esclarecer que o titular de direito e aquele que vai exercê-lo coincidem na mesma pessoa, isto implica em dizer que não podemos ser titular do direito à vida, e não exercê-lo. Da mesma forma, se não podemos renunciar a titularidade de direito, não podemos renunciar ao seu exercício.

Ocorre ainda um equívoco entre o sentido da liberdade³⁰ e do livre arbítrio (mera expressão de vontade), pois aquela, ao contrário deste, está dentro de requisitos de um

²⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida**. In O Direito, ano 148º II, 2016, p. 243.

²⁸ Segundo o dicionário de filosofia, liberdade é “Condição daquele que é livre. Capacidade de agir por si mesmo, autodeterminação, independência e autonomia”. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. p.163.

²⁹ Podemos considerar dois tipos de liberdade: a negativa e a positiva. A liberdade negativa prevê que ninguém possa ser constrangido a praticar ou deixar de praticar qualquer ação ou omissão (mesmo para satisfazer de um direito alheio). Por sua vez, a liberdade positiva permite que se possa praticar (ou não) qualquer fato (ação, omissão, sentimento, pensamento) desde que não seja proibido ou prejudique interesses jurídicos de outrem, pela boa- fé, pelos bons costumes, pelos princípios da ordem pública e pelo próprio fim social ou econômico do exercício de liberdade.

³⁰ A liberdade é a representação da autodeterminação do homem, ou seja, a expressão da sua vontade, da verdade sobre si mesmo, inteligência, sentimento e comportamento que irão resultar nas suas convicções.

coerente juízo da pessoa sobre a relação entre a liberdade e a realização de valores ético-sociais e das suas necessidades pessoais (condutas valorativas). A liberdade ética só ocorre se a vontade e a razão estiverem alinhadas, caso contrário o indivíduo poderá cometer excessos, realizando escolhas condenáveis.

Desta forma, o exercício da liberdade, em contradição com a ética, torna inviável a prática desta liberdade, pois não pode ao homem ser reconhecida apenas a necessidade de atender as suas questões pessoais, destituídas inclusive de conteúdo valorativo, e da própria essência pessoal.

Ao decidir pela eutanásia, o homem expressa suas escolhas considerando questões subjetivas (individualistas), esquecendo-se que sua autodeterminação deve ter uma intenção, um conteúdo valorativo. Além disso, o homem, embora seja livre e individualizado, não é um ser isolado, mas em permanente relação com os outros homens, com o mundo e consigo mesmo, com importância aos valores que ele aderiu e que lhe moldam a personalidade, sua dignidade e que não pode ser afastada de sua essência moral.

Considera Mafalda Miranda Barbosa³¹ que:

“Ora, como exercício de uma pretensa autonomia que pretende fundamentar o fim da própria vida, o homem nega o seu estatuto de pessoa, porque corta radicalmente a ligação com o outro, que o permite ser na sua integral dignidade. Amputa os outros do *eu*, pelo que aquela suposta autonomia não poderá configurar o exercício de uma liberdade, pois não podemos ser *nós* sem esses *outros*.”

Ao viver em sociedade, o homem não pode exercer sua liberdade sem limites, realizando o que bem desejar, pois a sua autonomia está diretamente relacionada com a liberdade universal e a relação de equilíbrio que se estabelece entre ele (sujeito) e os demais (outro), a quem deve-se respeito e o reconhecimento como sendo um ser (pessoa) semelhante a si, dependente da mesma dignidade ética.

Ocorre que cada homem deve exercer sua liberdade observando os deveres de respeito e abstenção, pois ele não é um ser sozinho, e deve viver em equilíbrio com os demais, pois a liberdade é universal. Desta forma, não existe apenas a liberdade interior (sentir, querer, agir), mas a exterior, a liberdade geral da ação das outras pessoas, que determina os limites à liberdade individual. Ainda encontramos limites externos dentro do sistema jurídico, quando o bem tem igual valor ou valor superior à liberdade sacrificada, como: a defesa da vida, integridade física, honra e outros valores sociais, justificando-se a ofensa à autodeterminação (liberdade).

³¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida**. Op. Cit. p. 257.

Outro ponto que devemos também considerar, é que a eutanásia não se confunde com as Diretivas Antecipadas de Vontade (*advanced care documents*), pois esta assegura ao paciente a autonomia de decidir morrer com dignidade e sem sofrimento, mas sem que nenhuma medida seja tomada para causar a sua morte. A Autonomia está baseada no contexto axiológico da pessoa humana, em uma estrutura de valores, desenvolvidos ao longo de sua experiência de vida, insculpidos de responsabilidade e deveres, e não apenas em critérios de liberdade positiva, como descrevemos alhures, de um poder absoluto sobre si.

Ressalte-se, inclusive, que as Diretivas Antecipadas vedam decisões do paciente contrárias à lei, como a eutanásia. Portanto, mesmo que o paciente solicite ao médico que lhe abrevie o sofrimento, por ação ou omissão, seu pedido, ainda que embasado na sua liberdade e autonomia, não terá validade, e o médico não será responsabilizado civilmente por não cumprir a Diretiva Antecipada de Vontade.

3.2 DISTANÁSIA

A distanásia é considerada uma obstinação terapêutica, o prolongamento artificial do sofrimento, tendo em vista que o paciente se encontra em um estado de doença incurável e irreversível. Essa obstinação terapêutica é um ato que atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois o ser humano deixa de ser o centro da atenção, e cede lugar aos recursos tecnológicos da medicina.

Ocorre que a ciência não pode promover a cura ou melhorar a condição do doente, e ainda assim, aplicam-se tratamentos extraordinários para prolongar a vida, ou melhor, o estado de “morte” em que o doente se encontra. O que ocorre é o prolongamento artificial do processo de morte.

O prolongamento artificial da morte, que causa sofrimento injustificado do paciente, ocasionando uma morte lenta, dolorosa, atenta contra dignidade humana, e deve ser combatida.

3.3 ORTOTANÁSIA

Do grego orthos (reto, correto) e thanatos (morte), ortotanásia significa a morte no tempo certo, isto é a morte sem sofrimentos adicionais, sem prolongamentos desnecessários.

Do grego orthos (reto, correto) e thanatos (morte), ortotanásia significa a morte no tempo certo, isto é a morte sem sofrimentos adicionais, sem prolongamentos desnecessários.

Diferente da eutanásia, a ortotanásia veda o prolongamento artificial da vida quando já há um processo de morte. Não há administração de nenhum medicamento ou realização de recurso terapêutico, pois estes não teriam mais nenhum benefício, apenas prolongaria o desfecho do evento morte. Entretanto, não há uma omissão dos cuidados, ou uma ação para acelerar o evento morte. Não se busca a morte, nem mesmo se provoca esta, como na eutanásia.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução nº 1805/2006³², que permite ao médico suspender ou limitar os tratamentos, que na fase terminal de enfermidades graves, prolonguem a vida do doente, mantendo aqueles tratamentos que evitem o sofrimento, respeitando a vontade do paciente e familiar³³.

A ortotanásia, portanto, ocorre quando não existe nenhuma possibilidade de cura do paciente, e depende do consentimento do paciente ou de sua família diante da incapacidade do doente. Entretanto, o médico deve aliviar o sofrimento do paciente, sem intervir na causa da sua morte.

³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2007/111_2007.htm, acesso em 26 de outubro de 2015. 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.

³³ Embora a Resolução tenha sido importante quanto ao reconhecimento do momento em que não há mais possibilidade de tratamento, ela apenas tem efeito interno, por se tratar de conduta médica.

Desta forma, a ortotanásia não se confunde com a eutanásia, pois enquanto esta interfere no momento da morte, antecipando-a, aquela é representada por condutas terapêuticas (restritivas) que promovem conforto sem encurtar a vida ou prolongar o sofrimento. Apenas as condutas terapêuticas que perderam indicação, ou cujos resultados são inúteis, são suspensas.

Em 1995, o Papa João Paulo II, na *Encíclica Evangelium Vitae*³⁴ reconheceu o direito a renunciar, diante de uma morte inevitável, a tratamentos que apenas prolongariam o sofrimento, sem suspender os cuidados normais. Tal renúncia não exprime a aceitação da eutanásia ou do suicídio assistido, mas reflete a aceitação de uma morte digna.

Alguns autores sugerem que a ortotanásia seria a expressão da eutanásia, em sua forma passiva, diante da omissão das condutas terapêuticas. Entretanto, cabem duas ressalvas: a primeira quanto à interrupção de tratamento, que ocorre apenas quando estes não produzem mais efeitos, prolongando o sofrimento do paciente e não a cura. A segunda, diferente da eutanásia, em que há interrupção do tratamento, o médico ainda utiliza recursos que minimizam a dor e o sofrimento do doente, o que se aproxima dos cuidados paliativos.

Nise Yamaguchi *apud* Camata³⁵ define a ortotanásia como “cuidar dos sintomas sem recorrer a medidas intervencionistas de suporte em quadros irreversíveis. É respeitar o descanso merecido do corpo, o momento da limpeza da caixa preta de mágoas e rancores; é a hora de dizer coisas boas, os agradecimentos que não fizemos antes. É a hora da despedida e da partida”.

Portanto, a ortotanásia é o reconhecimento da morte como um processo da vida humana, da condição de ser mortal do homem, sem aceleração ou provocação da morte, como ocorre na eutanásia.

³⁴ LA SANTA SEDE. ROMA, VATICAN. **Carta Encíclica Evangelium Vitae do Sumo Pontífice João Paulo II.** Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.pdf, acesso em 14 de dezembro de 2016.

³⁵ YAMAGUCHI, Nise. **A eutanásia é sempre condenável?** Folha de São Paulo, 26 de mai. 2005. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2603200508.htm>, acesso de 20 de mar de 2017.

3.4 CUIDADOS PALIATIVOS

Os cuidados paliativos surgiram na Europa, através dos Hospice, inicialmente vinculados a trabalhos religiosos, para o tratamento dos pacientes terminais. Em 1950, em Londres, o St Christopher Hospice, foi o primeiro hospital a cuidar de pacientes terminais, cujo objetivo do tratamento era não só o controle da dor física, mas espiritual e emocional do paciente³⁶.

A palavra “paliativa” é originada do latim “pallium” que significa manto, proteção, ou seja, visa cuidar e proteger àqueles que estão fora de possibilidade terapêutica, onde a medicina não pode mais agir em busca da cura.

Segundo a OMS³⁷ o conceito de Cuidados Paliativos, definido em 1990, e redefinido em 2002, constitui uma abordagem que aprimora a qualidade de vida dos pacientes e famílias que enfrentam problemas associados com doenças, através da prevenção e alívio do sofrimento, por meio de identificação precoce, avaliação correta e tratamento da dor, e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual.

Atualmente, segundo dados próprios da OMS³⁸, somente uma em cada 10 pessoas que necessitam de cuidados paliativos os recebem. Dos pacientes que necessitam de cuidados paliativos, um terço tem o câncer como diagnóstico, e os demais sofrem de enfermidades que acometem coração, pulmão, fígado, rins, cérebro, e outras enfermidades crônicas como HIV e tuberculose.

Quando a medicina curativa não produz mais os efeitos esperados, há necessidade de continuar o acompanhamento e tratamento do paciente terminal, respeitando sua

³⁶ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Terceira Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2015, p. 37.

³⁷ CONNOR, Stephen R. e BERMEDO, Maria Letícia Sepulveda. **WHO Global Atlas on Palliative Care At the End of Life**. Disponível em: <http://www.thewhpc.org/resources/global-atlas-on-end-of-life-care>, acesso em 20 de janeiro de 2016.

³⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Primer atlas mundial de las necesidades de cuidados paliativos no atendidas**. Comunicado de prensa. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2014/palliative-care-20140128/es/> acesso em 20 de janeiro de 2016.

dignidade e suas escolhas. Entretanto, cuidados paliativos não são sinônimos de tratamentos fúteis (não oferecem resposta ao tratamento) ou extraordinários, mas sim tratamentos necessários para que o paciente tenha também qualidade de morte, é uma resposta médica, ética e psicológica para o paciente. Considerados como uma versão ampliada da ortotanásia³⁹, os cuidados paliativos respeitam princípios bioéticos de autonomia, beneficência e não maleficência.

Alguns requisitos são observados para a prática dos cuidados paliativos como: a proporcionalidade terapêutica, com utilização de medidas terapêuticas proporcionais entre os recursos e os resultados (a exemplo de transfusões de sangue em pacientes com hemorragia ou distúrbio de coagulação); o princípio do duplo efeito⁴⁰, como a administração de morfina que apresenta efeito de analgesia e sedação; a prevenção de complicações que possam aparecer no curso do processo de doença, para evitar sofrimento desnecessário; a proibição do abandono do paciente, pelo médico, em virtude da recusa daquele a se submeter ao tratamento indicado e o controle da dor.

Os cuidados paliativos então devem ser vistos como aqueles que garantem uma morte digna ao paciente, livre de sofrimento, seja este físico, emocional ou espiritual.

Portanto, os cuidados paliativos se aproximam das diretivas antecipadas de vontade, pois permitem que os pacientes em terminalidade (morte inevitável), possam decidir quais tratamentos devem receber, podendo escolher os cuidados paliativos como terapêutica, assegurando uma morte digna.

³⁹ No Reino Unido, os cuidados paliativos existem há 40 anos, e no Canadá surgiram há 30 anos. Em Portugal, embora recente (Decreto -Lei N.º 101/2006, criou a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados, seguida pela Lei de Bases dos Cuidados Paliativos, a Lei N.º 52/2012), nota-se o crescimento dos cuidados paliativos. Na Europa, através da Carta de Praga, estabeleceu-se uma aliança entre Associação Europeia de Cuidados Paliativos, a Associação Internacional de Cuidados Paliativos, a Aliança Mundial de Cuidados Paliativos e o Observatório dos Direitos Humanos, com o objetivo de discutir a importância dos cuidados paliativos, junto aos Estados Membros, e o alargamento do alcance destes cuidados a um maior número de doentes. O Brasil, através da Portaria do Ministério da Saúde nº 19/2002, instituiu o programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos, entretanto, a despeito de algumas instituições hospitalares realizarem cuidados paliativos (INCA- Instituto Nacional Câncer; Hospital Apoio Brasília), o programa ainda não foi implementado.

⁴⁰ Um dos principais pontos de discussão sobre os cuidados paliativos ocorre em relação ao duplo efeito, que para alguns autores se aproxima da eutanásia. Ocorre que o duplo efeito é a possibilidade, para uma mesma conduta, de dois resultados: um intencional (positivo) e outro inesperado (negativo). Portanto, diferente da eutanásia, não há a intenção de causar a morte, mas esta ocorre como um efeito adverso. Cite-se como exemplo a administração de morfina para controle da dor, que pode além de cessar a dor, causar depressão do sistema respiratório, ocasionando a morte do paciente.

4. AUTONOMIA E DIGNIDADE

O Direito da Saúde é uma área do direito ainda recente, com início no pós-guerra, quando foram descobertas as atrocidades cometidas pelos médicos nazistas, como assassinatos, torturas e experimentos científicos. Tem seu marco com o Código de Nuremberg (1947)⁴¹, que consistia num conjunto de preceitos éticos para a pesquisa clínica.

Após a 2ª guerra, o reconhecimento do princípio da dignidade humana⁴² ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948. Tendo como fundamento a dignidade e o valor da pessoa, o princípio da dignidade humana passa a ser o valor primordial (axiológico jurídico) das relações jurídicas, do processo de regulamentação das práticas e experimentos da medicina sobre a pessoa, e do consentimento desta em relação aos procedimentos médicos.

A partir deste momento, a dignidade da pessoa humana vem se consolidando como um direito absoluto, universal (o direito de todos a uma vida digna). Portanto, sendo a dignidade universal, não há uma pessoa que possa ter mais dignidade do que outra. Ela se

⁴¹ O Código de Nuremberg foi formulado em agosto de 1947 por juízes dos EUA para julgar os médicos nazistas acusados. Dos 23 réus, dezesseis foram declarados culpados, sete sentenciados à pena de morte, cinco prisão perpétua e sete absolvidos. Apenas três não eram médicos. O acusador defendia que não era apenas um julgamento de assassinato, uma vez que os réus também eram médicos e tinham realizado o juramento de Hipócrates (não causar o mal). Em seu artigo 1º dispõe: O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomar uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam aplicados às pessoas a natureza, duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante que eventualmente possam ocorrer devido à participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.

⁴² Para Edilson Farias *apud* Luciana Dadalto, o princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propicia às condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual.

relaciona com os valores da pessoa, na sua esfera do ser (a pessoa é o sujeito e não o objeto da relação), suas aspirações e projeções, mas também na forma como esta pessoa se relaciona com as demais (alteridade). Sendo assim, a dignidade compõe-se do valor da pessoa (o ser humano é o fim em si mesmo), na autonomia privada (autodeterminação para desenvolver sua personalidade) e no coletivo (o homem e sua relação com os outros homens).

Desta forma, a estreita relação médico- paciente que era fundamentada em princípios éticos e da arte da medicina, passa a estabelecer novas relações, inclusive com o Direito, pautando-se na autonomia da vontade, fundamentando-se para isso na dignidade da pessoa humana. Não é mais possível admitir a intervenção terapêutica em excesso, com o objetivo de adiar a morte, sem nos preocuparmos com a relação interpessoal, com o sujeito (paciente) da relação.

A autonomia vem do grego- autós e nomos- que significa autogoverno, liberdade de tomar suas próprias decisões. Ao paciente deve-se garantir sua autonomia, respeitar sua dignidade, seus valores, sua liberdade de expressar seus pensamentos, emoções, e escolhas (observando-se os limites externos e internos para a tomada da decisão). Como dito alhures, a vontade alicerçada na liberdade e igualdade não pode ser dissociada do conteúdo axiológico, da moral e do caráter virtuoso da pessoa.

A essência do Direito, e neste caso, o direito médico, é a pessoa humana e a vida, e estes são valores inseparáveis. Isto por que sem vida não há pessoa, e sem pessoa não há direito, ou dito de outra maneira, a vida é o alicerce de todos os outros direitos. Portanto, o valor jurídico, que é parte fundamentante do direito, não pode existir se houver qualquer ameaça a vida ou a pessoa humana (inclusive sua dignidade).

Sendo assim, a dimensão positiva da dignidade humana reconhece e protege a autodeterminação (a autonomia individual), sendo imposto, entretanto, um limite não apenas através da lei escrita, mas de regras morais (embora haja divergências entre as sociedades quanto a questões morais, nas sociedades europeias há uma linha comum de doutrina moral, composta pela religião cristã e filosofia, e cujas divergências são mínimas) e da manutenção da ordem pública e dos costumes, com objetivo de proteger uma ordem

justa e moral, evitando uma excessiva liberdade individual. Há que se procurar estabelecer um equilíbrio entre os valores impostos e os valores individuais.

Quando falamos de valores individuais, devemos lembrar que a autonomia é expressão da liberdade, da possibilidade de fazer escolhas, de conduzir sua vida (sem intervenções externas, até mesmo do Estado). Ocorre que não podemos analisar a autonomia separadamente, apenas do ponto de vista antropológico, pois a liberdade aqui apresentada não pode, e nem é absoluta, pois não se dissociam do conteúdo valorativo, representado pela dignidade humana, valores morais e as instituições (família, sociedade). A liberdade sem limites viola valores tão importantes quanto ela, como o direito à vida.

Como nos ensina Mafalda Miranda Barbosa⁴³:

“O homem é livre não quando, à deriva, vai agindo instintivamente, mas quando, guiado pela razão prática, faz da sua vontade a instância que dita as regras de conduta.”

Sendo assim, a autonomia do paciente passou a ter maior significado e importância, a partir dos avanços da medicina. Com a descoberta de novos procedimentos, novos recursos terapêuticos, a perspectiva de vida (prolongamento desta) tornou-se maior que nas gerações anteriores. Diante desta nova perspectiva, os doentes passaram a ter uma percepção futura a quais eventos danosos estariam mais vulneráveis, despertando uma preocupação quanto à autonomia da vontade prospectiva, quando o discernimento não estiver presente para o consentimento e definição da conduta terapêutica.

O prolongamento artificial da vida, que causa sofrimento injustificado do paciente, uma morte lenta, dolorosa, atenta contra a dignidade humana. Portanto, a autonomia do paciente na decisão sobre seu tratamento é um reflexo ampliado do Princípio da Dignidade Humana, e é este princípio que permite ao doente, em acordo com sua consciência, e quando ainda pode decidir e tomar as decisões para evitar tais sofrimentos, e, assim, ter uma morte digna (mas, não antecipada).

A expressão da autonomia da vontade, como garantia do princípio da dignidade humana, nas situações de fim de vida, encontra representação no Consentimento

⁴³ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida**. Op Cit., p. 237.

Informado, Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), dentre eles o Testamento Vital (TV) ou “Living Will” e os mandatos duradouros, que em Portugal, recebem a denominação de Procuração de Cuidados de Saúde.

Assim, o consentimento informado (livre e esclarecido)⁴⁴ é a expressão máxima da autonomia, a materialização da vontade do doente em consentir ou recusar tratamento. Ocorre que tal entendimento é praticado na relação médico-paciente (incluindo a relação familiar) quando há uma situação de doença atual, encontrando resistência quando esta autonomia se realiza de forma antecipada, ainda que essa seja a vontade do paciente.

O paciente, diante da necessidade de receber cuidados de saúde, passa a decidir- consentir- quais tratamentos deseja receber ou até mesmo recusar. Neste contexto, surge a capacidade para consentir como uma figura paralela ao consentimento negocial. Isto porque, diferente do direito patrimonial, a capacidade para consentir, afeta o próprio direito da personalidade, uma vez que o objeto a ser consentido é a honra, a saúde e a vida. A pessoa é a propriedade a ser protegida, e a dignidade o bem a ser tutelado.

Para Capelo de Souza⁴⁵ a personalidade humana se reveste de uma característica dinâmica, que propicia o desenvolvimento da personalidade, definindo-se “... o bem da personalidade humana juscivilisticamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autónomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados...”.

A natureza pessoal deste consentimento legitima o médico para a sua prática, mas também impõe limites às suas condutas- embora não restrinja a atuação médica, pois ele continua responsável pelo tratamento- pois tutelam bens jurídicos que exprimem o princípio da dignidade humana, protegendo o indivíduo das intervenções médicas indicadas unilateralmente e que violam o princípio da autonomia do paciente.

⁴⁴Para efeitos deste trabalho o termo Consentimento informado engloba a aceitação e recusa (dissentimento) ao tratamento, pelo doente.

⁴⁵ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra Editora- 1993, p. 117.

A autodeterminação preventiva ou autonomia prospectiva estão intimamente relacionadas com as Diretivas Antecipadas de Vontade, pois garante ao doente o direito de, sendo uma pessoa capaz e com discernimento, consentir ou recusar os cuidados de saúde hoje, mas também o direito de decidir sobre quais cuidados serão aceitos ou quais recusados, em um momento futuro.

4.1 CONSENTIMENTO INFORMADO

A relação médico paciente, até então norteadas por princípios éticos e da arte da medicina, tem estabelecido novas relações, inclusive com o Direito. O modelo de beneficência até então adotado deixa espaço para o modelo da autonomia, em que permite ao paciente a decisão dos cuidados de saúde, no consentir ou recusar tratamentos e condutas médicas, tornando-se regra da relação médico-paciente.

O consentimento informado promove o respeito à dignidade humana e vontade do paciente, desde que seja uma vontade consciente, esclarecida, responsável, e que o doente tenha liberdade de tomar suas decisões em relação ao seu corpo. Trata-se, assim, de um direito fundamental do paciente, mas também de uma exigência ética e legal para o médico. Hodiernamente, é o elemento central do tratamento médico.

Enquanto direito do paciente, a autodeterminação é tutelada pela legislação portuguesa no artigo 25º (integridade pessoal) e 26º (desenvolvimento da personalidade-liberdade e autodeterminação) da Constituição da República Portuguesa (CRP), compondo como valor e princípio, a dignidade humana. O Direito Geral da Personalidade é tutelado no Código Civil, pelo artigo 70º, nº 1⁴⁶.

No que compreende ao consentimento para as intervenções médicas, é regulado pelo artigo 340º do Código Civil Português (CC), constituindo ilícito penal (artigo 156ºCP) quando essas intervenções ou tratamentos são realizados sem consentimento do paciente (artigo 157º CP). No Direito Internacional, o instrumento mais importante é a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CEDH Bio) do Conselho da Europa,

⁴⁶São princípios gerais do Direito Civil: o princípio da dignidade humana, o princípio do reconhecimento da personalidade jurídica, o princípio da plenitude da capacidade jurídica e o princípio da tutela da personalidade jurídica.

também designada por Convenção de Oviedo, e ratificada por Portugal em 2001. Os arts. 5.º e ss. da CEDH Bio dedicam-se à matéria do consentimento informado.

Ainda encontramos nas leis extravagantes, o direito ao consentimento informado: Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto), na sua base XIV, n.º 1, als. B) e E); Lei dos ensaios clínicos (Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto); Lei dos transplantes de órgãos e tecidos (Lei n.º 22/2007, de 29 de Maio); Lei da informação genética pessoal e informação de saúde (Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro); Lei da interrupção voluntária da gravidez (Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril).

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) apesar de não ter carácter vinculativo, e possuir eficácia interna, uma vez que regulamenta apenas a prática médica e a ética na relação médico-paciente, trouxe conteúdo importante para as discussões no âmbito do direito civil sobre a autonomia dos pacientes.

Pela doutrina dominante, constitui um ato jurídico em sentido estrito, que depende de uma vontade (inicial), resultado de uma capacidade de agir, e por vezes exigindo um discernimento completo para entender o ato, ainda que possa ser revogado a todo tempo. Para André Pereira *apud* Capelo de Souza⁴⁷, o consentimento é “um acto jurídico unilateral, meramente integrativo da exclusão de ilicitude, ou seja, não constitutivo, na medida em que não cria qualquer direito para o agente da lesão”.

Ressalte-se ainda que não se trata de um negócio jurídico, não sendo regido por seus princípios, pois enquanto negócio jurídico⁴⁸, os efeitos finais são previstos, pois há um ato volitivo neste sentido. Mas, mantém os institutos da personalidade jurídica e da capacidade jurídica.

A decisão do paciente produz efeito independente da sua vontade final, isto é, o consentimento é dado para a realização do ato médico, mas o resultado desta conduta independe da vontade do paciente. A autonomia da vontade assume aqui uma conotação subjetiva, psicológica, pois é uma vontade em si mesma, garantindo a vontade da pessoa,

⁴⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. cit. Capelo de Souza, DGP, p. 412.

⁴⁸ Negócio jurídico produz efeitos jurídicos previstos, em conformidade com a vontade das partes envolvidas. O ato jurídico em sentido estrito produz efeitos, independente da vontade final, embora possam coincidir os efeitos produzidos e a vontade do agente.

sob a tutela da dignidade humana. Já a autonomia privada, com sua acepção mais objetiva, é sinônima de liberdade negocial, onde a autonomia se desdobra em direito subjetivo quanto à realização livre do negócio jurídico (livre iniciativa).

O consentimento informado é um processo dinâmico, que pode envolver apenas médico-paciente, como expandir a relação deste com os familiares e a equipe médica. Para que seja válido o paciente deve ter capacidade para tomar decisões, ter recebido todas as informações sobre o tratamento (diagnóstico, prognóstico, recursos, alternativas e consequências), para só então poder consentir ou recusar o tratamento proposto, de livre vontade.

A capacidade para consentir, no direito médico, difere do direito patrimonial, pois afetam o próprio direito da personalidade (artigo 70º CC), uma vez que o objeto a ser consentido e protegido é a honra, a saúde e a vida. A pessoa é o bem jurídico em si mesmo, e merece tutela especial.

O consentimento informado se fundamenta nos direitos da personalidade, no seu direito à integridade física e moral, à liberdade de vontade e autodeterminação, que constituem vários aspectos da pessoa humana, tornando-a única e permitindo o exercício de uma vida digna.

De acordo com o Sistema Nacional de Saúde:

Entende-se por consentimento informado a autorização esclarecida prestada pelo utente antes da submissão a determinado ato médico, qualquer ato integrado na prestação de cuidados de saúde, participação em investigação ou ensaio clínico. Esta autorização pressupõe uma explicação e respetiva compreensão quanto ao que se pretende fazer, o modo de atuar, razão e resultado esperado da intervenção consentida.

Em regra, qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ter lugar após prestação do consentimento livre e esclarecido pelo destinatário da mesma. Ou seja, o utente deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo, natureza da intervenção, consequências, riscos e alternativas.

Podemos considerar três etapas na formação do consentimento. A primeira, relacionada com a capacidade de entender e decidir, e a autonomia na decisão. A segunda compreende a informação verdadeira e adequada (riscos, benefícios e alternativas). E a terceira é a própria decisão, com autorização ou recusa ao procedimento.

Portanto, o consentimento informado depende da compreensão e do livre consentimento para ter validade. Depende do esclarecimento dos fatos, e do entendimento sobre estes, suas consequências, seus riscos e a autodeterminação do paciente diante destas questões.

Para que a decisão seja racional, o paciente deve entender a relação custo-benefício, e para isso precisa possuir um sistema de valores, resultado de suas experiências e personalidade, que manifestam sua autodeterminação. Conforme André Gonçalo Dias Pereira⁴⁹ a capacidade para consentir “é a capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos. Isso impõe que se consiga compreender, em abstracto, os critérios da decisão”.

O esclarecimento não compreende apenas a informação sobre a doença, seus tratamentos e consequências, mas pressupõe um diálogo entre médico e paciente, para que este tenha o entendimento sobre as informações prestadas. Informar apenas com a intenção de que o paciente ou seus familiares cooperem com a conduta definida não é a informação desejada para o consentimento informado e esclarecido.

A informação deve ser expressa de forma compreensível e adequada, individualmente (de acordo com o nível de entendimento de cada paciente), para que o doente entenda a necessidade do procedimento, suas consequências e seus riscos, e assim possa formar corretamente sua vontade. O paciente pode decidir não ser informado, entretanto, tal decisão deve ser documentada, ainda que ela (não informação) não dispense o consentimento para intervenções.

Como Observa Guilherme Oliveira⁵⁰, Quando o médico omite uma informação relevante, isto é, uma informação capaz de alterar o sentido da decisão de consentir no tratamento, acaba por agir sem ter obtido um consentimento livre e esclarecido.

Portanto, o paciente só será capaz de consentir se relacionar todos os valores com o conhecimento, ou seja, entender qual o valor do bem que será atingindo, sobre quais fatos

⁴⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p 155.

⁵⁰ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **O Fim da “Arte Silenciosa”**. Revista de legislação e Jurisprudência, n.º 128, n.º 3853, Coimbra Editora, 1995, p. 103.

terá que decidir sobre os riscos e consequências de sua decisão, e se existe alternativa para atingir os mesmos resultados.

O consentimento deve ser dado de forma livre e voluntária (sem vícios de vontade-coação, intimidação), prévio a intervenção e após a informação médica, podendo ser revogado a qualquer tempo. Por regra pode ser verbal, entretanto, existem situações especiais em que deve ser expresso por escrito: intervenções cirúrgicas, procedimentos diagnóstico e terapêutico invasivo, ou em situações de risco conhecido.

Entretanto, existem alguns limites para o consentimento informado, estando este dispensado apenas nas situações de risco para a saúde pública e de risco imediato de vida para o doente (com impossibilidade de obter sua autorização).

Mesmo nos casos em que o doente apresentar uma incapacidade temporária, em virtude de uma alteração mental ou de situações de interdição ou inabilitação (surdez-mudez, cegueira, prodigalidade, abuso bebidas alcoólicas), sua opinião deve ser levada em consideração, como preconiza o Artigo 6º, nº 3 CEDHBio⁵¹. O médico assistente é quem melhor pode avaliar a condição do doente, sua capacidade funcional, entendimento e discernimento, além de conhecer a história e seus valores diante da vida, podendo constatar se este tem (ou não) capacidade para consentir.

A doutrina atual considera, em relação ao consentimento para intervenções médicas, que o médico não deve presumir a incapacidade do paciente, ainda que exista um representante legal. Portanto, a incapacidade negocial não determina a incapacidade para consentir, esta depende da situação concreta. Se o incapaz pode compreender a intervenção e suas consequências, deverá ser informado para prestar seu consentimento, como consta da parte final do Artigo 6º, determinando que a pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

A capacidade para o consentimento é especial, e vai além da negocial, do poder criar, modificar, extinguir uma relação, pois envolvem questões intelectuais, emoção e valores pessoais. O paciente pode então, ser civilmente capaz, mas em virtude de

⁵¹ GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina** (CEDHBio). Artigo 6º, nº 3. Disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19.htm, acesso em 12 de março de 2016.

medicações, não tenha condições de entender sobre sua doença. Ou ser civilmente incapaz, e compreender seu estado de saúde, podendo expressar sua vontade, garantindo a tutela dos direitos da personalidade.

Exige-se que o paciente tenha discernimento⁵² para tomar a decisão, que seja capaz de entender a informação e fazer seus julgamentos. Quando há este discernimento, a capacidade para consentir também se faz presente.

O que se almeja no consentimento informado é a autonomia do paciente, e meios de representação e assistência, pensados no domínio negocial, poderiam retirar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

4.2 AUTONOMIA NO FIM DA VIDA

Diante do conflito entre prolongar a vida através de recursos e meios que muitas vezes são desproporcionais, por decisão familiar ou por obstinação terapêutica, impõe-se aos médicos o respeito à autonomia do paciente, e o direito destes em consentir e recusar tratamentos de saúde extraordinários e fúteis.

Observamos nesta relação médico-paciente a necessidade de proteção dos direitos da personalidade, como o respeito pela vida do doente, o respeito pela integridade física da pessoa (consentimento informado) e a integridade moral.

Ainda que esteja em estado terminal ou irreversível, a pessoa é titular de direitos fundamentais, bem como de direitos da personalidade. A diminuição de sua capacidade física não pode limitar sua capacidade jurídica, ao ponto de dispor do seu direito personalíssimo à sua família⁵³ ou a equipe médica.

Se a personalidade jurídica é adquirida no momento do nascimento da pessoa com vida, e independente de suas capacidades, esta pessoa é titular de direitos de personalidade, que asseguram sua autonomia (dentro dos limites éticos e jurídicos) em suas escolhas, e

⁵² Discernimento significa estabelecer diferença, distinguir, fazer apreciação.

⁵³ Para efeitos deste trabalho, e em virtude da evolução do direito de família e dos mosaicos familiares que surgiram, a família não deve ser considerada apenas como a que possui laços sanguíneos, mas também pelos laços de afeto em que estejam ligados.

seu desenvolvimento e para ser ela própria no mundo. Se há personalidade jurídica, a pessoa goza de capacidade jurídica plena que, alicerçada na dignidade da pessoa humana, permanece até o fim da vida.

Para Maria del Pilar⁵⁴ a idade, a inteligência, a saúde mental e a incapacidade não podem limitar o exercício da dignidade, posto que todos os seres são igualmente dignos, sendo a dignidade intangível (nada afeta sua integridade) e indisponível (ninguém pode dispor dela). Entretanto, discordamos da autora para quem a renúncia de um direito, como o direito a vida, não significa tornar vulnerável a dignidade. Acreditamos que ao renunciar qualquer dos direitos, tornamos não apenas ele disponível, como a própria dignidade, isto por que, não podemos dissociar a dignidade da vida, pois comportam o mesmo conteúdo axiológico.

Desta forma, a pessoa que se encontra em estado terminal, não perdeu nem sua personalidade, nem sua capacidade, sendo o único sujeito de direitos, e não objeto da tutela de terceiros, ainda que da sua família (e nem há no ordenamento jurídico norma que preveja a substituição do doente – excluindo-se os doentes com anomalia psíquica – pela família na tomada de decisões).

Capelo de Souza⁵⁵ afirma que a tutela da personalidade não se limita a pessoas saudáveis, engloba também àqueles que se apresentam em condições físicas especiais. A tutela da personalidade humana individual implica a proteção da vida humana pós-natal, não só do apogeu físico e racional da vida de um indivíduo mas também do seu decaimento em situações de vida humana dita vegetativa.

É a autonomia que se pretende garantir no fim da vida, pois é direito do paciente ter uma morte digna, da mesma forma que viveu com dignidade durante toda sua vida, respeitando seus valores, suas crenças e a sua vontade, podendo decidir sobre o fim da vida enquanto houver capacidade de discernimento.

Cabe mais uma vez estabelecer a diferença entre a recusa por tratamentos fúteis ou inúteis, e a antecipação da morte (eutanásia). Quando falamos em autonomia no fim da

⁵⁴ MOLERO MARTÍN-SALAS, María Del Pilar. **La Libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014, p. 69.

⁵⁵ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral da Personalidade**. Op. cit., p. 204.

vida, defendemos a posição de que o doente viveu dignamente, e assim deve ser a sua morte: digna, cercada de cuidados, amor e proteção, com a utilização de recursos terapêuticos que evitem o sofrimento desnecessário ou seu prolongamento. Entender que o pedido de abreviação da vida, através da eutanásia, é uma forma de autonomia, significa aceitar que não há dignidade humana, que o paciente não viveu de maneira digna, e a morte seria, subjetivamente e não valorativamente, a sua única opção. A vida não é um bem do ponto de vista ético ou jurídico disponível.

A eutanásia não é um exercício autêntico de autonomia, mas o reflexo da vulnerabilidade psicológica que o paciente se encontra, por medo do desconhecido, por dor, pelo abandono de seus familiares, e que não representam seus valores se acaso estivesse em situação diversa, de não terminalidade.

Para Sergio Gallego Riestra⁵⁶, a autonomia permite a escolha do seu próprio caminho, permite ao paciente ser e pensar segundo suas próprias convicções e valores. A autonomia é um pressuposto da liberdade.

Mas, como dito alhures, a liberdade de escolha não está fundamentada apenas em uma autodeterminação (escolha individual), mas em uma liberdade valorada. Não há escolha sem fundamentação ética, sem razões que justifiquem tal conduta. O agir é fundamentado na ética, na norma, na dignidade humana e na repercussão social sobre esta escolha.

Para Mafalda Miranda Barbosa:⁵⁷

“Apesar de conceptualmente o direito subjetivo continuar a assentar num poder de vontade, este não é, nem pode ser, uma vontade arbitrária e sem sentido, mas há- de- ser necessariamente uma vontade axiologicamente sustentada. O que quer dizer que, estando em causa um direito de personalidade, o homem não passa- por ser seu titular- a deter um poder absoluto sobre si mesmo, transformando-se num escravo de si próprio, porque o homem que o titula é pessoa, e como tal, o seu exercício há- de- estar em consonância com a estrutura valorativa em que se funda.”

⁵⁶ RIESTRA, Sergio Gallego. **El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal**. Primera edición, 2009. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi, p. 64.

⁵⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida**. Op. cit. p. 280.

Deve-se tutelar o respeito à capacidade do paciente em decidir, sua autodeterminação, suas escolhas conscientes e esclarecidas sobre recusa aos tratamentos dolorosos e extraordinários a que não deseja ser submetido, em um momento em que se encontra fragilizado pela doença e pelo receio da morte. A sua vulnerabilidade deve ser protegida, como consagra a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos⁵⁸, em seu artigo 8º:

Artigo 8º Respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal
Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.

O bem jurídico tutelado tem natureza personalíssima, e sendo o paciente seu titular, somente este tem direito de consentir, desde que sua capacidade de julgamento e discernimento o permita e independente de quando a decisão surtirá efeito. Ao doente deve ser garantida a autonomia da sua escolha, baseada em seus valores e convicções, não podendo dispor de tais direito a outrem.

O doente terminal, em virtude da condição de saúde, ou do sofrimento, pode não ter condições de expressar seu consentimento informado em um momento futuro, por não ter capacidade para consentir, não compreender as informações (discernimento) e não poder expressar a sua vontade em recusar ou aceitar o tratamento. Entretanto, se houver uma diretiva antecipada de vontade, as instruções dadas devem ser valoradas.

Entendendo as diretivas antecipadas como consentimento informado, temos a afirmação do direito fundamental à autodeterminação sobre o corpo, a saúde e a vida, que constituem tutela ao direito geral da personalidade, conforme o artigo 70º Código Civil. Se tais direitos só se extinguem com a morte, não podemos limitar os direitos do doente terminal, pelo fato de encontrar-se doente, pois seria o mesmo que declara-lo morto, antes de sua morte.

⁵⁸ MATSUURA, Koichiro. **Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>, acesso em 10 de abril de 2016.

É preciso esclarecer que a terminalidade da vida não é sinônimo de incapacidade, e o paciente não deve ter seus direitos limitados pelo fato de estar doente, conforme observa Helena Pereira de Melo⁵⁹:

“O doente terminal é, antes de mais nada, uma pessoa que não pode ver limitados arbitrariamente os seus direitos pelo simples facto de se encontrar doente, na fase final de uma doença incurável no estado actual do conhecimento médico. Continua, portanto, não obstante a doença que lhe dá uma esperança de vida previsível de um ou dois meses, a ser titular dos direitos reconhecidos nas grandes declarações de direitos no plano do Direito Internacional e na nossa Constituição (...)”

A capacidade, entendida como discernimento, é requisito principal de validade para o consentimento informado. A capacidade civil não deve determinar a validade do consentimento nestes casos, pois quando da manifestação do consentimento, o paciente deve estar em gozo de suas funções cognitivas.

O respeito à autonomia (ética) deve ter como pressuposto a capacidade do indivíduo em ordenar seus valores e crenças na tomada de suas decisões, mesmo que esta decisão apresente riscos a si mesmo (com exceção do risco de antecipação da morte ou suicídio). Uma capacidade reflexiva (complexa) na tomada de decisões, livre de manipulações e aptas a direcionar suas relações jurídicas.

O consentimento livre e esclarecido e as diretivas de vontade são, assim, institutos próximos, uma vez que visam garantir a autodeterminação do paciente.

As Diretivas antecipadas são instruções dadas por uma pessoa capaz, de maneira autônoma e esclarecida, acerca dos cuidados de saúde que deseja ou não receber em uma situação futura de incapacidade que a impossibilite de tomar qualquer decisão, e não se referem apenas a situações de terminalidade.

Como consequência das diretivas antecipadas, para além da autonomia e garantia da dignidade da pessoa humana, encontram-se a redução do medo do paciente frente a situações inaceitáveis, o aumento da autoestima, o aumento da confiança na relação médico-paciente, a proteção médica contra denúncias e processos, a orientação de conduta médica, dada pelo paciente, em situações difíceis e conflituosas.

⁵⁹ MELO, Helena Pereira de. **O Direito a Morrer com Dignidade**. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 3, n.º 6, 2006, p.72.

A recomendação 1418 (1999)⁶⁰ que trata da Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade dos Direitos dos Pacientes Incuráveis e Terminais, sugere medidas para garantir os direitos destas pessoas, como o direito a informação completa, respeitando a recusa do paciente em ser informado. Garante ainda que o paciente não seja tratado contra a sua vontade, respeitando recusa a determinados tratamentos, devendo estar tal decisão nas diretivas antecipadas do paciente.

Podemos definir as diretivas como um Consentimento informado antecipado, consolidada em Portugal pela Lei 25/2012, realizadas por meio do testamento do paciente-Testamento Vital – ou de um representante – o Procurador de Cuidados de Saúde (Portugal), Durable Power of Attorney (EUA).

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina⁶¹ ou Convênio de Oviedo já previa a aceitação da vontade antecipada:

Artigo 9.º

Vontade anteriormente manifestada

A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

E também o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM)⁶² em seu artigo 46º, 2:

2. Se houver uma directiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa.

A Lei 25/2012⁶³ veio regulamentar as Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal, tornando a vontade antecipada do paciente vinculativa, desde que não seja contrária a lei, ou à ordem pública, ou ainda seja contrária a boa prática médica.

⁶⁰ **Recomendação 1418**, adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 25 de junho de 1999.

⁶¹ **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.** Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>, acesso em 06 de janeiro de 2016.

⁶² **ORDEM DOS MÉDICOS. Código Deontológico da Ordem dos Médicos.** Disponível em: <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>, acesso em 06 de novembro de 2016.

⁶³ ROCHA, Isabel. **Código Civil Português**. 18ª edição; Ed. Porto, 2015, p. 470-471.

Artigo 2º- 1- As diretivas antecipadas da vontade, designadamente sob a forma de Testamento Vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

O direito francês confere apenas eficácia indicativa às diretivas antecipadas de vontade, diferente do modelo alemão, autonomista, que confere natureza vinculativa das declarações antecipadas de vontade, exigindo apenas a forma escrita para sua elaboração, e diferente da lei portuguesa, sem conferir validade ao documento.

No Direito português, as diretivas antecipadas são vinculativas e devem ser escritas, por uma pessoa adulta, podendo ser revogada a qualquer tempo, e cuja validade é de cinco anos (mantendo-se em vigor mesmo quando ocorra incapacidade do paciente).

Se a manifestação de vontade não for respeitada, ou se mesmo não existir, o consentimento será presumido, pois a avaliação subjetiva do médico depende do seu entendimento como o mais indicado, em respeito à *leges artis*, e em acordo com melhor interesse do paciente, mesmo que a vontade deste seja hipotética.

Discordamos do entendimento que o consentimento presumido concentre ainda certa autonomia do paciente, em virtude de expressar a vontade presumida do doente. Isto por que entendemos que a vontade presumida fundamenta-se na observação pessoal médica e familiar (que auxilia o médico na tomada de decisão), e que nem sempre vai corresponder a verdadeira vontade do paciente.

O consentimento presumido considera a condição física (saúde) do paciente na escolha e não nos valores e na personalidade do paciente, o que pode levar a um erro de conduta, por não ser o reflexo da escolha que o paciente faria em acordo com seus valores, seus interesses e suas vivências. Ademais, em virtude do paternalismo médico corremos o risco de que nem a vontade presumida seja respeitada, e a conduta seja, apenas, reflexo de uma decisão médica isolada.

Isso parece um contrassenso, pois se admitimos uma vontade presumida, a interpretação de qual seria a opinião do paciente se este pudesse expressá-la, transferindo

ao médico o “direito” de consentir, por que não podemos aceitar a vontade antecipada deste doente, através de uma diretiva? E nem se diga que a escolha seria baseada no melhor interesse do doente, pois só paciente é quem melhor pode decidir sobre sua saúde. É a vontade pessoal única e legítima para guiar as decisões que afetam sua personalidade.

Outra questão se dá para o fato de que o consentimento do paciente e a autonomia deste não apresentem critérios maiores quando da aceitação do tratamento, mas para a recusa ao tratamento, observamos maior rigor para análise da capacidade do paciente. Para nós, não há dúvidas quanto ao fato que se há capacidade para aceitar o tratamento, também há para recusa-lo, ainda que de forma prospectiva.

Na verdade, opções controvertidas (posição do doente diferente da posição médica ou familiar) são vistas como irracionais, ou contrária aos interesses dos pacientes, estando aí a grande dificuldade em aceitar tais decisões, ainda que realizada de forma autônoma pelo paciente.

O doente não deve satisfação por seus atos a ninguém, desde que não interfira na esfera jurídica de outra pessoa (cause danos a terceiros, incluindo os valores constitucionalmente protegidos) e, como dito anteriormente, desde que respeitados os limites legais e éticos referentes a sua liberdade⁶⁴.

Se há divergência de opiniões entre médicos, pacientes (opiniões fundamentadas em valores individuais) e familiares, devem-se demonstrar os equívocos que porventura ocorram nas suas decisões, através do diálogo. Entretanto, não cabe ao médico desrespeitar a decisão do doente embasado apenas em suas convicções pessoais, ou por razões paternalistas (fundamentada no princípio da beneficência). Se há, comprovadamente, razões para pensar que as decisões são irracionais, caberá ao médico ajudar o paciente a tomar uma melhor decisão, a partir de todo esclarecimento e informação possível.

Ressalte-se que ao afirmarmos que o paciente deve ter autonomia sobre sua morte, não estamos falando da antecipação desta, através da eutanásia, estamos nos referindo à

⁶⁴ A liberdade, fundamentada no conteúdo axiológico, permite uma tomada de decisão correta, sem prejuízos irreparáveis para aqueles que a exercem, ou seja, a autodeterminação não pode ser utilizada para justificar comportamentos que se baseiam apenas no livre arbítrio, e que se chocam contra si mesma (liberdade), como ocorreria na prática da eutanásia.

garantia de sua dignidade, decidindo recusar aqueles tratamentos que constituem excesso terapêutico e, portanto, intervenções médicas inadequadas à doença do paciente. Ao recusar tais condutas, o paciente não modifica o desfecho do processo de doença, não abrevia sua vida, mas evita o prolongamento de um sofrimento desnecessário. A escolha é por não sofrer com a morte, e transforma-la em um ato de dignidade, amor e respeito à autonomia e dignidade humana.

Esses conflitos médicos e familiares em aceitar as decisões do paciente geram um obstáculo à aceitação do consentimento prospectivo. Isto por que os valores pessoais divergem dos valores sociais dominantes, havendo um conflito entre o direito à liberdade, à autodeterminação e à dignidade individual e a proteção da vida e saúde da pessoa. Entretanto, tal fato não pode ser suficiente para permitir que as decisões dos pacientes não sejam levadas em conta.

Até por que, ainda que a família tenha um papel de identificar a vontade (hipotética) do paciente, apoiar e cuidar deste, não há no ordenamento jurídico nenhuma norma que legitima os familiares a tomar decisões pelo paciente, ou mesmo representa-los, a menos que o doente tenha nomeado um Procurador de Cuidados de Saúde (Lei 25/2012).

Julian Savulescu⁶⁵ apresenta a ideia de que o importante é a decisão do paciente e se este era competente para adota-la, e se houve o devido esclarecimento (e entendimento) sobre sua decisão: “Hay que destacar la importância de que el hecho de que una decisión individual sea finalmente respetada (por los doctores, la familia y los amigos) depende de si esse individuo es competente o incompetente, y está suficientemente informado de las consecuencias de la decisión, no de si la decisión es racional o irracional”.

Além disso, a autonomia do paciente não tem o condão de retirar dos médicos sua dignidade profissional, consagrada pelo princípio da decisão médica e da objeção de consciência. Isto por que ao médico cabe a decisão, segundo a “*leges artis*” e todo seu conhecimento, sobre a melhor conduta a ser aplicada, a melhor técnica, com liberdade terapêutica. O que se discute é a autonomia do paciente para aceitar ou recusar o tratamento proposto diante da terminalidade de vida, e não a prática médica. O médico

⁶⁵ SAVULESCU, Julian. **Autonomía, Vida Buena y Elecciones Controvertidas**. In *Autonomía Personal y Decisiones Éticas y Jurídicas*. Blanca Mendoza Buergo. Universidad Autónoma de Madrid. 2010, p. 48.

deve, portanto, respeitar as decisões do doente (e sua autodeterminação), ainda que considere uma má decisão.

Não podemos mais aceitar o conceito médico hipocrático onde os enfermos eram considerados incapazes de decidir sobre seu próprio destino, cabendo apenas ao médico a decisão sobre a conduta e situação do paciente, procurando o maior bem estar possível. O princípio da beneficência exige do médico a decisão segundo seus critérios, optando pela conduta mais adequada para o paciente, desde que leve em consideração os benefícios absolutos para este, estabelecendo uma relação vertical entre médico e paciente.

Diferentemente, o princípio da autonomia considera que as decisões e interesses mais valiosos dos doentes estão relacionados com suas crenças e valores, e estes devem ser protegidos. O princípio da autonomia estabelece uma relação horizontal e de igualdade entre médico- paciente.

O consentimento informado, neste caso prospectivo (através das Diretivas Antecipadas de Vontade), estabelece a diferença entre a autonomia e a beneficência, fundamentando-se no princípio da autonomia para a decisão do paciente.

Como observa Guilherme Oliveira⁶⁶, a boa prática clínica não está apenas relacionada com o dever de informação para obtenção de um consentimento esclarecido. Hoje, as regras da profissão ultrapassam tais condições, levando maior importância à posição do doente como centro da questão e de decisão.

“No último termo desta evolução, a necessidade de prestar esclarecimentos e de obter consentimento informado não é apenas um aspecto da boa prática clínica, dos deveres gerais do médico, mas sobretudo o cumprimento do dever de respeitar um direito autônomo do doente à livre determinação em matéria de saúde, qualquer que seja o quadro clínico e, principalmente, qualquer que tenha sido o resultado técnico da intervenção médica”

Importante salientar que as diretivas devem respeitar as mesmas regras do consentimento informado, quais sejam: participação do médico, que deve esclarecer todos os aspectos da doença, tratamentos e consequências desta; deve ainda ser o responsável por

⁶⁶ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **O Fim da “Arte Silenciosa”**. Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 128. n.º 3853, p. 103. Coimbra Editora, 1995.

avaliar o discernimento do paciente e sua capacidade de escolha. Não será válida a diretiva que não respeite tais pressupostos.

A grande questão nas Diretivas Antecipadas é que não sendo um consentimento presumido, mas previamente determinado e decidido pelo paciente, a sua dignidade e a sua autonomia são preservadas.

Vale dizer que integra a autonomia do paciente escolher ser tratado ou não, pois é detentor de todos os direitos durante seu processo de doença, inclusive de determinar suas escolhas em uma situação futura. Para além de um limite para tratamentos fúteis ou extraordinários, as diretivas constituem um planejamento de fim da vida.

Para Fabiana Rego⁶⁷ não há melhor forma de conhecer a vontade do paciente incapacitado do que através da Declaração Antecipada de Vontade que o mesmo redigiu, respeitando seus valores, suas escolhas e sua vontade final.

“Ora, cremos não haver melhor forma de conhecer a vontade do paciente incapacitado do que através da leitura e interpretação da Declaração Antecipada de Vontade que o mesmo anteriormente redigiu. Através dela, o paciente apela ao respeito pelos valores que o guiaram na sua vida, faz as suas escolhas esclarecidas e exprime livremente a sua vontade.”

Este também é o entendimento de André Gonçalo Dias Pereira⁶⁸, onde a vontade do paciente, anteriormente manifestada, deve ser levada em consideração, e torna-se a melhor referência para a tomada de decisão médica.

“...Neste sentido, ganha cada vez mais força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração e é mesmo o melhor referente para a decisão terapêutica, advogando-se a autonomia prospetiva”

Ainda que o código civil reconheça a capacidade jurídico-negocial aos 18 anos, e, portanto, seja esta a capacidade para redigir uma declaração antecipada de vontade, se o paciente tendo capacidade para decidir, optou por não ser submetido a determinada intervenção, o fato de tornar-se inconsciente não pode presumir a revogação da sua vontade anteriormente manifestada, devendo ser garantida a sua autodeterminação.

⁶⁷ REGO, Fabiana. **A Força Jurídica das Declarações Antecipadas de Vontade**. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 8, nº 16, Ed. Coimbra, 2011, p.166;

⁶⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. Coimbra Editora. Centro de Direito Biomédico, 1ª Edição. Coimbra: 2015. p. 570.

O artigo 1º ao prever “uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida” indica que a pessoa deve ter discernimento e percepção das questões que envolvam o consentimento, e não uma capacidade negocial.

Ademais, o Artigo 6º, nº 3 CEDH Bio estabelece que a vontade do paciente deve ser ouvida e respeitada mesmo quando este não apresente capacidade negocial, pois os bens tutelados são a vida, a saúde, a integridade física e o desenvolvimento pleno da personalidade.

Em sentido contrário, há os que acreditam (embora sejam atualmente minoria) que não se deve acolher a manifestação nas diretivas antecipadas, como se fosse um regime de consentimento informado, uma vez que neste, a vontade é pronunciada na atualidade.

A autonomia prospectiva, segundo estes autores, é frágil em virtude do lapso temporal entre a elaboração da Diretiva e os seus efeitos, o que impede o paciente de ter uma noção clara da situação futura, ou que seu estado emocional possa influenciar suas decisões. Alegam que o paciente somente saberia o que decidir no momento que redigiu a diretiva, sendo impossível ter uma decisão definitiva.

O entendimento de Vera Lúcia Raposo⁶⁹ é que com o avanço da medicina e os conhecimentos científicos, o paciente provavelmente não recusaria o tratamento se pudesse ter acesso a eles.

“Mas sem dúvida que a circunstância de o estado da ciência e da técnica ter conhecido profundos avanços relativamente a pacientes naquelas situações concretas permite concluir que a vontade do paciente teve em mente pressupostos médicos e científicos já hoje ultrapassados e que, em face aos conhecimentos disponíveis atualmente, provavelmente não recusaria os tratamentos que rejeitou na DAV”.

Nós discordamos deste posicionamento, uma vez que as patologias que hoje levam a situações clínicas de estado vegetativo e que se aproximam de uma janela terapêutica sem prognóstico, são, há muito, conhecidas da prática clínica. Com os avanços tecnológicos, a medicina é capaz de estabelecer um diagnóstico precoce e traçar a evolução

⁶⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. **Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida**. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 9, nº 18, Ed. Coimbra, 2012.

da doença, bem como seu prognóstico, levando ao conhecimento do paciente as questões relevantes para a tomada de decisão.

A elaboração da diretiva ocorre em um momento em que o paciente está plenamente capaz de expressar sua vontade, em relação a um momento futuro onde poderá não ser capaz, não podendo ter sua autonomia e dignidade desconsiderada, por se encontrar enfermo.

O respeito à pessoa, reconhecido no princípio da autonomia prospectiva deve ser levado em consideração e deve ser protegida, ainda que a autonomia esteja diminuída, por questões de idade ou discernimento. Na verdade, há uma presunção de que a vontade na diretiva antecipada corresponde a vontade atual do paciente, cabendo ao médico provar que aquela não era a vontade do paciente, ou que este mudou de opinião.

Portanto, como observa André Dias Pereira⁷⁰ “*de jure condito*, os desejos previamente expressos não podem ser ignorados, sob pena do médico violar o seu direito à *autodeterminação* e a *integridade física e moral* do paciente, factos consubstanciadores de *responsabilidade civil*”.

O que não se pode admitir é a sobrevivência do paciente, com dor e sofrimento, através de tratamentos inúteis e desnecessários, por considerar que a vontade deste está ultrapassada, ou incoerente com o momento atual. É preciso atender nesta situação limite de “quase vida” a autonomia daquele que não deseja ser submetido a tratamentos fúteis e desnecessários, mas que deseja morrer, no curso natural de seu processo de doença, livre de dor e sofrimento, e cercado de amor e dignidade.

Importante lembrar que segundo a Lei 25/2012, o documento das diretivas antecipadas de vontade tem prazo de 05 anos da data da sua assinatura, sendo renovável mediante declaração de confirmação, mantendo-se em vigor quando ocorra incapacidade do outorgante dentro da validade de 05 anos. Cabe dizer que a vontade se mantém atual, até que o doente se manifeste de outra forma, revogando, alterando suas instruções, ou quando está deixe de ser válida.

⁷⁰ PEREIRA, André Dias. Op. cit., p. 253.

Para além do momento do consentimento, a maior questão a ser observada em relação às diretivas antecipadas é se pode declarar que o consentimento, aí representado, de fato é esclarecido, uma vez que a Lei 25/2012 não impõe o aconselhamento pelo médico, na elaboração da diretiva. Então teríamos um consentimento baseado apenas nas informações obtidas pelo paciente, sem o esclarecimento (discernimento) necessário, para o consentimento informado.

Embora ocorra a falta de imposição do aconselhamento médico, não há uma violação a exigência legal do consentimento informado, pois ainda que houvesse a participação médica, suas informações seriam em abstrato, uma vez que a situação em concreto não contemplaria as particularidades clínicas, posto que pudesse nem vir a se efetivar.

Ainda que o cenário de saúde ou recurso se modifique, as diretivas podem ser alteradas ou até mesmo revogadas, permitindo que o paciente possa expressar até mesmo uma nova vontade, diante dos novos esclarecimentos e informações, mas sempre respeitando sua autonomia. Isto porque os efeitos jurídicos não se produzem de imediato, quando da sua elaboração, mas ficam subordinadas a duas condições: que exista uma situação de doença ou situação médica prevista na diretiva e que o autor da diretiva esteja incapacitado de manifestar sua vontade, de forma clara e esclarecida.

A vontade pode deixar de ser vinculativa se a manifestação expressa do paciente constar de pedidos médicos inadequados para seu estado clínico, pois não se pode impor que a equipe médica seja contrária ao princípio da beneficência e da *leges artis*.

Então é possível que a diretiva não tenha efeitos, pois o paciente pode não alcançar um quadro de incapacidade, ou até mesmo pode vir a falecer antes da condição de saúde prevista na diretiva.

Entretanto, se faz necessário garantir o direito à autonomia, ainda que prospectiva, àqueles que diante do processo de doença, receiam que sua vontade não seja respeitada, quando a falta de discernimento afastar o seu consentimento livre e esclarecido.

E mais, podem resolver situações em que adultos com uma incapacidade para consentir (senilidade, estado vegetativo crônico), e que não tenham representante legal, possam ter sua autonomia preservada.

Ademais, o princípio da autonomia reflete o reconhecimento das diretivas antecipadas de vontade, em que o paciente manifesta, antecipadamente, uma vontade sobre seu tratamento, devendo esta ser atendida no momento em que não tenha mais capacidade de expressar sua vontade pessoalmente.

Parece-nos claro que se o consentimento informado, a autonomia e a autodeterminação são tutelados juridicamente, deve-se atribuir as diretivas antecipadas a mesma força jurídica do consentimento informado, protegendo assim os direitos da personalidade através de uma vontade antecipada, preservando a dignidade humana no fim da vida.

5. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Se de um lado vimos crescer o avanço da medicina, de seus recursos em diagnóstico e terapêutica, por outro, o acesso à informação tornou o paciente mais participativo no processo de sua doença, assumindo uma maior autonomia nas suas escolhas. O paciente deixou de ser mero expectador de sua vida, e tomou para si a responsabilidade, a autonomia na decisão dos cuidados e tratamentos a que quer ser submetido.

Então, a preocupação com o consentimento do paciente, diante de determinadas situações clínicas, passou a ser um dos princípios nucleares do direito médico. O consentimento prévio do doente, livre e esclarecido, norteia a relação médico-paciente, estabelecendo que este só possa atuar se houver consentimento prévio, sob pena de cometer um ilícito penal.

Cabe mais uma vez chamar a atenção que o consentimento não é uma decisão solitária do paciente, mas sim uma decisão baseada em um diálogo entre médico e doente,

numa relação de confiança e segurança, ainda que a última tomada de decisão seja do paciente.

O próprio Código Penal Português, em seu artigo 156º, estabelece como ilícito a aplicação de qualquer tratamento ao doente, ainda que indicado, se não houver consentimento prévio. Já o Código Civil brasileiro preceitua, em seu artigo 15º, que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

O fato de o doente decidir por não prolongar seu sofrimento, diante de uma morte inevitável, desejando que esta seja digna, assim como foi sua vida, deve ser permitido, considerando o princípio da dignidade humana e autonomia da vontade, conforme já discorremos.

Ressalte-se que a recusa em receber tratamento médico não se confunde com a tentativa de suicídio, ou até mesmo com a eutanásia, mas consiste na manifestação da vontade prévia do doente em não ser submetido a tratamentos dolorosos e ineficazes.

Dentro do contexto de consentimento informado, como manifestação de respeito à autonomia do paciente, temos que fazer referência aos documentos de Diretiva Antecipada de Vontade (DAV), dentre eles o Testamento Vital (TV) ou “Living Will” e os mandatos duradouros, que em Portugal recebem a denominação de Procuração de Cuidados de Saúde.

As DAV’s aparecem como resposta aquelas situações em que o processo que resultará na morte é inevitável, e qualquer tratamento apenas levaria ao prolongamento da dor e sofrimento, uma vez que seria fútil ou inútil.

Diante da impossibilidade de ter uma vida digna, e de promover uma qualidade de morte, decidindo sobre o fim da vida enquanto houver capacidade de discernimento, surgiram as DAV’s.

Importante salientar que não se aplicam apenas à situação terminalidade de vida, sendo esta entendida como morte iminente, mas a situações em que nenhum recurso

terapêutico utilizado irá resultar na cura da doença, ao que chamamos de “fora de possibilidade terapêutica”.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina⁷¹ ou Convênio de Oviedo, escrito em 04 de abril de 1997, em Oviedo, Espanha, foi o primeiro instrumento jurídico internacional no campo da bioética, com caráter vinculante para os países que o subscrevem, e teve como objetivo a proteção do ser humano na sua dignidade e identidade e a garantia a toda a pessoa, sem discriminação, do respeito pela sua integridade e de todos os outros direitos fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.

O Conselho é constituído por 47 Estados-Membros, apenas 35 assinaram a Convenção, e destes, 23 a ratificaram, a exemplo de Portugal, Espanha e Suíça. Em Portugal, foi ratificada pelo Presidente da República em 03 de janeiro de 2001.

Artigo 9.º

Vontade anteriormente manifestada

A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

Também o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM)⁷² prevê em seu artigo 31º, que é dever do médico não só prestar os cuidados que estiverem ao seu alcance na promoção da saúde, mas também suavizar os sofrimentos daqueles que se encontram sem esperança de cura ou em fase terminal, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

QUALIDADE DOS CUIDADOS MÉDICOS

Artigo 31.º (Princípio geral)

O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obrigasse à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos

⁷¹ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: **Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina**. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>, acesso em 06 de janeiro de 2016.

⁷² ORDEM DOS MÉDICOS. **Código Deontológico da Ordem dos Médicos**. Disponível em: <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>, acesso em 06 de novembro de 2016.

doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.

Ainda em seu artigo 46^{o73}, 2:

2. Se houver uma directiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa.

Entretanto, o CDOM, bem como a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, não era vinculativo, trazendo insegurança quanto ao cumprimento ou não da autonomia da vontade dos pacientes em decidir a quais tratamentos devem ser submetidos e quais terapêuticas recusam.

Em um processo de doença todos os envolvidos estão emocionalmente frágeis, impossibilitados de tomar decisões, ocorrendo divergências e desgaste. Ocorre que com a Diretiva Antecipada da Vontade, a decisão é do próprio doente, a sua vontade é pré-determinada, evitando a intervenção de terceiros e eliminando, ou ao menos minimizando, os conflitos familiares.

Quando não há uma manifestação antecipada da vontade, o consentimento é presumido, e a condução do processo clínico depende daquilo que a equipe médica entenda como o mais indicado, respeitando a *leges artis* e o princípio da beneficência.

Cabe esclarecer que o consentimento presumido nada mais é do que a avaliação subjetiva do médico em qual seria a vontade do paciente diante da situação clínica, muitas vezes sem a consulta prévia a seus familiares, e em desacordo com as convicções de vida do paciente.

Isto é o que estabelece o CDOM, em seu artigo 46^o, 4⁷⁴:

4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer.

⁷³ ORDEM DOS MÉDICOS. **Código Deontológico da Ordem dos Médicos**. Op. cit.

⁷⁴ ORDEM DOS MÉDICOS. **Código Deontológico da Ordem dos Médicos**. Op. cit.

As Diretivas, entretanto, privilegiam a autonomia da vontade dos pacientes em vez de decisões médicas e paternalistas que muitas vezes não estão preocupadas com vontade dos pacientes, posto que desconhecidas destes, e sim com os recursos que possam aplicar, na sua posição de “deuses da medicina”.

Para Fabiana Rego⁷⁵ não há melhor forma de conhecer a vontade do paciente incapacitado do que através da Declaração Antecipada de Vontade que o mesmo redigiu, respeitando seus valores, suas escolhas e sua vontade final.

“Ora, cremos não haver melhor forma de conhecer a vontade do paciente incapacitado do que através da leitura e interpretação da Declaração Antecipada de Vontade que o mesmo anteriormente redigiu. Através dela, o paciente apela ao respeito pelos valores que o guiaram na sua vida, faz as suas escolhas esclarecidas e exprime livremente a sua vontade.”

Para André Gonçalo Dias Pereira⁷⁶ a vontade do paciente, anteriormente manifestada, deve ser levada em consideração, e torna-se a melhor referência para a tomada de decisão médica.

“...Neste sentido, ganha cada vez mais força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração e é mesmo o melhor referente para a decisão terapêutica, advogando-se a autonomia prospetiva.”

Não existe, entretanto, um consenso sobre as diretivas antecipadas de vontade, e em sentido contrário, há os que acreditam que haverá prejuízo para os pacientes, pois o momento da decisão pode não ser o mais adequado, uma vez que o paciente não é capaz de prever a situação futura, ou que seu estado emocional possa influenciar suas decisões. Alegam que o paciente somente saberia o que decidir no momento que redigiu a diretiva, sendo impossível ter uma decisão definitiva.

O entendimento de Vera Lúcia Raposo⁷⁷ é que com o avanço da medicina e os conhecimentos científicos, o paciente provavelmente não recusaria o tratamento se pudesse ter acesso a eles.

⁷⁵ REGO, Fabiana. **A Força Jurídica das Declarações Antecipadas de Vontade**. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 8, n.º 16, Ed. Coimbra, 2011, p.166.

⁷⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. Coimbra Editora. Coimbra: 2015. p.570.

“Mas sem dúvida que a circunstância de o estado da ciência e da técnica ter conhecido profundos avanços relativamente a pacientes naquelas situações concretas permite concluir que a vontade do paciente teve em mente pressupostos médicos e científicos já hoje ultrapassados e que, em face aos conhecimentos disponíveis atualmente, provavelmente não recusaria os tratamentos que rejeitou na DAV”.

Nós discordamos deste posicionamento, uma vez que as patologias que hoje levam a situações clínicas de estado vegetativo e que se aproximam de uma janela terapêutica sem prognóstico, são, há muito, conhecidas da prática clínica. Com os avanços tecnológicos, a medicina é capaz de estabelecer um diagnóstico precoce e traçar a evolução da doença, bem como seu prognóstico.

Difícilmente haverá uma nova descoberta que poderá mudar a vontade do paciente nestas situações, não só porque ainda estejam no campo experimental, e, ainda assim, talvez não possam mais modificar o quadro de saúde do doente, e sua aplicação apenas prolongaria seu sofrimento. A ciência, mesmo com todos os avanços, ainda é falha e limitada.

Ademais, a antecipação de vontade respeita requisitos sem os quais se torna inviável a sua elaboração, dentre elas a capacidade do paciente no momento do testamento, e a informação clínica, incluindo os tratamentos, possibilidades terapêuticas e prognósticos. O aconselhamento médico antes e durante a redação da DAV torna-se importante e necessário neste momento.

Se uma pessoa capaz e com discernimento pode exercer seu direito a consentir ou recusar as condutas e tratamentos, que devem ser empregados na atualidade, esta também deve ter o direito de consentir, ou recusar, os tratamentos, mesmo que seja em um momento futuro, pois sua capacidade de discernimento e autonomia não modificaram.

Se há autonomia na atualidade, e a proteção desta, devemos manter a mesma atitude de proteção das escolhas que são feitas no momento atual, ainda que só se materializem no momento futuro.

⁷⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. **Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida**. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 9, n.º 18, Ed. Coimbra, 2012.

As diretivas de vontade são instruções dadas por uma pessoa capaz, acerca dos cuidados de saúde que ela deseja ou não receber em uma situação futura de incapacidade que a impossibilite de tomar qualquer decisão de maneira autônoma. Podem ser realizadas por meio do testamento do paciente- Testamento Vital- ou de um representante- o Procurador de Cuidados de Saúde (Portugal), Durable Power of Attorney (EUA) e Mandato Duradouro.

O testamento vital não se confunde com o testamento civil, cuja característica é patrimonial, e que produz seus efeitos apenas depois da morte. O testamento vital produz seus efeitos antes do falecimento do testador, é um ato entre pessoas vivas, cujas disposições são relativas aos direitos de personalidade e a autonomia da vontade. Entretanto, as características do testamento vital são semelhantes ao do testamento comum⁷⁸:

- Ato jurídico (ou negócio jurídico): manifestação da vontade para a produção de efeitos jurídicos.
- Unilateral: sua eficácia não depende de outra pessoa, basta a vontade declarada do testador, na forma da lei
- Personalíssimo: somente o indivíduo pode realiza-lo
- Revogável: pode ser a qualquer momento revisto ou revogado.
- Gratuito: não há ônus, nem obrigações.
- Solene: exigem-se determinados requisitos formais para sua elaboração e registro, por segurança jurídica.

O testamento Vital é o documento pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre os tratamentos que deseja receber, recusar ou suspender, diante de situações de terminalidade de vida, ou de impossibilidade terapêutica, quando não puder exprimir sua vontade.

Ressalte-se que o Testamento Vital não tem poder ilimitado, uma vez que não pode conter determinações dos pacientes que sejam contrárias ao ordenamento jurídico em vigor, como por exemplo, eutanásia, bem como decisões contraindicadas à patologia do paciente ou tratamentos que já não sejam adequados ao caso, uma vez que em desuso na medicina.

⁷⁸ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do e PONA, Èverton Willian. **A autonomia da vontade e testamento vital: A possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Privado da UEL – Universidade Estadual de Londrina, volume I, Número 3, setembro/dezembro de 2008.

Vale lembrar que a decisão do paciente ocorre em momento anterior a manifestação da doença, e seus desdobramentos, ou seja, em um momento que o sofrimento e a experiência da doença não são capazes de causar qualquer influência em seu estado psíquico e emocional.

Não nos parece coerente entender que o paciente, diante de sua incapacidade posterior de decisão, tenha vontade de revogar sua opinião anterior. Não podemos declarar nula uma declaração que foi formulada por alguém maior e capaz, em virtude da atual incapacidade, por presumir que este pode ter mudado de ideia. A atualidade da vontade do paciente tem que ser visualizada através de um determinante lógico (consciência, capacidade e discernimento) e não cronológica. Por outro lado, pode ocorrer modificação da vontade do paciente, ao que a diretiva antecipada pode ser revogada a qualquer tempo.

Embora só tenha validade quando da incapacidade de decisão do paciente, constitui um respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas, vinculando, em regra, médicos, pacientes e familiares. Cabe ao médico provar neste caso que a diretiva se encontra ultrapassada em relação aos procedimentos terapêuticos atuais, para justificar o não cumprimento da diretiva. Ocorre que o descumprimento deve estar fundamentado e escrito no processo clínico do paciente.

O Mandato Duradouro é o documento pelo qual um procurador é nomeado para que possa, quando da incapacidade do paciente, e consultado pela equipe médica que o assiste, decidir sobre a recusa ou utilização de algum tratamento. O procurador deve conhecer as preferências do paciente, uma vez que as decisões serão tomadas com base na vontade do paciente.

A Procuração de Cuidados de Saúde permite que o procurador acompanhe a evolução tanto da doença quanto da medicina, o que propicia que as tomadas de decisões sejam mais adequadas em cada fase da doença.

A grande questão da Procuração de Cuidados de Saúde seria a escolha da pessoa mais adequada para representar o paciente, uma vez que este não pode decidir com base em suas opções de vida, e convicções, mas na vontade do paciente, nas convicções e

desejos deste. Daí surge um grande problema, quando a família não deseja cumprir a vontade do paciente, por questões éticas ou religiosas.

Segundo André Gonçalo Dias Pereira⁷⁹ o paciente e a pessoa escolhida devem ser próximos, o procurador deve conversar com o paciente para conhecer suas opiniões, suas vontades, seus valores e quais as escolhas que faria em determinada situação.

“A efectividade deste instituto dependerá de o paciente e o procurador terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se estivesse capaz”.

A procuração de Cuidados de Saúde permite que o procurador possa tomar as decisões, quando o paciente esteja impossibilitado, ainda que de forma temporária, diferente do testamento vital, que só produzirá efeitos quando houver capacidade definitiva do paciente. O ideal, pelo alcance do mandato duradouro, seria que existisse o testamento vital e a procuração de cuidados de saúde em um único documento.

Ressalte-se que os requisitos de validade, tanto do testamento Vital quanto da procuração de Cuidados de Saúde, dependem da lei de cada Estado, e estas leis determinam que as manifestações antecipadas de vontade sejam realizadas por pessoas maior e capaz, que a vontade seja expressa de forma autônoma, previamente informada e esclarecida.

Em relação a forma, grande parte das normas jurídicas exigem forma especial, no mínimo as diretivas devem ser escritas, alguns exigem testemunhas e que seja lavrado na presença do Notário. Entretanto, para sua revogação não há exigência de forma, podendo ser revogadas a qualquer momento, ou quando as disposições contidas são contra a lei, a ordem pública ou a *lex artes*, ou ainda face aos avanços da medicina.

Nos EUA as discussões sobre diretivas antecipadas começaram a mais de 20 anos, com o *living will*, que alcançou o status de lei federal apenas em 1991, através do *Patient Self Determination Act* (PSDA) que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade⁸⁰.

⁷⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 241.

⁸⁰ O PSAD além de reconhecer o valor jurídico das diretivas, estabeleceu que caso a vontade escrita não seja respeitada, os profissionais incorrem em sanção disciplinar.

A Califórnia foi o primeiro estado a reconhecer o direito do paciente a recusa do tratamento, diante do seu estado terminal, através do *Natural Death Act*. O mesmo aconteceu com a Procuração dos Cuidados de Saúde (Mandato Duradouro), em 1983, através do *California's Durable Power of Attorney for Health Care Act*.

As Declarações Antecipadas de Vontade, nos EUA, têm força vinculativa, com exceção de Massachussetts, Michingan e Nova Iorque. Isto quer dizer que na maioria dos estados americanos, há imunidade civil e criminal para os profissionais de saúde que as respeitem.

Na Europa, a discussão não é tão antiga, e apenas alguns países tem regulamentação específica, como Portugal, Holanda, Finlândia e Hungria.

Somente após a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convênio de Olviedo) países como a Bélgica (2002), seguida da Espanha (2002), Inglaterra (2005), França (2005) e Austria (2006), Alemanha (2009) e Portugal (2012) tiveram legislações específicas sobre o tema.

Em França, foi aprovada a Lei n° 2005-370 de abril de 2005, entretanto, a diretiva tem força apenas indicativa, e deve ter sido redigida apenas três anos antes da incapacidade. Alemanha aceita a validade vinculativa da lei, já em Áustria elas podem ter caráter vinculativo ou não. O modelo austríaco de 8 de maio de 2006 permite que as diretivas sejam vinculativas ou não. Para ser vinculativa exige-se que tenha consulta médica (certifica a capacidade da pessoa e garante a informação), e o testamento deve ser assinado diante notário advogado ou associação de pacientes. A Itália, embora seja signatária do Convênio de Olviedo, ainda não tem legislação específica sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Na Espanha, a primeira lei sobre *instrucciones previas*, foi a Lei 21/2000, da Cataluña, Após ela, as Leis 12/2001 de Madrid e Lei 2/02 de La Rioja regulamentaram os direitos dos pacientes em relação a sua autonomia na decisão de seu tratamento, inclusive na recusa em recebê-lo, bem como instruções prévias de vontade e a outorga de consentimento por representação. Foi criado também o Registro Nacional de Instruções

Prévias. E mesmo após anos de regulamentação, ainda segue desconhecida pela maioria dos cidadãos espanhóis.

Não há uma lei uniformizada, mas possuem um padrão comum, onde há preocupação com a tutela da autonomia da vontade, e que a decisão seja consciente e informada. O paciente deve ser informado pela equipe médica claramente sobre sua doença, tratamento, informando-o ainda as consequências da elaboração da diretiva antecipada.

Em Portugal a Lei 25/2012 regulamenta a Declaração Antecipada de Vontade, a Procuração de Cuidados de Saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV) tendo eficácia vinculativa. Na América do Sul, Porto Rico foi o primeiro país a aprovar, em 2001, a lei nº 106, reconhecendo o direito da pessoa em manifestar previamente seus desejos em relação aos tratamentos médicos em caso de terminalidade.

A Argentina (Lei 26.472) e Uruguai (Lei 18.473) regulamentaram suas leis em 2009, onde permitem que os pacientes decidam sobre quais tratamentos aceitam e quais recusam, podendo posteriormente revogar sua manifestação. Entretanto isto não significa que serão interrompidas as medidas e ações adequadas para controle e alívio do sofrimento. No Brasil não existe norma jurídica específica sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, estando estas amparadas na Resolução 1995/2012 de Conselho Federal de Medicina.

5.1 DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM PORTUGAL

5.1.1 TESTAMENTO VITAL

A Lei 25/2012, de 16 de julho, estabeleceu o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, sob a forma de Testamento Vital (TV), além de regulamentar a nomeação de procurador de cuidados de saúde e criou o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV) em Portugal.

Ressalte-se que antes da sua regulamentação, o próprio Código Penal português já acolhia de certa forma a manifestação antecipada de vontade, embora não houvesse vinculação do médico. O código prevê como ilícito a aplicação de qualquer tratamento ao doente, ainda que indicado, se não houver consentimento prévio, incluindo também a recusa de ser submetido a determinadas terapêuticas.

Da mesma forma o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, em seu artigo 59º, nº 4, proíbe o uso de meios extraordinários de manutenção da vida quando iniciados ou continuados, contra a vontade do paciente.

Cabe dizer que antes da entrada em vigor da referida lei, ao médico só poderia ser imputada a responsabilidade se este sequer tivesse ciência da diretiva. Ademais, as diretivas não tinham caráter vinculativo, além da tendência dos tribunais pelo princípio da vida, ainda que esta não fosse dignamente vivida.

As diretivas não eram levadas em consideração se a equipe médica demonstrasse que as medidas manifestadas pelo doente não seriam as mais adequadas, e também não seria a vontade atual do paciente, principalmente se nesta manifestação de vontade estivesse a recusa de determinado tratamento.

Portanto, ainda que seja uma tendência dos tribunais pelo princípio *in dubio pro vita*, a regulamentação da DAV's trouxe segurança jurídica, pelo seu caráter vinculativo, e a valoração da autonomia da vontade do paciente.

Ocorre que a força vinculativa da DAV depende do cumprimento dos pressupostos estabelecidos na Lei 25/2012, e desde que seja respeitado a falta de cumprimento da DAV pelo médico se enquadra no crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, pois equivale a atuação médica sem consentimento do paciente.

A não observância da vontade do paciente em não iniciar ou continuar determinado procedimento médico implica em responsabilidade ética e disciplinar, além de constituir um ilícito civil e criminal.

Segundo o disposto pelo artigo 2º, nº 1, a Lei 25/2012⁸¹ conceitua as Diretivas Antecipadas da Vontade como documento realizado por pessoa capaz, de forma unilateral e revogável, onde este expressa sua vontade consciente, livre e esclarecida sobre os tratamentos a que deseja ser ou não submetido.

Artigo 2º- 1- As diretivas antecipadas da vontade, designadamente sob a forma de Testamento Vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

Como observamos, as disposições dispostas nas diretivas devem ser realizadas por pessoa capaz, sem vícios de vontade, e com esclarecimento prévio de sua situação clínica, terapêutica (possíveis) e prognóstico.

Além disso, a vontade expressa deve ser clara, não deixando nenhuma dúvida quanto à decisão de não ser submetido a tratamentos de suporte artificial, tratamentos fútil, inútil ou desproporcional a sua doença que apenas prolongue o sofrimento e retarde o processo natural de morrer, bem como qual tratamento deseja ser submetido, com terapêutica adequada para minimizar o sofrimento e cuidados paliativos.

As diretivas antecipadas de vontade respeitam a forma prevista na Lei 25/2012, em seu artigo 3º, no qual devem ser formalizadas através de documento escrito, assinado na presença do funcionário do Registro do Testamento Vital ou notário.

Ainda devem ser observados os requisitos, cumulativamente, para a outorga das diretivas, quais sejam: pessoa maior de idade, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica e sejam capazes de dar seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

Chama-se atenção para o fato que as diretivas não estão livres de limitações, uma vez que passam a ser juridicamente inexistente, não produzindo qualquer efeito, se forem contrárias à lei, à ordem pública ou contrária as boas práticas; se o seu cumprimento

⁸¹ ROCHA, Isabel. **Código Civil Português**. 18ª edição. Ed. Porto; 2015, p. 470.

promover a morte não natural do paciente e evitável ou ainda em que a vontade do outorgante não seja clara e inequívoca.

A vontade deixa ainda de ser vinculativa se a manifestação expressa do paciente constar de pedidos médicos inadequados para seu estado clínico, pois não se pode impor que a equipe médica seja contrária ao princípio da beneficência e da *leges artis*.

A doutrina majoritária europeia prevê que seja ônus do médico demonstrar que a diretiva estava ultrapassada, ou não correspondia ao desejo do paciente, não sendo possível invocar o estado de necessidade para não cumprir o quanto determinado nas diretivas, em conformidade com a vontade do paciente.

Para que o documento tenha validade, deve constar do RENTEV, ou ser entregue à equipe responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, respeitado o conteúdo, sem prejuízo do disposto na lei.

Cabe ainda esclarecer que em caso de urgência ou perigo imediato de vida para o paciente, não existe o dever, pela equipe responsável pela prestação de cuidados de saúde, de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, isto porque, o acesso a mesma implicaria em uma demora grave, acarretando riscos desnecessários e maiores ao outorgante.

O documento das diretivas antecipadas de vontade tem prazo de 05 anos da data da sua assinatura, sendo renovável mediante declaração de confirmação, mantendo-se em vigor quando ocorra incapacidade do outorgante dentro da validade de 05 anos.

Podem ainda ser revogados, alterados, modificados em todo ou em parte, desde que respeitem a forma prevista no artigo 3º da Lei 25/2012, sendo renovado sempre que ocorra uma modificação. Toda alteração ou revogação deve ser inscrito nos eu processo clínico, no RENTEV e comunicado ao procurador de cuidado de saúde.

5.1.2 PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE

O procurador é um representante do paciente para questões de saúde. O outorgante nomeia um procurador de cuidado de saúde, para que quando se encontre incapaz de

expressar sua vontade, o procurador possa decidir quais as providências necessárias para promover sua saúde.

O procurador também deve ser pessoa maior de idade e capaz, e a eficácia de suas decisões só passa a ser validas quando da incapacidade do outorgante. As decisões tomadas pelo procurador devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante, sempre em observância com a lei.

De acordo com o artigo 12º, da Lei 25/2012⁸²:

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

Diferente do Testamento Vital, quem decide sobre os procedimentos e tratamentos que o paciente deva ser submetido serão um terceiro, o procurador. É o representante que tomará as decisões mais importantes sobre o fim da vida do representado, mas que não contenham atos que possam levar a morte do paciente.

Na procuração não consta as vontades do outorgante quanto aos tratamentos que recusa ou aceita, pois se assim fosse estaríamos diante de um testamento do paciente. Por isso, é fundamental que o paciente e o procurador tenham conversado e que o paciente tenha determinado quais opções deva tomar o procurador, em respeito às convicções e vontades do outorgante se ainda estivesse capaz.

Entretanto, a decisão do Procurador de saúde é vinculativa, ainda que este seja um membro da família, pois atua em nome do paciente, manifestando sua vontade, ainda que por meio de um mandato.

Da mesma forma que as Diretivas Antecipadas de Vontade, a Procuração de Cuidados de Saúde podem ser revogadas a qualquer tempo, extinguindo-se também por renúncia do procurador, que deve ser realizada de forma escrita.

⁸² ROCHA, Isabel. **Código Civil Português**. Op. cit. p. 473.

As Diretivas Antecipadas de Vontade e a Procução de Cuidados de Saúde podem coexistir, permitindo que os interesses do paciente sejam tutelados de forma mais ampla. Não nos interessa neste momento discutir se o paciente, ao nomear um Procurador de Cuidados de Saúde, transferiu seus direitos de decisão, e de personalidade a um terceiro, considerando que estes sejam pessoais e intransmissíveis.

Entretanto, apenas para que possamos levantar algumas questões, acreditamos que o que ocorre seria apenas a transmissão do exercício dos direitos de personalidade por outra pessoa, e isto já é permitido conforme os artigos 258º⁸³ e 262º⁸⁴ do Código Civil Português. A procuração nestes termos visa proteger a pessoa, sem violar sua autonomia. Portanto, outorgar poderes representativos à terceiro, é uma forma de manifestar a autonomia pessoal, como verificamos nos artigos 1620 e 1849, ambos do Código Civil Português.

O documento de Diretivas Antecipada de Vontade e a Procução de Cuidados de Saúde devem ser anexados ao processo clínico do paciente, respeitando-se o sigilo de tais informações pela equipe de prestação de cuidados de saúde. Em caso de conflito entre os interesses da ciência, da sociedade e do indivíduo, deverá sempre prevalecer o interesse do indivíduo.

5.1.3 REGISTRO NACIONAL DE TESTAMENTO VITAL (RENTEV)

O Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV) tem a finalidade de registrar, organizar e manter atualizada, informação e documentação relativas ao documento de Diretivas Antecipadas de Vontade e a Procução de Cuidados de Saúde, dos cidadãos portugueses, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal.

Ocorre que o registro no RENTEV tem valor meramente declarativo, pois as Diretivas de Vontade e ou Procução de Cuidados de Saúde, nele não inscritas, são igualmente eficazes, desde que formalizados de acordo com a Lei.

⁸³ ROCHA, Isabel. **Código Civil Português**. Op. cit. p. 54.

⁸⁴ ROCHA, Isabel. **Código Civil Português**; Op. cit. p. 55.

Com a regulamentação das diretivas antecipadas, esta passa a ser vinculativa, e o seu incumprimento pela equipe médica, viola a lei, e equivale ao mesmo que uma atuação médica sem consentimento prévio, atraindo a responsabilidade jurídica.

5.2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL

No Brasil apesar de não existir uma lei específica, também não há nada que se oponha a formulação das DAV's, dentre elas o Testamento Vital. Entretanto, ainda que não tenha norma jurídica específica, encontra respaldo no Princípio Constitucional da Dignidade Humana (Artigo 1º, III), da autonomia da vontade e na proibição do tratamento desumano (artigo 5º, III), bem como na Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Esta também é o entendimento de Luciana Dadalto⁸⁵:

“Já foi dito que não existe norma específica acerca da declaração de vontade do paciente terminal no Brasil, contudo, tal afirmação não gera, e não pode gerar o entendimento de que este documento seja inválido no Brasil. Isto porque uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais concede aparato para a defesa da validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no ordenamento jurídico brasileiro”.

Em relação à autonomia, o artigo 107 Código Civil/02 estabelece que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Portanto, a manifestação da vontade é livre e se alinha com o princípio da dignidade humana, assegurando ao paciente a autonomia para decidir sobre a recusa a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício, bem com receber cuidados paliativos.

A validade das diretivas antecipadas ainda é questionada, em virtude da preocupação de sua utilização em práticas que facilitem a eutanásia. Ocorre que, conforme

⁸⁵ DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil** (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). Revista de Bioética Y Derecho, núm 28; Mayo 2013, p.5. Disponível em: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf, acesso em 10 de dezembro de 2015.

já explanado anteriormente, a eutanásia não se confunde com as Diretivas Antecipadas de Vontade, e tal temor se deve, a nosso ver, pela falta de conhecimento sobre o assunto.

O Conselho Federal de Medicina editou a resolução nº 1805/2006⁸⁶, que permite ao médico suspender ou limitar os tratamentos, que na fase terminal de enfermidades graves, prolonguem a vida do doente, mantendo aqueles que evitem o sofrimento, respeitando a vontade do paciente e familiares.

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 em 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.

Já resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) 1995/2012⁸⁷, 31 de agosto de 2012, diante da falta de regulamentação, concretizou a dignidade da pessoa humana, a autodeterminação individual e liberdade, quando disciplinou as Diretivas Antecipadas da Vontade no contexto da ética médica.

Em seu artigo 1º, define as 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”.

O médico apenas não cumprirá as disposições das DAVs quando estas não estiverem em conformidade com o Código de Ética Médica (Artigo 2º, parágrafo 2o), e estas devem prevalecer sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre a vontade dos familiares (Artigo 2º, paragrafo 3º). As referidas resoluções passaram a constituir um avanço na discussão, no Brasil, sobre a morte digna. Com isso, o doente passou a ter o

⁸⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2007/111_2007.htm, acesso em 26 de outubro de 2015.

⁸⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1995/2012**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf, acesso em 26 de outubro de 2015.

“direito” de morrer dignamente, evitando-se medidas desproporcionais que apenas prolongam o seu sofrimento.

Na sentença da Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, movida pelo Ministério Público Federal (MPF), a mesma suspendeu liminarmente os efeitos da Resolução 1995/2012 e seus efeitos. Em sua argumentação, o MPF, aduziu que o Conselho Federal de Medicina (CFM) não tinha o poder de regulamentar uma conduta médica que é tipificada como crime, além de tal recurso poder ser utilizada indevidamente por familiares e pelos médicos.⁸⁸

Somente após 03 anos, a justiça federal revogou a referida liminar, julgando improcedente o pedido do MPF que considerava a medida inconstitucional. Considerou a decisão o fato que a ortotanásia, diferente da eutanásia, não se constitui crime de homicídio, e, além disto, o CFM tem competência para editar a resolução que a regulamenta, por não se tratar de direito penal e sim de disciplina e ética médica.

A decisão final apesar de não legalizar as DAV's no país, pois não tem força de lei, trouxe a discussão sobre a vontade do paciente em relação ao seu tratamento, a participação da família no cumprimento deste, além do esclarecimento sobre o conceito de ortotanásia e eutanásia, não havendo qualquer relação com esta.

Conforme afirma Luciana Dadalto⁸⁹ :

“Percebe-se assim, que os principais objetivos da declaração prévia de vontade do paciente terminal é garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento de terminalidade da vida e proporcionar ao médico um respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflituosas.”

Além da resolução 1995/2012, encontramos no estado de São Paulo a lei 10.241/99 (Lei Mario Covas) que, em seu artigo 2º, inciso XXIII, prevê que o paciente possa recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para prolongar a vida. Entretanto, a validade para as decisões do paciente restringem a seu estado de capacidade, ou seja, se o paciente

⁸⁸ DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 2007.34.00.014809-3**. Sentença. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Disponível em http://www.df.trf1.gov.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc, acesso em 11 de janeiro de 2016.

⁸⁹ DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil** (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). Op. cit. p. 4.

estiver inconsciente, impossibilitado de manifestar sua vontade, não poderá manifestar a recusa ao tratamento. O mesmo direito é assegurado pelas leis 16.279 (Minas Gerais) e 14.254 (Paraná).

Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça editou em maio de 2014, na I Jornada de Direito da Saúde⁹⁰, o enunciado nº 37, que significou um passo importante no reconhecimento da legalidade, existência e importância das diretivas antecipadas no Brasil.

“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 no direito”.

A validade das diretivas antecipadas de vontade, do qual o testamento vital faz parte, como ato jurídico não se discute, uma vez que a expressão da vontade já produz efeitos, uma vez que presente os elementos essenciais do negócio jurídico dispostos pelo Código Civil: declaração de vontade, consentimento, capacidade, forma e objeto lícito.

Apesar disto, ainda é necessário uma regulamentação das diretivas de vontade, para que a autonomia do paciente possa ser garantida, proporcionando um morrer com dignidade e estabelecendo a segurança jurídica neste momento já tão delicado do fim da vida.

Entende-se por segurança jurídica⁹¹:

“o cidadão pode confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas”.

A falta desta regulamentação permite que a família, e até o poder público, possa buscar no judiciário, caso não concordem com as disposições das diretivas antecipadas do paciente, a responsabilidade dos profissionais de saúde, por considerar um eventual ato ilícito na prática médica.

⁹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_kornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saud_e.pdf, acesso em 12 de janeiro de 2016.

⁹¹ CANOTILHO, José Jorge Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 6 ed. 1995. p 373.

Acreditamos que o maior obstáculo à implementação de uma norma jurídica sobre a regulamentação das diretivas antecipadas de vontade, seja o desconhecimento pelos profissionais de saúde sobre o que seja a declaração p rvia de vontade do paciente, a falta de informa o dos pacientes sobre o direito de consentir ou não o tratamento no seu processo de doença e pela maioria dos cartórios que desconhece o documento. Deve-se manter o equilíbrio nas rela es entre a liberdade de conduta terapêutica pelo médico, o direito   integridade física do paciente e a autonomia de vontade, quando da regula o jurídica das diretivas de vontade antecipadas.

A condu o do tratamento, e até a recusa deste, depende de cada caso concreto, e acreditamos que o acompanhamento médico antes e durante a elabora o das DAV's seja um fator essencial para a confec o destas, pois permite a rela o entre o estado clínico do doente e suas convic es pessoais.

A eficácia do testamento vital   assunto complexo no mundo inteiro. No Brasil, a falta de previsão legal gera discussões e instabilidade jurídica, tendo em vista o Brasil ser regida pelo direito positivado. Ademais, a falta de conhecimento sobre as Diretivas Antecipadas implicam em interpreta es equivocados sobre esta, levando-se a entender que seja sin nimo de eutanásia.

6. REGULAMENTA O DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS NO BRASIL

O surgimento das novas técnicas, o prolongamento da vida com uso de tratamentos extraordinários e o conhecimento do paciente sobre a doença determinou a mudança de uma medicina curativa, para uma medicina paliativa, com o objetivo de evitar o prolongamento do sofrimento do paciente.

Ocorre, como já debatido, que nem sempre há um entendimento correto do que venham a ser os cuidados paliativos e as diretivas antecipadas de vontade, levando ao entendimento de ser sin nimo de eutanásia, o que gerou diversos debates acerca da autonomia do paciente em fim de vida, e a necessidade de tutela jurisdicional (com resultados dos mais diversos) sobre tais questões.

As decisões equivocadas sobre o tema Diretivas antecipadas perpassam pela falta de conhecimento a cerca do que esta venha a ser, o que preserva e os seus objetivos, ocasionando danos aos pacientes. Ainda que possamos entender as diretivas antecipadas como autonomia, e baseada no principio da dignidade humana, não existe previsão legal, no Brasil, que discipline tal matéria.

Para alguns autores a dignidade traz consigo além da força moral, uma força jurídica, fundamentação para escolhas justificadas, onde não há consenso. Na CRF (Constituição da Republica Federativa do Brasil) é um dos fundamentos da República (artigo 1º, III), sendo um fator de legitimação das ações estatais e orientação para interpretação das leis. Mantém-se, também no ordenamento jurídico brasileiro, como centro axiológico, fonte de direitos fundamentais, seu núcleo.

Como nos diz Laura Scaldaferrí⁹²:

“E, em face da Constituição de 1988, por força de sua proeminência axiológica sobre os demais valores, temos que uma das principais funções do princípio da dignidade da pessoa humana repousa, então, na circunstância de ser elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional. Em suma, o valor fonte da dignidade da pessoa humana confere uma unidade axiológico-normativa de sentido à Constituição brasileira”.

Mas, embora o princípio da dignidade humana condicione a interpretação, através do ponto axiológico-normativo, de vários dispositivos constitucionais e do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo uma relação entre o formal e o axiológico, e ainda que haja proibição de tratamentos desumanos, também previstos CRF, as DAV's não possuem uma definição e regulamentação própria.

Em virtude destas discussões, que colocam o paciente em uma posição de fragilidade ao final de vida, não só pela sua doença, mas pela necessidade de proteção de sua autonomia, surge a necessidade de uma adequação jurídica, através da normatização das Diretivas Antecipadas.

Concordamos que as DAV's (tendo como uma de suas expressões o testamento vital), no ordenamento jurídico brasileiro, sejam válidas, fundamentada na interpretação do principio da dignidade humana, da liberdade, dos direitos de personalidade e no artigo 5º,

⁹² PESSOA, Laura Scaldaferrí. **Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna**. Op. cit. p. 61.

III da CF/88 que proíbe o tratamento desumano e degradante(interpretação extensiva para os tratamentos extraordinários, que atinge a dignidade humana), mas ela não é vinculativa. Faz-se necessário garantir o cumprimento destas vontades de eficácia futura.

O direito a recusa de tratamento também está previsto no ordenamento civil brasileiro, em seu artigo 15 do Código Civil/2002 “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. A grande questão da recusa, através das diretivas antecipadas, é que a recusa se dá em um momento posterior, pois não há risco de vida iminente, mas a morte é decorrente do curso natural da doença, sendo inevitável.

Sendo assim, a previsão do artigo 15 também poderia abranger estes casos de recusa prospectiva, o que não ocorre. Também o código de ética médica brasileiro⁹³, em seus artigos 22 a 24 estabelece a necessidade de consentimento do paciente para a prática médica, garantindo o direito do paciente de decidir livremente sobre si e seu bem estar.

Ocorre que, sem uma regulamentação, a aplicação das diretivas tem caráter indicativo e não vinculativo⁹⁴, gerando insegurança para o paciente quanto à validade da sua tomada de decisão, aumentando o conflito familiar na tomada de decisão, e possibilitando a responsabilização civil do médico (se este, por exemplo, agisse de acordo com a diretiva do paciente, da qual a família não concorda ou se negasse a cumprir a DAV)⁹⁵.

6.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de abordarmos a necessidade de regulamentação das diretivas antecipadas, se faz necessário abordar a responsabilidade médica, isto porque, a falta de regulamentação

⁹³ CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. **Resolução CFM N° 1931, de 17 de setembro de 2009**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122, acesso em 20 de janeiro de 2017.

⁹⁴ Discordamos neste ponto da opinião da Dr^a Luciana Dadalto, para o qual o testamento vital produziria, em regra, efeito “erga omnes, sendo vinculativo (médicos, pacientes e até mesmo procurador de saúde). Isto porque o artigo 28 do código de ética médica prevê que o médico pode se recusar a praticar atos, que mesmo permitidos por lei, seja contrários a sua consciência. Desta forma, o médico pode não atender as decisões do paciente, através das diretivas antecipadas, o que só corrobora com o caráter indicativo destas.

⁹⁵ A responsabilidade médica neste aspecto mantém os pressupostos da responsabilidade civil: ocorrência do dano; a culpa médica, não a culpa fundamentada na cura, pois a principio a obrigação do médico é de meios e não de resultado, mas a culpa pela não aplicação do conhecimento técnico adequado, da “leges artis”; supõe-se um nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta médica.

no Brasil, ainda que exista resolução do CFM, não afasta a responsabilidade civil do médico, em alguns casos.

Nos dizeres de Hipócrates: “Aos doentes tenha por hábito duas coisas: ajudar, ou pelo menos não produzir danos”, entretanto, às vezes os danos ocorrem, causando prejuízos que devem ser reparados, e no próprio juramento de Hipócrates está implícito a responsabilidade de cumprir o que foi prometido, e aqui poderemos entender o cumprimento da vontade do paciente, expressada na diretiva antecipada.

O não cumprimento do dever jurídico (ação/omissão na prática médica) é que leva a responsabilidade, e a necessidade de reparação do dano sofrido. A responsabilidade civil é a obrigação do agente (lesante) causador do dano em reparar o prejuízo causado, ou seja, obrigação de indenizar.

Como regra, a responsabilidade civil deve ser pautada na culpa, só ocorrendo a responsabilização objetiva (pelo risco) como exceção. Alguns pressupostos devem estar presentes para que surja o dever de indenizar: fato, ilicitude, dano, culpa e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do lesante. A responsabilidade civil consiste no conjunto de fatos que desencadeia um dever de indenizar os danos sofridos por outrem, podendo ser classificada em responsabilidade por culpa (subjetiva) ou pelo risco (objetiva), e delitual (extracontratual) ou obrigacional (contratual).

Surge então a obrigação de reparar, em virtude da violação dos direitos absolutos, da falta de cumprimento das obrigações, seja em decorrência da lei ou de contratos. O dano causado deve ser reparado, mediante uma obrigação de indenização, onde o que se espera é que a situação anterior (caso o evento não tivesse ocorrido) seja restaurada.

A grande questão é saber quem deve reparar o dano: o próprio lesado deve suportar o prejuízo sofrido ou pode-se exigir essa reparação a outra pessoa. Embora a responsabilidade civil possua uma função primariamente reparadora (indenizatória), desempenha também uma função de caráter preventivo, sancionatório ou repressivo.

6.1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

O Código Civil Português consagra a responsabilidade civil subjetiva⁹⁶ como regra, em seu artigo 483, 1, do Código Civil, sendo a culpa do lesante o cerne para a sua responsabilização.

A responsabilização do agente se deve pela conduta ilícita ou censurável, determinando o caráter sancionatório da reparação (para além da reparação). A censura pelo comportamento do agente (conduta) só ocorre se este sabia ou deveria saber o ilícito do seu comportamento, e se poderia escolher conduta diversa.

De modo geral, a culpa é o pressuposto básico para as ações de responsabilidade, cabendo ao lesado a prova da culpa do lesante, salvo se houver presunção legal de culpa. Nestas situações, em que há previsão da presunção da culpa, não a devemos confundir com a responsabilidade objetiva.

Na presunção de culpa, o lesado apenas se desincumbiu do ônus da prova, mas ainda cabe ao lesante demonstrar que não agiu com culpa. Na responsabilidade objetiva o dano é ressarcido, independente da culpa do agente, pois basta a ocorrência do dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade⁹⁷. O nexo causal sustenta a reparação do dano. Já na responsabilidade subjetiva, para além da culpa, são exigíveis: fato jurídico, ilicitude, dano e nexo causalidade (entre fato e dano).

6.1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Existem situações em que a responsabilidade prescinde de demonstração de culpa, como na responsabilidade objetiva ou responsabilidade pelo risco. Entretanto, tal situação é excepcional, e a previsão para a sua aplicação é legal (art. 483/2 CC).

Podemos ainda encontrar hipóteses de responsabilidade objetiva na Lei da Investigação Clínica (art. 15º/1, L 21/2014 de 16 de Abril), DL n.º 168/2015, de 21/08

⁹⁶ Conforme artigo 483º, nº 1, CC estabelece que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

⁹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

(Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, artigo 9); e Utilização de Material Radioativo (DL 180/2002, 8/8).

A responsabilidade civil objetiva surge da possibilidade de obter o ressarcimento de um evento danoso, mesmo quando o comportamento culposos, ou ilícito, do causador do dano não puder ser provado. Isto porque nem sempre a culpa pode ser provada, ainda que exista, o que levaria a uma injustiça, onde apenas a vítima suportaria o ônus (dano), sem perspectiva de nenhuma reparação.

Alguns autores defendem que a responsabilidade médica possa ser aplicada a responsabilidade objetiva, uma vez que sendo os pressupostos de responsabilidade civil subjetiva difícil para o lesado preencher, estes teriam os danos reparados, sem que houvesse necessidade de verificação da culpa, desde que os prejuízos fossem severos e duradouros.

Os modelos escandinavos seriam assim referência para a responsabilidade objetiva, por adotar a responsabilização médica, independente de culpa, cabendo apenas a verificação da lesão, e se esta poderia ter sido evitada, ou até mesmo prevenida. Atente-se para o fato que o ressarcimento dos danos é pago por um sistema de seguros contratado pelos prestadores de serviços (médicos).

Somos da mesma opinião que Mafalda Miranda Barbosa⁹⁸ quanto aos modelos escandinavos que não correspondem à responsabilidade civil, e seu caráter de prevenção, punição e ressarcimento, e sim um modelo assistencialista e de proteção aos prestadores de serviços.

Admitir os sistemas securitários como forma de reparação a um prejuízo causado implica em retirar da esfera civil o caráter preventivo da sanção, ou seja, se as indenizações na esfera civil têm por objetivo evitar que possam ocorrer condutas semelhantes, na reparação através dos seguros o caráter preventivo estaria eliminado⁹⁹. O médico teria a

⁹⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Responsabilidade Subjectiva, Resposanbilidade Objetiva e Sistemas Securitários de Compensação de Danos: Brevíssimas Notas a Propósito das Lesões Causadas pelo Profissional de Saúde**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXVIII. Separata. Universidade de Coimbra. Coimbra. 2011.

⁹⁹ Para Carla Gonçalves, a responsabilidade civil não tem por objetivo apenas punir o lesante (caráter sancionatório), como acontece na esfera penal e disciplinar, mas também de reparar o dano (caráter

certeza da impunidade, por não ter a necessidade de responder por suas ações/omissões perante os pacientes, nem tribunais.

A responsabilização pelo ressarcimento do dano fundamenta-se na ideia de risco. Foi na seara do acidente de trabalho, contudo, que a responsabilidade objetiva surgiu, considerando justo que se há lucro em uma determinada atividade, este deve suportar também os encargos, e neste caso, as indenizações por acidente de trabalho. Após a sedimentação da responsabilidade pelo risco, na área dos acidentes de trabalho, outros setores passaram a admitir a responsabilidade objetiva, como no exercício da medicina (Ensaio clínico, Doação de órgãos e Exposição de pacientes à radiações)¹⁰⁰.

Na área médica, nos parece que não exista atividade sem risco, uma vez que este é inerente à prática da medicina. Portanto, embora a prática médica seja uma atividade de risco (risco de indicar tratamento que leve a efeitos adversos, risco complicações pós-operatório), seria leviano pretender aplicar a responsabilidade pelo risco em todos os casos.

Cabe dizer, portanto, que nem todo risco imputa uma responsabilidade objetiva, uma vez que nenhuma atividade é isenta de risco. Considerando pela natureza, algumas atividades tem o risco intrínseco, como na prática médica, devendo ser tolerado nestas situações. A doutrina trata a teoria do risco com excepcionalidade, admitindo a prova da culpa como excludente de responsabilidade.

Encontramos aqui a ideia de que o risco deve ser garantido, e desvinculado da culpa, ante a dificuldade do lesado prova-la. Portanto, quem cria riscos potenciais de dano para os outros, em razão de sua atividade, deve suportar os ônus correspondentes.

reparatório). Acrescenta ainda a ideia do caráter preventivo da responsabilidade civil, o que leva o lesante, para evitar uma em suas condutas, para evitar o dano.

¹⁰⁰ Nestes casos, conforme observa Carla Gonçalves, a ideia do legislador foi dar maior proteção aos participantes dos ensaios clínicos (que prestam um papel social importante), ao doador (conforto pelo risco que impôs a sua saúde) e nos pacientes expostos a radiação pela gravidade dos danos que possa suportar), facilitando a reparação dos danos para estas pessoas. Gonçalves, Carla. A responsabilidade Médica Objetiva. In: Responsabilidade Civil dos Médicos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenação: Guilherme de Oliveira. Coimbra Editora, 2005, p. 373-374.

Como observa Carla Gonçalves¹⁰¹, a teoria do risco não visa eliminar da responsabilidade civil, a teoria da culpa. Mas, ampliar os casos em que possa haver uma reparação ao dano sofrido pelo sujeito, sem situações que não seriam possíveis, em virtude da não comprovação de culpa existente.

Esta inclusive vem a ser uma das alegações para a aceitação da responsabilidade objetiva na seara da medicina, onde muitas vezes, o lesado suporta sozinho o dano, permitindo, assim, uma maior facilidade no ressarcimento do prejuízo¹⁰². Ainda assim, constitui uma exceção á regra.

Temos, assim, a responsabilidade objetiva em duas situações: quando prevista em lei e quando a atividade desenvolvida pelo lesante implicar em risco a esfera do direito de outro sujeito.

A responsabilidade civil objetiva não afasta a incidência da culpa, ela pode existir ou não, mas ela não será o principal motivo a determinar a reparação do dano ao lesado, por entender que em muitos casos pode não resolver o cerne da questão de maneira satisfatória. Assim, a responsabilidade civil objetiva pode ser uma saída capaz de atender aqueles casos de danos sem culpados, e permitir uma justa repartição dos prejuízos.

6.1.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil pode ter ainda natureza contratual ou extracontratual. Embora haja distinção entre os dois regimes, a obrigação de indenização resulta de um único regime, previsto no artigo 562º e ss. do CC.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carla. **A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa**. Coimbra Editora, 2008, p. 38.

¹⁰² Cabe esclarecer que a própria lei impõe que para cobrir eventuais danos, seja adotado um seguro obrigatório. O profissional médico, em virtude deste seguro, nem sempre terá que suportar os encargos pela indenização. Na lei de ensaios clínicos (Lei nº 46/2004), o ônus do seguro obrigatório cabe ao laboratório farmacêutico. O DL n.º 168/2015, de 21/08 (Colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana prevê que o ônus do seguro seja de responsabilidade do Hospital que realizou a colheita. Já no DL nº 348/89 (Exposição dos pacientes a radiações) cabe ao diretor das instalações a adoção do seguro.

A responsabilidade civil contratual surge quando há o incumprimento de uma obrigação (arts. 798 e ss CC), em uma relação já existente. Ou seja, existia previamente entre o lesante e o lesado uma obrigação de prestação, e quando esta não é cumprida, há violação de um dever primário (obrigacional), cuja consequência é o dever de indenizar.

A violação de um dever geral de conduta (arts. 483º e ss CC), sem existência de relação prévia entre as partes (é o fato gerador que origina a relação), leva à responsabilidade extracontratual (ou aquiliana). Existe uma lesão ao direito de outrem (art. 483, nº1) ou a violação da ordem jurídica (lei), caracterizando o ilícito culposos, que gera a obrigação de indenizar. Para além do ilícito, deve haver ainda a culpa. Portanto, enquanto na primeira ocorre um incumprimento contratual, na segunda ocorre uma lesão a um direito absoluto, mas, ainda que sejam institutos diferentes de responsabilização, possuem aspectos comuns, como a determinação do cálculo e a forma de indenização e o nexo de causalidade¹⁰³.

Entretanto, apresentam mais diferenças, que proximidades: os prazos prescricionais (responsabilidade contratual, vinte anos- art.309º e responsabilidade extracontratual, três anos- art. 498º); ressarcibilidade dos danos patrimoniais (extracontratual- art.483º, nº1 e contratual 798º); ónus da prova, onde há presunção de culpa na responsabilidade contratual (art. 799º), cabendo ao lesante demonstrar que não agiu com culpa, e na responsabilidade extracontratual, cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão (art.487º, nº1) e a pluralidade passiva (art. 497º, princípio da solidariedade- extracontratual).

Para alguns doutrinadores, para um mesmo fato pode existir a responsabilidade contratual e extracontratual. Existem posições que adotam o cúmulo das responsabilidades e os que defendem a aplicação da responsabilidade contratual, pelo princípio da consunção.

¹⁰³Entre as principais teorias que explicam o nexo de causalidade, temos: A equivalência de condições ou *conditio sine qua non*, segundo a qual o dano não se teria produzido sem a ação (fato). A doutrina seletiva considera a última condição ou a mais próxima do evento, como a causa do dano. A teoria da causalidade adequada, acolhida pela legislação portuguesa (artigo 563º CC), estabelece que a causa de um dano, em abstrato, deve ser a adequada para produzi-lo. A teoria da causalidade adequada utiliza a teoria da *condition sine qua non* (condição necessária), mas prevê uma situação em abstrato, levando em consideração a experiência de vida, para que o dano possa ter sido produzido. Nesta teoria várias situações podem produzir o evento (dano), porém apenas uma é a apta para produzi-lo, sendo a sua causa.

6.2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DIANTE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Se de um lado vimos crescer o avanço da medicina, de seus recursos em diagnóstico e tratamento, por outro, o acesso à informação tornou o paciente mais participativo no processo de sua doença, tomando para si a responsabilidade, a autonomia na decisão dos cuidados e tratamentos a que deva (ou queira) ser submetido, e a busca pela reparação por um dano sofrido.

Ainda que os profissionais de saúde exerçam sua atividade com habilidade, conhecimento, respeitando a “leges artis”, não está isento de ocasionar um dano em seus pacientes, isto porque a medicina não é uma ciência matemática. Difícil questão é classificar tal conduta como um comportamento culposo ou apenas imprevisível, e com isto proteger o direito dos pacientes.

Diferente do Código de Hamurabi, cerca de 1000 anos a.C, que previa penas graves para os médicos que causassem sofrimento aos doentes, por imperícia ou negligência, a medicina evoluiu dentro de um contexto de superioridade, onde os danos causados aos doentes passaram a ser mero acaso, fatalidade, não havendo outra escolha para o paciente, quando diante de uma lesão, que a resignação.

A reparação do dano e a tutela dos direitos do paciente ainda parece ser um longo caminho a ser percorrido. Sinde Monteiro¹⁰⁴ relaciona o número reduzido de ações nos tribunais portugueses sobre responsabilidade médica com a expansão dos seguros sociais, e a resignação dos pacientes diante dos danos suportados, ao invés de requerer sua reparação. No Brasil, a realidade não nos mostra ser diferente.

Para Mafalda Miranda Barbosa¹⁰⁵, em sua análise sobre a jurisprudência portuguesa, uma das explicações para o fracasso judicial seriam as dificuldades que o

¹⁰⁴ MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade Médica em Portugal**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa 1984.

¹⁰⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. **A Jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte**. Cadernos de Direito Privado. Ano nº 38 Abril/Junho 2012. p. 22. Neste mesmo estudo, a Doutora observa que até bem pouco tempo os processos judiciais, com objetivo de reparação de um dano médico, eram inexistentes. Apesar do aumento dos casos, a jurisprudência não é unânime quanto à

lesado tem, seja na obtenção de provas, ou na própria comprovação do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Em seu estudo relaciona os insucessos obtidos na responsabilização médica ao ônus probatório que incube ao lesado na ação:

“a) A maior parte das acções decai pela falta de pressupostos da responsabilidade civil. Percebe-se, pela fundamentação dos arestos, que, em muitos casos, o verdadeiro busfils da questão não se encontra no não preenchimento do requisito em si, mas na falta de produção de prova relativamente a ele. Ou seja, em diversas situações, o absolvição do demandado não se justifica pelo fato de a factualidade existente não ser assimilada pelo âmbito de relevância hipotético do instituto da responsabilidade civil, mas é determinada pelo facto de não ser possível apurar concretamente qual a verdade material e resulta do funcionamento das cargas probatórias. Uma coisa é, conhecida a verdade material, considerar-se que o comportamento não foi ilícito, culposo, ou que não se pode estabelecer um nexo de causalidade; outra é fixar-se que não houve ilicitude, culpa ou causalidade, porque não se conseguiu saber, realmente, o que aconteceu”.

Dito isso, passemos então a analisar a responsabilidade médica na relação médico-paciente, e especificamente em relação às DAV's, que embora compreenda várias áreas, como penal (Infração normas), ética (disciplinar- sujeição ao código ética médica), administrativa (vinculação aos estabelecimentos públicos de saúde), para nós, interessa a esfera civil (obrigação de reparar o dano).

A responsabilidade médica é entendida em seu conceito amplo, como a responsabilidade de médicos, enfermeiros, dos profissionais de saúde. Entretanto, apenas para fins deste trabalho, consideraremos a responsabilidade médica, em sentido restrito (apenas do médico), em virtude de ser este o responsável pela determinação do cumprimento da vontade do paciente, expressa nas diretivas antecipadas de vontade.

Como regra geral, a responsabilidade médica, enquanto derivada do instituto da responsabilidade civil, é subjetiva, ou seja, pressupõe a existência de culpa do agente, e é esta quem vai determinar o ressarcimento ao lesado do seu prejuízo. A responsabilidade civil ainda pode ser determinada, em conformidade com a lei, como responsabilidade contratual (obrigacional) ou extracontratual (aquiliana), esta apenas por fatos ilícitos.

Durante o século XIX, em alguns países europeus, a responsabilidade médica era exclusivamente de natureza extracontratual. Na França, até 1936 (Acórdão Cour Cassation)

reparação do dano, tampouco generosa. Prova disso é que dos 23 acórdãos consultados em seu estudo, apenas 09 determinaram o ressarcimento do dano (patrimonial ou não patrimonial) ao paciente.

¹⁰⁶, considerava-se a responsabilidade médica como extracontratual em virtude da lesão causada a integridade física, enquanto direito de personalidade (absoluto).

Desta forma, a responsabilidade médica, via de regra, é de natureza contratual (violação de um dever especial), aceitando-se a hipótese da natureza extracontratual (violação de um dever geral) como exceção, e nos casos de urgência, incapacidade civil sem representante legal ou em casos de nulidade do contrato.

Devemos chamar a atenção desde já para o “certo resultado” do trabalho médico, uma vez que o resultado está na conduta do médico, em aplicar seus conhecimentos e técnica, com cuidado e vigilância, atentando para o princípio da “leges artis” na determinação do tratamento mais adequado e, evitando a produção de danos ao paciente.

Portanto, o contrato estabelecido entre médico e paciente gera direito e obrigações para as partes, em uma posição de igualdade e autonomia, bem como de tutela destes direitos, dos quais fazem parte a informação, o acesso aos prontuários e o consentimento informado. Neste ponto, consideramos as diretivas antecipadas como consentimento informado do paciente, ainda que prospectivo, e deve o médico, nesta relação médico-paciente cumprir com o quanto disposto nela, em virtude da relação contratual estabelecida entre as partes, sob pena de responsabilização civil.

Embora seja majoritária a doutrina quanto à responsabilidade contratual¹⁰⁷, não é pacífica na jurisprudência, que aceita com já vimos anteriormente, a cumulação das responsabilidades (Mafalda Mirada Barbosa, Sinde Monteiro, André Dias Pereira), a opção por uma ou outra (escolha do lesado) e a teoria da consunção.

Quanto à teoria da opção, cabe ao lesado escolher qual a via de tutela dos seus direitos, a contratual ou extracontratual. Tendo-se em conta que na responsabilidade extracontratual, cabe ao lesado provar a culpa do lesante, e que o lesado enquanto parte

¹⁰⁶ Com a decisão de 20 de Maio de 1936 da Câmara Civil da Cour de Cassation, a relação entre médico e paciente passa a ser admitida como um contrato, sendo a responsabilidade, a contratual.

¹⁰⁷ Ainda que falte tipicidade legal (pois não é um contrato típico), podendo ser considerado, inclusive, como contrato de empreitada, dúvidas não há sobre a natureza de contrato civil que rege o contrato de prestação de serviços médicos.

hipossuficiente da relação, considerando não só a condição econômica, mas intelectual (conhecimento científico), nos parece um risco maior ao lesante optar por esta via.

Autores como Guilherme Oliveira ¹⁰⁸, consideram a responsabilidade civil médica numa concepção dualista, com a confluência dos dois regimes típicos da responsabilidade civil: contratual e extracontratual.

Da mesma opinião comunga André Dias Pereira ¹⁰⁹, que entende que a opção por uma ou outra tutela não é a saída mais adequada, pois contraria os Direitos da Medicina e a proteção a uma indenização pelo dano injusto, por estabelecer uma solução engessada e formal. Deve ser, segundo este autor, adotada a cumulação por responsabilidades, onde a tutela os direitos da personalidade, será pela via extracontratual:

“Os argumentos a favor da tese da opção não nos convencem, devendo “o concurso de pretensões, por cumulação de responsabilidades” ser aceite, no direito português. Os direitos da personalidade da pessoa doente (máxime a integridade física e psíquica) gozam de proteção absoluta, por via da responsabilidade extracontratual (arts 70º e 483º). Com base neste regime há um “acquis” de proteção, designadamente o regime da responsabilidade solidária (art. 497º), que não pode ser limitado, se o paciente vier a lançar mão de normas da responsabilidade contratual, que no caso lhe sejam favoráveis, designadamente o prazo de prescrição (art. 309º) e o regime do ónus da prova da culpa (art. 799º, nº 1)”.

O entendimento para esses autores reside no fato que a relação obrigacional, ensejaria a natureza contratual da relação (violação contrato prestação de serviços); por outro lado, não haveria relação obrigacional quando há violação de direitos absolutos, como o direito de personalidade (integridade física do paciente), ocasionando uma responsabilidade extracontratual. Podem coexistir situações diversas, no mesmo evento danoso, o que levaria a responsabilidade contratual e extracontratual.

Entretanto, mesmo com o concurso de responsabilidades, isso não atinge os sujeitos, nem o fato, ou seja, não existem dois danos ou duas condutas diferentes, o que

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Responsabilidade Civil em Instituições de Saúde: Problemas de Ilicitude e de Culpa**. In: Responsabilidade Civil dos Médicos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenação: Guilherme de Oliveira. Coimbra Editora, 2005.

¹⁰⁹ PEREIRA, André Dias. **Responsabilidade Civil: O Médico entre o Público e o Privado**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXIX. Tomo I. Separata. Universidade de Coimbra. Coimbra 2013, p. 283-284.

ocorre, segundo entendimento destes autores, são formas diferentes de proteção ao lesado, com a tutela pela via contratual e extracontratual.

Nossa opinião é pela teoria da consunção, por entendermos que não há renúncia à proteção dos direitos, uma vez que o artigo 496º CC também inclui os danos não patrimoniais na fixação da indenização: “na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela gravidade, mereça tutela do direito”. Ademais, a via da tutela contratual é mais favorável ao lesado.

Concordamos ainda com Pinto Monteiro quanto à ideia de que mesmo que ocorra lesão a um direito absoluto (bens não patrimoniais), a regra da natureza contratual deve ser considerada, uma vez o dano foi gerado dentro de uma relação contratual, estando o dever de reparação pelo dano não patrimonial, previsto na responsabilidade extracontratual, absorvido pela responsabilidade contratual¹¹⁰.

Ainda que se observem diferenças na reparação do dano, os pressupostos da responsabilidade são comuns à responsabilidade contratual e extracontratual, devendo estar presentes: a ação do lesado (ação ou omissão), a ilicitude, o nexo de imputação (dolo ou negligência), o nexo causalidade (teoria da causalidade adequada) e o dano.

Considerando o disposto no artigo 150º do Código Penal Português¹¹¹, a ilicitude só estará presente se a conduta médica ou cirúrgica não estiver em acordo com a “leges artis”, o que ocasiona o cumprimento defeituoso da prestação principal (aplicação do tratamento médico adequado).

¹¹⁰ MONTEIRO, A. Pinto. **Sobre a reparação dos Danos Morais**. Revista Portuguesa do dano Corporal, Set. 1993, n° 1, 1º ano, p. 23. O Prof. Pinto Monteiro considera que “quando há ofensa a bens não patrimoniais de que resultem danos não patrimoniais, mas essa ofensa ocorre no cumprimento de um contrato (v.g., de prestação de serviços, seja ele médico, de patrocínio judiciário ou qualquer outro), parece-me fora de dúvida que o credor/lesado poderá ter o direito à reparação por danos não patrimoniais. Estes danos provêm da violação ilícita de um direito de personalidade (a vida, a integridade física, a honra, o bom nome, e reputação, em suma, de ofensa a qualquer aspecto de integridade física ou moral: cfr. Art.70º) que gera responsabilidade extracontratual; contudo, ocorrendo essa violação na execução de um contrato, os danos daí resultantes assumem natureza contratual, pois o dever de *neminem laedere* (que funda a responsabilidade extracontratual) é absorvido, estando em causa comportamento ligado ao fim do contrato, nos quadros da responsabilidade contratual”.

¹¹¹ Artigo 150º, n° 1, CP- As intervenções e tratamentos que, segundo o estado de conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se considera ofensa à integridade física.

Como pondera Jorge Sinde Monteiro¹¹² “A qualificação de um determinado acto como ilícito pressupõe sempre a violação pelo agente de uma norma de conduta. Esta pode não estar com precisão descrita na norma (de direito escrito ou não escrito) ou resultar do reconhecimento pela ordem jurídica de direitos subjectivos dotados de eficácia erga omnes”.

O ato ilícito, pela maneira de agir do agente, pode ocorrer não só pela inobservância da “leges artis”, mas qualquer violação à lei (interrupção da gravidez nos casos não previstos, ausência de consentimento esclarecido), regulamentação (exercício ilegal da medicina) ou princípios que regulam a relação médico-paciente¹¹³.

Se comprovado ato ilícito, com lesão dos direitos alheios, há o dever de indenizar (Artigo 483º, nº1 CC). Devemos entender, contudo, que os direitos alheios não são apenas os interesses, mas também os direitos subjetivos de alguém.

A responsabilidade civil médica alicerça-se na culpa (artigos 483º, nº 1CC e 798º CC)¹¹⁴, só se presumindo a culpa (artigo 799º, nº1, CC) se a obrigação for de resultado. Para a responsabilidade contratual, é suficiente a demonstração do inadimplemento do contrato, isto é, que o resultado esperado no contrato não ocorra (o tratamento utilizado não ocorreu de acordo com as “leges artis”). Sendo a culpa presumida, cabe ao médico provar causas excludentes de culpa. Na responsabilidade extracontratual, cabe ao lesado demonstrar a culpa.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, parágrafo 4º, estabelece que a responsabilidade civil do profissional liberal seja apurada mediante a verificação de culpa.

Da mesma forma, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 951, impõe o dever de indenização a quem, no exercício de atividade profissional e em razão da negligência,

¹¹² MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações**. Almedina. Coimbra, 1989. p. 176.

¹¹³ Em Portugal, não existe regulamentação da relação médico-paciente, estando o direito médico português previsto nas Leis de Base da Saúde (Lei 48/90-referencia me civil I), no Código Penal, na Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina e na Constituição da República Portuguesa (CRP).

¹¹⁴ Apesar do artigo 483º, nº 1 CC fazer referência “ao dolo ou mera culpa”, nos parece inconcebível o entendimento que o médico venha a agir com dolo quando do exercício de suas atividades.

imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar lesão ou inabilitar para o trabalho. A responsabilidade objetiva, segundo o artigo 927 do Código Civil, ocorre em situações específicas (atividade de risco) e determinadas por lei, não se aplicando à responsabilidade médica. A legislação pátria considera ainda a relação médica, uma relação contratual.

A determinação da culpa (em abstrato) é analisada segundo os critérios legais, pela diligência que teria um bom pai de família¹¹⁵. É evidente que este critério deve ser analisado em cada caso concreto, especialmente na área médica, onde a maior técnica e especialização eleva o critério ao especialista. Isto é, sendo a avaliação de culpa relacionada a uma conduta cirúrgica, não se pode esperar que o médico cirurgião tivesse o mesmo conhecimento e diligência de um médico de família, ao contrário, deveria ter um dever de diligência maior que este, em virtude de sua mais alta especialização.

Avaliando todas estas questões, nos surge o questionamento da responsabilização médica diante das DAV's. Isto porque, não só ainda exista uma grande confusão conceitual entre eutanásia, ortotanásia, cuidados paliativos e diretivas antecipadas de vontade, como também por não haver uma lei específica para as diretivas antecipadas no ordenamento brasileiro.

Isto se deve ao fato da responsabilidade médica, como observamos, estar atrelada a violação de uma conduta profissional imposta pela lei, pelo costume ou por um contrato, e que tenha causado um dano¹¹⁶ patrimonial ou extrapatrimonial. Então, surge a primeira dificuldade, como classificar o dano pelo incumprimento das diretivas antecipadas?

Importante também ressaltar que sendo a responsabilidade médica subjetiva, imprescindível a demonstração de culpa na ocorrência do dano, para a reparação deste. Ocorre que na falta de cumprimento pelo médico, das disposições contidas na diretiva antecipada, o dano é causado na autonomia do paciente, e como seria possível a definição da extensão deste dano, para sua reparação?

¹¹⁵ A apreciação da culpa, prevista no artigo 487º, nº 2, tem como critério a diligência de um bom pai de família, um homem normal, um bom cidadão. Na esfera médica, em virtude das especialidades, a exigência não é a mesma, onde a maior especialização define um comportamento acima do homem médio, mas em atenção aos seus pares, com igual qualificação. Cabe dizer que a medida que o médico se especializa, se reduz o lastro de permissão para o erro.

¹¹⁶ O dano é entendido como a ofensa aos bens ou interesses protegidos pela norma.

Por outro lado, ainda que o médico adote uma conduta humanizada, respeitando a vontade do doente e de seus familiares, o risco de sofrer qualquer penalização (ética, administrativa, civil ou penal) irá leva-lo a adotar uma conduta paternalista, e muitas vezes próxima de tratamentos fúteis e extraordinários. Este receio invalida a tomada de decisão do paciente, sendo adotadas medidas baseadas no princípio do melhor interesse do paciente, mas que, na verdade, são contrárias aos interesses do paciente, expresso através das diretivas antecipadas.

Parece-nos que, ainda que não exista uma lei regulamentando a diretiva antecipada, ela seja válida no ordenamento jurídico brasileiro, por se tratar de um consentimento do paciente-ainda que prospectivo, dentro de uma relação contratual médica, o que atrai para si os fatos consubstanciadores da responsabilidade civil contratual.

O consentimento, ou dissentimento, nos casos da diretiva antecipadas, é condição indispensável para a relação contratual médico- paciente. Chamamos ainda à atenção que, considerando a diretiva como um consentimento informado, a ausência de informação adequada para a elaboração da diretiva antecipada de vontade também seria passível de responsabilização civil do médico. Isto porque, ainda que a intervenção médica esteja em consonância com a “leges artis”, a falta de informação sobre os riscos, diagnóstico, prognóstico, tratamentos possíveis e alternativos levaria a uma deficiência no dever de informar, havendo responsabilização do médico em virtude do não cumprimento do dever de informação, e não pelo incumprimento da diretiva antecipada.

Caso o paciente tivesse sido corretamente informado (informação objetiva, completa e acessível) sobre as consequências do tratamento e a impossibilidade de cura, ou seja, caso fosse corretamente informado, teria recusado o tratamento proposto, porque extraordinário, e determinando nas diretivas quais tratamentos aceitaria ser submetido, com o mínimo dano a sua integridade física.

Quanto ao incumprimento da diretiva antecipada, ocorre uma lesão ao direito absoluto, representada pela violação à autodeterminação do paciente, uma vez que o médico, ao decidir por manter os tratamentos extraordinários, a despeito da decisão contida na DAV, faz-se substituir pelo paciente, tomando seu lugar na tomada de decisão. Desta

forma, a violação da autonomia do paciente reflete a responsabilidade civil extracontratual que, pela teoria da consunção, é absorvida pela responsabilidade civil contratual.

O médico ainda pode responder pelos crimes de homicídio; induzimento, instigação, auxílio a suicídio e omissão de socorro (todos previstos no Código Penal brasileiros, em seus artigos 121; 122 e 135). Diferente do incumprimento das diretivas, cuja responsabilidade inicialmente é civil, nos casos de eutanásia, a responsabilização se dá na esfera penal.

Entretanto, para além da responsabilidade médica, a falta de positividade sobre as diretivas antecipadas de vontade levam a posições jurisprudenciais e doutrinárias que entram em conflito não só com a autonomia do paciente, mas levam a situações de distanásia, prolongando o sofrimento do paciente, produzindo danos muitas vezes irreparáveis.

Cabe, mais uma vez, ressaltar que tais decisões refletem o desconhecimento pelo magistrado ou a confusão entre os institutos da eutanásia, ortotanásia e cuidados paliativos, o que implica em decisões equivocadas, demonstrando um conflito judicial.

Entretanto, esbarramos no obstáculo legal da diretiva, que apesar de válida no ordenamento jurídico brasileiro, não é regulamentada. O seu caráter indicativo desvincula o médico do seu cumprimento, e de uma possível responsabilização.

Assim, acreditamos que a regulamentação das diretivas antecipadas no Brasil é uma necessidade para garantir a autonomia dos pacientes diante de questões de fim de vida, evitando decisões judiciais contrárias a vontade do paciente e assegurando a responsabilidade civil médica, pelo seu incumprimento.

7. A IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS NO BRASIL

A vontade da pessoa é legítima quando se trata de disposições acerca de sua personalidade. Legitimar as diretivas antecipadas é garantir tranquilidade e segurança

jurídica, garantir que a vontade do doente prevalecerá, em uma situação em que não possa manifesta-la, ainda que futura.

Faz-se necessário desta forma resguardar a autonomia individual no fim de vida, e a manifestação de vontade, ainda que prospectiva, e de forma válida, acerca de quais condutas devem ser realizadas e quais evitadas, que seja imune a interferência externa (médicos, família, decisões judiciais), através de instrumentalização, como a criação da lei para diretivas antecipadas.

Ocorre que também não podemos permitir que, normatizando a autonomia prospectiva, através das diretivas antecipadas, a autonomia do paciente seja excluída, e tal decisão seja passada para os familiares, como aconteceu com a Lei nº 9.434/97¹¹⁷, que alterada pela Lei 10.211/2001, atribuiu a decisão pela doação de órgãos aos familiares, desconsiderando a autonomia do paciente após sua morte. A correção surgiu na IV Jornada de Direito Civil, através do Enunciado nº 277, a respeito do art. 14 do Código Civil que entende "válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do corpo, no todo ou em parte, para depois da morte", permitindo assim que a vontade dos pacientes seja restritas aquelas situações em que o paciente não se manifestou.

Os efeitos jurídicos que se pretendem com as diretivas antecipadas não são imediatos, mas dependem da existência da situação de doença prevista na diretiva e a falta de discernimento do autor da diretiva que o impeça de manifestar sua vontade pessoal como abordamos no capítulo das diretivas antecipadas.

No Brasil, ainda que a Resolução CFM nº 1.805/2006¹¹⁸, de 09.11.2006 tenha disciplinado as condutas relacionadas a ortotánasia, ainda é insuficiente para salvaguardar a conduta médica, e validar a vontade do paciente e de seus familiares na esfera jurídica. A questão em relação a esta resolução se dá quando observamos o final do artigo "respeitada a vontade da pessoa ou de representante legal", pois se não existir um consentimento do doente, ou uma diretiva antecipada, a sua vontade não será respeitada, mas sim de seu

¹¹⁷ Lei de doação de órgãos foi alterada pela Lei 10.211/2001

¹¹⁸ Artigo 1º: É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

representante, que neste momento foge da figura legal do procurador, passando a ser apenas um membro da família.

Ressalte-se que concordamos com a resolução, e que ela está em consonância com as demais orientações mundiais, que citamos anteriormente. Atente-se que a resolução considera a eutanásia e o suicídio assistido práticas não éticas, e proibidas. O que se propõe é o reencontro do Direito e a ética.

Devemos lembrar, entretanto, que a Resolução 1805/2006 é uma orientação ética, que disciplina a conduta ético-administrativa do médico, resguardando o médico de questões frente apenas ao Conselho de ética médica, mas não o salvaguardando de um processo civil, ou penal. Isto é, a falta de uma regulamentação deixa a responsabilidade médica em aberto, ainda que a consideremos como uma responsabilidade contratual.

Por isso defendemos que deva existir um documento elaborado pelo paciente, onde este expresse suas vontades, e até mesmo que possa nomear um procurador de saúde, nos moldes da legislação portuguesa (Lei 25/2012). Isto por que, embora a sentença do processo nº 2007.34.00.01489-3 tenha mantido a legalidade da Resolução 1805/06, entendendo que a resolução era a solução mais adequada do direito em relação à face atual da medicina especializada, ainda permite interpretações diversas da jurisdição, quando esta é provocada.

Em uma decisão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul podemos observar que o julgador, em desconhecimento do que vem a ser o testamento vital, permitiu fundamentado no princípio da autonomia, e acreditando estar diante de uma situação de ortotanásia, que o médico não amputasse o pé necrosado do paciente, diante da recusa deste para o procedimento.¹¹⁹

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL (BRASIL). Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. **Primeira Câmara Cível. Processo n.º 70054988266. Apelação Cível.** Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20 de novembro de 2013. 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

Dois equívocos podemos apontar nesta decisão, primeiro que a ortotanásia utilizada para justificar a recusa do paciente, é um meio empregado diante de pacientes sem prognósticos ou sem possibilidade de cura, ao que lhe são utilizados recursos para minimizar o sofrimento, permitindo o curso natural da doença, com o desfecho da morte (por isso o termo “no tempo certo”). No caso em tela, o paciente tem possibilidade de cura, com a amputação do membro necrosado, não preenchendo o requisito de terminalidade e os meios empregados não são extraordinários, mas ordinários.

A segunda questão é o fato de o julgador confundir o testamento vital com o consentimento informado do paciente. O que houve foi o consentimento, ou melhor, dissentimento, do paciente para a cirurgia mutiladora, estando o paciente consciente da sua decisão e sendo ela atual. Questiona-se ainda a capacidade para decidir do paciente, uma vez que o mesmo se encontra com diagnóstico de depressão, o que pode dificultar sua compreensão e entendimento, pressupostos do consentimento informado. No testamento vital, a decisão, apesar de ser atual, é prospectiva, ou seja, torna-se válida quando existe uma das condições determinadas no testamento, e quando o paciente não puder expressar sua vontade, o que também não é o caso desta decisão.

Nesta mesma decisão, o Ministério Público teve melhor sorte em sua fundamentação, ao esclarecer que o idoso, além de sofrer de depressão (o que interfere no seu discernimento), corre risco de morte, em virtude da infecção generalizada caso não ocorresse a amputação do membro:

“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.”

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.

Precisamos entender que o paciente não pode ser obrigado a morrer intubado e sozinho na UTI (Unidade de Tratamentos Intensivos), e o direito não pode obrigá-lo a isso, pois seria ferir a dignidade humana. Mas também não podemos justificar a recusa a tratamentos necessários e eficazes, reivindicando para si os mesmos princípios da autonomia e da dignidade humana.

O direito tem que se aproximar do novo contexto médico, permitindo que a escolha do paciente, em situações de terminalidade, possa ser morrer em casa, ou até mesmo no hospital, mas cercado de cuidados, e pela sua família. Não podemos permitir que continuassem a ser utilizados recursos para salvar a vida do paciente, quando esta vida não pode mais ser salva, em virtude da sua condição de terminalidade. Mas, podemos deixar o curso da doença seguir, sem sofrimentos, e sem antecipar o fim.

O Ministério da Saúde, por sua vez, abriu caminho para a regulamentação das diretrizes ao determinar, na PORTARIA Nº 1.820, DE 13 DE AGOSTO DE 2009, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, em seu Art. 4º, parágrafo único, IX, que é direito do paciente “a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas, de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas, e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunha”.

O Código de Ética Médica¹²⁰ em seu artigo 41, capítulo 5 determina que é vedado ao médico:

Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

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

Duas considerações podem ser realizadas sobre este artigo, a primeira que o Código de ética Médica não considera a eutanásia como um recurso para a prática médica, e segundo, a autonomia do paciente terminal é levada em consideração na determinação dos

¹²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1931/2009**. Código de Ética Médica. Op. cit.

cuidados disponíveis. Desta forma, abre espaço para instrumentalizar a vontade do paciente através das diretivas antecipadas de vontade. Entretanto, sua validade na esfera cível, permanece questionada diante da ausência de norma específica.

Em 31 de agosto de 2012, passou a vigorar a Resolução CFM nº 1995/2012¹²¹, que aborda as denominadas diretivas antecipadas de vontade, incluindo o testamento vital e o mandato duradouro. A resolução respeita a vontade do paciente, reconhecendo seu direito em manifestar sua vontade sobre os tratamentos que deseja seguir, podendo designar um procurador, e vinculando o médico ao cumprimento de sua vontade. As decisões estão embasadas no conceito de ortotánasia e não possui relação com a eutanásia, o que corrobora com a fundamentação das diretivas antecipadas, em que não pode conter disposições que não estejam em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Então, qual seria a questão da vinculação médica a estas diretivas? Ocorre que códigos deontológicos, *guidelines*¹²² (diretrizes) ou resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) são reflexões éticas acerca de condutas médicas, e apenas tem força de lei para os médicos, mas não seguem os tramites de publicidade e controle a que são submetidas as leis, portanto, o tribunal não se sente vinculado a aceitar que o médico cumpra esse dever deontológico ou decisão do paciente, se esta não tem previsão legal.

Ademais, a resolução 1.995/2012 faz uma menção generalista, apenas informando que o paciente pode recusar tratamentos extraordinários, sem especificar quais sejam. Também não há a imposição de registro em cartório, o que levaria a uma segurança jurídica¹²³ para o paciente, garantido que sua decisão será cumprida. Isto é, o paciente não pode ser surpreendido com algo que não faça prevalecer seus direitos.

Cabe ainda esclarecer que as resoluções ainda são passíveis de questionamento, via Poder Judiciário, a cerca de sua constitucionalidade, como ocorreu com a resolução

¹²¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM nº 1995/2012**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf, acesso em 26 de outubro de 2015.

¹²² Surgem com o intuito de minimizar, na prática médica, a variação de condutas para um mesmo diagnóstico, diminuir custos e monitorar os cuidados (in)apropriados e promover melhores resultados no tratamento dos pacientes.

¹²³ CANOTILHO, José Jorge Gomes. **Direito Constitucional**. Op. cit. p.373, afirma que por segurança jurídica podemos entender que o cidadão pode confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas.

1805/2006 e com a resolução 1995/2012. Como podemos observar, na discussão sobre a constitucionalidade da resolução 1995/2012, o Poder Judiciário, quando os familiares e até mesmo o Ministério Público for contrário as diretivas, pode ser evocado para dirimir tais divergências, conforme a decisão da Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500¹²⁴.

Assim, a decisão embora válida quanto ao reconhecimento quanto à validade das diretivas antecipadas, retira a autonomia do paciente, quando ocorrer divergências, podendo a decisão ser fundamentada pelo familiar, e até mesmo pelo Ministério Público, o que para nós é parte ilegítima para decidir sobre o tratamento do paciente, uma vez que desconhece suas vontades, seus valores, e o motivo de suas escolhas. Felizmente, a própria sentença reconhece que embora não exista vedação para as diretivas antecipadas no ordenamento jurídico, há necessidade de legislação sobre o tema.

Em 2014, o Conselho Nacional de Justiça, através da I Jornada de Direito da saúde, aprovou o enunciado nº 37 sobre as diretivas antecipadas de vontade, devendo a vontade do paciente, quanto aos tratamentos deseja ou não se submeter, quando estiver impossibilitado de manifestar sua decisão, ser realizado, preferencialmente, na forma escrita, por instrumento particular ou público e na presença de duas testemunhas. Mais ainda é falha quanto ao período de validade, quais tratamentos podem ser recusados, e quem poderá redigir a diretiva (incapazes, menor idade).

Desta forma, a falta de positivação faz com que as diretivas tenham apenas um efeito indicativo da vontade do paciente, pois, a princípio, ainda que exista a resolução do CFM e as orientações do código de ética, no momento da decisão, e existindo conflito entre a vontade do paciente, presente nas diretivas, e a vontade do familiar, esta por obstinação acaba por ser mantida em detrimento da escolha do paciente.

Cabe fazer uma ressalva quanto às leis estaduais de São Paulo (Lei 10.241/1999), Minas Gerais (Lei 16.279) e Paraná (Lei 14.254) que apesar de não tratarem especificamente das diretivas antecipadas de vontade, pois não pode ser invocada quando o

¹²⁴ GOIÁS (BRASIL). Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação civil pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500**. Sentença. Requerente: Ministério Público Federal; Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Substituto: Eduardo Pereira da Silva. 2014. Disponível em <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>, acesso em 01 de maio de 2017.

paciente estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, é um grande avanço nas discussões desta, uma vez que prevê que os usuários de saúde possam recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários.

O primeiro testamento vital que se tem conhecimento no Brasil foi realizado em 1990, pelo Juiz Titular da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, ao que ele nominou de “declaração de vontade”, determinando quais os procedimentos que queria ser submetido, em caso de se tornar um paciente terminal.

O oficial de justiça questionou o juiz da vara de registros públicos acerca da possibilidade de registro de tal documento. O Juiz, após ouvir o Ministério Público, determinou a lavratura do documento por considerar que o mesmo estava em harmonia com o direito positivo, entretanto, afirmou que “o documento a ser registrado não tem o condão de gerar obrigação no sentido jurídico, mas faz nascer para os que amam o signatário, um dever moral de acatar a sua vontade, ou melhor, dizendo, ficariam desobrigados moralmente de prolongar em vão uma vida vegetativa e estariam moralmente livres para consolidar o desejo do paciente que não é outro senão o de deixar que a vida flua normalmente para seu curso final”¹²⁵.

A grande questão de não ter uma norma específica é justamente esta, apesar de ter uma “obrigação moral”, não existe valor jurídico na diretiva, e esta não vincula nem o médico, nem nenhum dos familiares a cumpri-la.

Poderíamos alegar que a força moral seria suficiente para vincular a todos, mas não seria verdade, isto por que, diante de uma situação de morte, as diferenças familiares surgem, e o medo, as dores e as angústias criam conflitos entre o desejo do paciente e a vontade da família em continuar o tratamento, levando a que estes não concretizem a vontade do paciente. Cabe mais uma vez lembrar que a dignidade da pessoa humana, tendo na autodeterminação sua expressão máxima, mas sem esquecer que esta autodeterminação é fundada no valor intrínseco de cada pessoa.

¹²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Terminalidade e Autonomia: Uma Abordagem do Testamento Vital no Direito Brasileiro**. In Vida, Morte e Dignidade Humana. GZ Editora. Rio de Janeiro, 2010. 1ª edição. p. 73. Disponível em http://www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=13&area=3&id=300, acesso em 10 de janeiro de 2017.

A regulamentação traria especificidades e formalidades sobre as diretivas, assegurando o cumprimento destas quando da sua incapacidade futura em expressar sua vontade, garantindo a segurança jurídica e salvaguardando os médicos de uma punição se cumprissem essa vontade.

Importante regulamentar a formalidade quanto à forma, prazo de validade, data de validade para produção de efeitos, registro e os critérios para a elaboração, e a impossibilidade de permitir práticas médicas que contrariem o ordenamento jurídico, como a eutanásia, a exemplo da Lei 25/2012 em Portugal.

É importante determinar quem poderá escrever uma diretiva antecipada, e se a capacidade civil deve ser flexibilizada (apenas maiores 18 anos ou abrangeria os relativamente incapazes?), isto por que, como dissemos anteriormente, o discernimento (capacidade de entender as informações médicas e suas consequências) seria o fator determinante para uma tomada de decisão, e conseqüentemente, para a elaboração das DAV's.

Deverão constar também quais os tratamentos, especificamente, que o paciente recusa, não devendo constar a informação genérica de tratamentos fúteis ou extraordinários. Não deverá conter decisões contrárias a *leges artis*, ou tratamentos ultrapassados pela medicina. O médico deverá estar presente, na elaboração das diretivas, para que todas as dúvidas e questões do paciente sejam esclarecidas. A decisão deve ser embasada no diagnóstico, prognóstico, avaliação médica, recursos disponíveis e não fundamentadas na dor e medo do paciente.

Outra questão seria a determinação das situações clínicas abrangidas pela lei. Neste tópico somos de opinião contrária a Doutora Luciana Daltro¹²⁶, pois consideramos que apenas as situações em que não há mais nenhuma possibilidade terapêutica (paciente terminal) deveriam ser incluídas, excluindo-se a EVP e demência avançada. Tal fato se justifica por considerarmos que embora haja uma perda de função e cognição em ambas

¹²⁶ DADALTO, Luciana. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**. Rev. Bioética, Brasília, v. 21, n.º 3, p. 463-476, Dec. 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422013000300011&lng=en&nrm=isohttp://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000300011, acesso em 28 de novembro de 2016.

situações, os tratamentos aplicados não são fúteis, mas necessários para a manutenção da vida, como é o caso da nutrição e hidratação que se retirada causará a morte do paciente. Neste caso, estaríamos diante da omissão de cuidados médicos, concorrendo com a eutanásia, práticas vetadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, e as quais também somos contra.

As testemunhas que assinarem o documento não podem ter relação com o doente, bem como o médico ou qualquer membro da equipe também estão impedidos de serem testemunhas.

Outra questão a ser abordada é a proibição de condutas que proponham abreviar a vida, assim como a prática da eutanásia, da omissão de cuidados e do suicídio assistido, bem como as diretivas só terão eficácia, no caso de gestantes, no final da gestação.

Cabe ainda determinar o prazo de validade das diretivas, e a sua revogação a qualquer tempo. Quanto à validade, não temos um consenso, se aplicaríamos o prazo de cinco anos, como na lei portuguesa, ou a possibilidade de não ter prazo de validade, como sugere Luciana Dadalto¹²⁷, uma vez que sendo a diretiva revogável a qualquer tempo, e por simples disposição do paciente, seria desnecessário estabelecer um prazo de validade às diretivas.

As diretivas devem ter a forma escrita, seja através do testamento vital, da procuração dos cuidados de saúde, ou ambos. Deve ainda ser obrigatório o registro no cartório de nota (através de escritura pública), para que se possa garantir a segurança jurídica, vinculando a diretiva, bem como deve ser criado um Registro Nacional para onde o cartório deverá enviar as diretivas antecipadas, a fim de que estas possam estar disponíveis a equipe médica.

Deve estar claro que as diretivas vinculam a equipe médica, os familiares e amigos dos pacientes. Cabe ainda esclarecer que se o médico não atender as diretivas antecipadas de vontade, viola o direito do paciente à autodeterminação e a integridade física e moral, fatos que levariam aos requisitos da responsabilidade civil. Por outro lado, a normatização das diretivas concede imunidade civil e criminal aos profissionais de saúde.

¹²⁷ DADALTO, Luciana. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**. Op cit.

A autonomia do paciente, através do consentimento informado é uma realidade, no âmbito da relação médico- paciente. É preciso que essa legislação seja ampliada em favor da ampla proteção dos direitos da personalidade, através das diretivas antecipadas de vontade. As leis protegem a autonomia através do consentimento informado, é preciso esta mesma proteção quando o paciente não seja mais capaz de expressar sua vontade.

Adotamos assim a posição que as diretivas antecipadas apesar de ter validade no Brasil, amparado pelos princípios da autonomia e dignidade da pessoa humana, faz-se necessário sua regulamentação a fim de se evitar decisões equivocadas, controversas, bem como possibilitar a sua eficácia, vinculando todos os envolvidos na sua elaboração.

8. CONCLUSÕES

Não obstante a evolução dos recursos médicos e dos avanços tecnológicos na área da medicina, que muito contribuíram para o restabelecimento da saúde dos doentes, e da modificação da relação médico- paciente, nos deparamos também com a busca do prolongamento da vida, ainda que isto não seja mais possível.

Isto porque existem situações, ditas como “fora de possibilidade terapêutica”, ou pacientes em fim de vida, em que os recursos médicos disponíveis não podem mais curar, nem evitar o curso natural da doença. Estes tratamentos então tornam-se extraordinários, aumentando a dor e o sofrimento de pacientes e familiares.

Diante da necessidade de limitar as intervenções médicas em situações de fim de vida, evitando tratamentos inúteis, fúteis ou extraordinários encontramos as Diretivas Antecipadas de Vontade, que representam a autonomia do paciente em fim de vida, através do consentimento (dissentimento) informado prospectivo. Nela a autodeterminação do paciente em fim de vida é garantida, permitindo que este decida quais os tratamentos consente quando a medicina não puder mais lhe proporcionar a cura, mas apenas conforto, permitindo que tenha uma morte digna, realizando as escolhas para o momento final, dentro dos princípios axiológicos que nortearam sua vida.

Ocorre que muitas questões a cerca das diretivas surgiram, levando ao equívoco de compara-la com a eutanásia, ortotanásia e cuidados paliativos. Tais confusões sobre os institutos levam, como demonstramos, a decisões equivocadas pelo legislador, pelo seu desconhecimento da matéria, bem como o receio pela responsabilização médica, e aumento conflitos familiares nas decisões de fim de vida.

Embora as diretivas antecipadas apresentem validade no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentada nos princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade humana, ainda não há uma regulamentação específica sobre a matéria, o que, para nós, gera insegurança jurídica, não apenas para o paciente, mas para o médico, diante da possibilidade de uma responsabilidade civil médica.

O paciente em fim de vida deve ter sua autonomia preservada, pois ainda que esteja em uma situação vulnerável é um sujeito de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. As diretivas antecipadas devem ser regulamentadas a fim de que possam garantir e preservar a autodeterminação deste pacientes, evitando controvérsias sobre o assunto e tornando a autonomia do paciente eficaz.

9. BIBLIOGRAFIA

ÁLAMO, Mercedes Alonso. **El Consentimiento Informado del Paciente em el Tratamiento Médico. Bases Jurídicas e Implicaciones Penales.** In Autonomía Personal y Decisiones Éticas y Jurídicas. Blanca Mendoza Buergo. Universidad Autonoma de Madrid, 2010.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do e PONA, Èverton Willian. **A autonomia da vontade e testamento vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.** 2010. Artigo Científico- Universidade Estadual de Londrina, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral.** Coimbra Editora, Vol. 1: Introdução; As pessoas; Os bens, 1997.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **A Jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte.** Cadernos de Direito Privado, ano n.º 38 Abril/Junho 2012, p. 14-27.

_____. **Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida.** In O Direito, ano 148º II. 2016.

_____. **Lições de Responsabilidade Civil**. Ed. Princípia. Cascais. Março, 1ª edição, 2017.

_____. **Responsabilidade Subjectiva, Resposanbilidade Objetiva e Sistemas Securitários de Compensação de Danos: Brevíssimas Notas a Propósito das Lesões Causadas pelo Profissional de Saúde**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXVIII. Separata. Universidade de Coimbra, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Autonomia em face da morte: autonomia para a eutanásia?** In Vida, Morte e Dignidade Humana. GZ Editora, Rio de janeiro, 1ª edição, 2010.

_____. **Responsabilidade Civil Médica no Brasil**. In Responsabilidade Civil dos Médicos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra- Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida**. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br>, acesso em 12 de março de 2016.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>, acesso em 08 de janeiro de 2016.

_____. Portaria n.º 1.820, de 13 de agosto de 2009. **Direitos e deveres dos usuários da saúde**. Ministério da Saúde. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html, acesso em 17 de abril de 2017.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 - (Novo Código Penal)**. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>, acesso em 02 de fevereiro de 2016.

CANOTILHO, José Jorge Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 6 ed. 1995.

CÁNOVAS, Espín. **Los limites de la Autonomia de La Voluntad Privada**. Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XI, 1957.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.º 1.480/97**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm, acesso em 20 de Outubro de 2016.

_____. **Resolução n.º 1.805/2006**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2007/111_2007.htm, acesso em 26 de outubro de 2015.

_____. **Resolução n.º 1.931/2009.** Código de Ética Médica. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122, acesso em 20 de janeiro de 2017.

_____. **Resolução n.º 1995/2012.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf, acesso em 26 de outubro de 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde.** Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_kornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf, acesso em 12 de janeiro de 2016.

CONNOR, Stephen R. e BERMEDO, Maria Letícia Sepulveda. **WHO Global Atlas on Palliative Care At the End of Life.** Disponível em: <http://www.thewhpc.org/resources/global-atlas-on-end-of-life-care>, acesso em 20 de janeiro de 2016.

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA: CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E A BIOMEDICINA. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>, acesso 06 de janeiro de 2016.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital.** Terceira Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2015.

_____. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil** (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). Revista de Bioética Y Derecho, núm 28; Mayo 2013, p. 61-71. Disponível em http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf, acesso em 10 de dezembro de 2015.

_____. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12.** Rev. Bioét., Brasília, v. 21, n. 1, p. 106-112, Apr. 2013. Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422013000100012&lng=en&nrm=iso, acesso em 28 de novembro de 2016.

_____. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro.** Rev. Bioét., Brasília, v. 21, n. 3, p. 463-476, Dec. 2013. Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422013000300011&lng=en&nrm=iso. (<http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000300011>). Acesso em 28 de novembro de 2016.

DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Processo nº 2007.34.00.014809-3.** Sentença. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Disponível em http://www.df.trf1.gov.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc, acesso em 11 de janeiro de 2016.

FRANCO PELAEZ, Zoila Rosa. **Conciencia, Voluntad, Autonomía y Responsabilidad en Bioética como Ética del Cuidado para un Desarrollo con Altura Humana**. Hacia promoc. Salud, Manizales, v. 15, n. 2, p. 110-124, Dec. 2010. Available from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012175772010000200008&lng=en&nrm=iso, acesso em 10 de dezembro de 2016.

FIGUEROA GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo. **Concepto de Derecho a la Vida**. Ius et Praxis, Talca, v. 14, n. 1, p. 261-300, 2008. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122008000100010&lng=es&nrm=iso. (<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100010>), acesso em 16 de abril de 2017.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CEDH Bio)**. Artigo 6º, nº 3. Disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19.htm, acesso em 12 de março de 2016.

GOIÁS (BRASIL). Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação civil pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500**. Sentença. Requerente: Ministério Público Federal; Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Substituto: Eduardo Pereira da Silva. 2014. Disponível em <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>, acesso em 01 de maio de 2017.

GONÇALVES, Carla. **A Responsabilidade Civil Médica: Um Problema para Além da Culpa**. Coimbra Editora. 2008, p. 243.

_____. **A responsabilidade Médica Objetiva**. In: Responsabilidade Civil dos Médicos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenação: Guilherme de Oliveira. Coimbra Editora. 2005, p. 514.

HENRIQUES, Paulo. **A Proteção da Autonomia do Paciente no Fim da Vida e o Relevância das Diretivas Antecipadas**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. A.14; n.º 29, 2010, p. 93-104.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007. XXVI.

HUPSEL, Francisco Pontes. **Autonomia Privada: Autonomia Negocial e Autonomia Existencial**. Extensão e Limites na Perspectiva Civil Constitucional. Dissertação do 2º ciclo. Inglês (Reino Unido). Coimbra 2013.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. P.163-241.

LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. **Autonomía y Paternalismo en las Decisiones sobre la Própria Salud**. In *Autonomía Personal y Decisiones Éticas y Jurídicas*. Blanca Mendoza Buergo. Universidad Autónoma de Madrid. 2010, p. 61-93.

LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado**. vol.1, 3ª edição. Coimbra Editora, 1982.

LIMA, Maria de Lourdes Feitosa; REGO, Sérgio Tavares de Almeida; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. **Processo de tomada de decisão nos cuidados de fim de vida**. Rev. Bioét., Brasília, v. 23, n.º 1, p. 31-39, Apr. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422015000100031&lng=en&nrm=iso. (<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015231043>), acesso em 28 de novembro de 2016.

LISBOA (PORTUGAL). Tribunal da Relação de Lisboa. **Processo n.º 273-08.0TVLSB.L1.-2**. Apelação. Relator: Maria José Mouro. Lisboa, 26 de março de 2015. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/448e491967819d3280257e2300547265?OpenDocument>, acesso em 15 de fevereiro de 2016.

_____. **Processo: n.º 2428/05.0TVLSB.L1.-2**. Apelação. Relator: Teresa Albuquerque. Lisboa, 14 de novembro de 2013. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386fb810a27ab94180257c66005134ba?OpenDocument>, acesso em 15 de fevereiro de 2016.

_____. **Processo: n.º 1333/11.6TVLSB.L1.-1**. Apelação. Relator: Manuel Marques. Lisboa, 05 de novembro de 2013. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d2eb0f8a8a30796e80257c5f00818936?OpenDocument>, acesso em 15 de fevereiro de 2016.

MATSUURA, Koichiro. **Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>, acesso em 10 de abril de 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Helena Pereira de. **O Direito a Morrer com Dignidade**. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 3, n.º 6, 2006, p. 69-79.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **A morte e o Direito - de como a morte para o Direito não é um conceito absoluto**. In *Direito Além da Vida: Um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo. Editora LTr, 2009.

MOLERO MARTÍN-SALAS, María Del Pilar. **La Libertad de disponer de la própria vida desde la perspectiva constitucional**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014.

MONTEIRO, A. Pinto. **Sobre a reparação dos Danos Morais**. Revista Portuguesa do dano Corporal, Set. 1993, n.º 1, 1º ano, p. 17-25.

MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações**. Almedina. Coimbra, 1989.

_____. **Responsabilidade Médica em Portugal**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa 1984.

NETO, Ana Dias. **Ética nas decisões sobre o fim da vida: a importância dos cuidados paliativos**. Nacer e Crescer, Porto, v. 22, n.º 4, p. 252-256, dez. 2013. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S08720754201300040011&lng=pt&nrm=iso, acesso em 28 de novembro de 2016.

NEVES, A. Castanheira. **Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa- Comentário Crítico à Lição O fim da vida e o direito penal**. In DIGESTA. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 3º. Coimbra Editora, 2008, p. 617.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. **Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites**. Rev. Bioét., Brasília, v. 22, n.º 2, p. 241-251, Aug. 2014. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200006&lng=en&nrm=iso (<http://dx.doi.org/10.1590/198380422014222005>), acesso em 28 de novembro de 2016.

OLIVEIRA, José H. Barros. **Viver a Morte – Abordagem Antropológica e Psicológica**. Livraria Almedina. Coimbra 1998.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **O Fim da “Arte Silenciosa”**. Revista de legislação e Jurisprudência, n.º 128, n.º 3852, p. 70-72 e n.º 3853, p. 101-104. Coimbra Editora, 1995.

ORDEM DOS MÉDICOS. **Código Deontológico da Ordem dos Médicos**. Disponível em <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=9c838d2e45b2ad1094d42f4ef36764f6&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>, acesso em 06 de novembro de 2016.

_____. **Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <https://www.ordemdosmedicos.pt/index.php?lop=conteudo&op=217eedd1ba8c592db97d0dbe54c7adfc&d=6b8b8e3bd6ad94b985c1b1f1b7a94cb2>, acesso em 09 de dezembro de 2016.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Responsabilidade Civil em Instituições de Saúde: Problemas de Ilícitude e de Culpa**. In: Responsabilidade Civil dos Médicos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenação: Guilherme de Oliveira. Coimbra Editora, 2005.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Primer atlas mundial de las necesidades de cuidados paliativos no atendidas**. Comunicado de prensa. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2014/palliative-care-20140128/es/> acesso em 20 de janeiro de 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica**. Coimbra Editora. Centro de Direito Biomédico, 1ª edição. Coimbra: 2015.

_____. **O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2006.

_____. **Cidadania no Fim de Vida: O Testamento de Paciente e o Procurador de Cuidados de Saúde**. Revista de Direito Médico e da Saúde. A.16, n.º 20; sem 2 (2010), p. 33-58.: Lumen Juris, 2011.

_____. **Valor do consentimento num estado terminal**. In Estudos de Direito da Bioética. Vol. IV. Coordenador Doutor José de Oliveira Ascensão. Almedina, 2012, p. 33-61.

_____. **Responsabilidade Civil: O Médico entre o Público e o Privado**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXIX. Tomo I. Separata. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013, p. 253-304.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relação Médico- Paciente. O Respeito à Autonomia do Paciente e a Responsabilidade Civil do Médico pelo Dever de Informar**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011.

PESSOA, Laura Scaldaferrri. **Pensar o Final e Honrar a Vida: Direito à Morte Digna**. São Paulo: Saraiva; 2013.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª Edição. Coimbra Editora, 2005.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e suas consequências jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 4ª edição, 2013.

PORTUGAL. Lisboa. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Ministério Público. **Verificação da Morte. Lei n.º 141/99 de 28 de agosto de 1999**. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=240&tabela=leis, acesso em 20 de outubro de 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida**. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 9, n.º 18, Ed. Coimbra, 2012.

_____. **No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade)**. Revista Portuguesa do Dano Corporal. Ano XXII, n.º 24, dezembro/2013.

REGO, Fabiana e FREITAS, Mar de Souza. **Directivas Antecipadas de Vontade/ Advance Directives**. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 9, n.º 17, Ed. Coimbra, 2012.

REGO, Fabiana. **A Força Jurídica das Declarações Antecipadas de Vontade**. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 8, n.º 16, Ed. Coimbra, 2011.

RIESTRA, Sergio Gallego. **El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal**. Primera edición. Thomson Reuters. Editorial Aranzadi, 2009.

RIJO, Inês Fernandes Gomes. **A Declaração Antecipada de Vontade no Ordenamento Jurídico Português**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2010.

RIO GRANDE DO SUL (BRASIL). Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. **Primeira Câmara Cível. Processo n.º 70054988266. Apelação Cível**. Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20 de novembro de 2013.

ROCHA, Isabel. **Código Civil Português**. 18ª edição; Ed. Porto; 2015.

ROCHA, Ruth e PIRES, Hindenburg da Silva. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Scipione, 2005.

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

SAHUQUILLO, María R. **150.000 personas han registrado su testamento vital en España**. El País, França, 24 abr. 2013. Disponível em http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/20/actualidad/1366478759_440365.html, acesso em 26 de outubro de 2015.

SAMELO, Nuno Tiago Cruz Reis. **Aspectos relativos à tutela post-mortem da Personalidade Humana no Direito Civil: uma abordagem juscivilística do problema dos cemitérios**. Coimbra. 2015.

SANMIGUEL, Francisco J. Laporta. **Algunas Incógnitas Del Principio de Autonomía Personal Em Tratamientos Médicos**. In Autonomía Personal y Decisiones Éticas y Jurídicas. Blanca Mendoza Buergo. Universidad Autonoma de Madrid, 2010.

SAVULESCU, Julian. **Autonomía, Vida Buena y Elecciones Controvertidas**. In Autonomía Personal y Decisiones Éticas y Jurídicas. Blanca Mendoza Buergo. Universidad Autonoma de Madrid, 2010.

SILVA, José Antonio Cordero da. **O fim da vida: uma questão de autonomia**. Nacer e Crescer, Porto, v. 23, n.º 2, jun 2014. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S087207542014000300010&lng=pt&nrm=iso, acesso em 28 de novembro de 2016.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Terminalidade e Autonomia: Uma Abordagem do Testamento Vital no Direito Brasileiro**. In Vida, Morte e Dignidade Humana. GZ Editora. Rio de Janeiro, 1ª edição, 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 2015.

VANDERPOOL, Harold Y. **It's Over, Debbie** (an article published in the Journal of the American Medical Association, 1988). Disponível em <http://www.mclean.k12.ky.us/docs/Its%20Over%20Debbie.pdf>, acesso em 04 de dezembro de 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

YAMAGUCHI, Nise. **A eutanásia é sempre condenável?** Folha de São Paulo, 26 de mai. 2005. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2603200508.htm>, acesso de 20 de mar de 2017.