

ASPECTOS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: O TESTAMENTO VITAL E O MANDATO DURADOURO

**TIAGO CAÇÃO VINHAS¹, VICTOR CONTE ANDRÉ², JULIANA FERREIRA DOS SANTOS³,
WALLEF MARQUES DOS SANTOS⁴**

¹ Doutorando e mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor concursado de Direito Privado e membro do Conselho Superior da Faculdade de Ensino Superior de Linhares e advogado. Coordenador e orientador do grupo de pesquisa “Laboratório de temas avançados de Direito Civil” da Faculdade de Ensino Superior de Linhares. E-mail: tiago.vinhas@faceli.edu.br

² Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Vila Velha, especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, especialista em Direito do Consumidor pelo Centro Universitário Faveni, especialista em Direito Administrativo pela Faculdade da Região Serrana e bacharel em Direito pela Universidade Vila Velha. Professor concursado de Direito Privado da Faculdade de Ensino Superior de Linhares e advogado. Coordenador e orientador do grupo de pesquisa “Laboratório de temas avançados de Direito Civil” da Faculdade de Ensino Superior de Linhares. E-mail: victor.andre@faceli.edu.br

³ Graduanda em Direito pela Faculdade de Ensino Superior de Linhares e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Laboratório de Temas Avançados de Direito Civil”. E-mail: ferreira11juliana@hotmail.com

⁴ Graduando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior de Linhares e Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Laboratório de Temas Avançados de Direito Civil”. E-mail: wallefmarques18@gmail.com

RESUMO

O respeito à autonomia de vontade de pacientes em fase terminal fora a mola propulsora para desenvolvimento da presente pesquisa que versa sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs). Por meio da bipartição Testamento Vital e Mandato Duradouro, se buscou esclarecer até que ponto o respeito à vontade desses indivíduos pode afetar o direito à vida, visto como absoluto. Nesse sentido, esta pesquisa foi subdividida em segmentos. O primeiro deles objetiva pesquisar os conceitos de Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia. No segundo momento é realizada investigação a respeito das DAVs enquanto gênero e espécie. Na terceira subdivisão, por fim, a pesquisa visa esclarecer a perspectiva das DAVs no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a abordagem desse instrumento internacionalmente. Para tratar de um assunto tão caro e polêmico, foi utilizado o método da revisão bibliográfica, bem como o estudo da legislação internacional, para entender de que forma as Diretivas Antecipadas de Vontade devem ser compreendidas e como podem ser acolhidas no Brasil. A conclusão a que se chega é que há um progresso obtido com tais instrumentos, embora evidente é a carência de uma norma específica e completa que regulamente o tema.

Palavras-chave: Autonomia do paciente; Diretivas Antecipadas de Vontade; DAVs; Mandato Duradouro; Testamento Vital.

ASPECTS THE ADVANCE DIRECTIVES OF WILL: THE LIVING WILL AND THE LASTING MANDATE

ABSTRACT

Respect for the autonomy of will of terminally ill patients was the driving force behind the development of this research, which deals with the Advance Directives of Will (DAVs). Through the bipartition of Living Wills and Lasting Mandate, we sought to clarify the extent to which respect for the deliberations of these individuals can affect the right to life, seen as absolute. In this sense, this research was subdivided into segments. The first one sought to clarify the concepts of Euthanasia, Dysthanasia and Orthothanasia. In the second moment, it is explained better about the ADs as genus and species. Finally, in the third subdivision, the research seeks to bring the perspective of ADWs in the Brazilian legal system, as well as the approach of this instrument internationally. To deal with such an expansive and controversial subject, a bibliographic review was used, as well as international legislation and how these

Advance Directives of Will are and/ or can be accepted in Brazil. The conclusion reached is that there is progress made with such instruments and the lack of a rule that regulates the subject.

Keywords: Advance Directives of Will; DAVs; Living Will; Mandate Durable; Patient autonomy.

1 INTRODUÇÃO

O grande avanço tecnológico no campo da medicina tem permitido a abertura a diálogos outrora considerados inverossímeis. Juntamente com esse avanço, deve-se considerar a evolução dos valores sociais e individuais que também sofreram esse processo de mutação. Atualmente, contamos com inúmeros recursos para a manutenção da vida e, conseqüentemente, o seu prolongamento. Com essa gama de artifícios à disposição do indivíduo, surge a necessidade de discutir acerca das vontades que este deseja serem respeitadas no momento de sua incapacidade para definição do melhor tratamento médico a que ele será submetido, ou mesmo tratamento algum. É nesse contexto que surgem as chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs), que garantem a concretização dos desígnios do combalido.

Mais do que uma noção de respeito à vontade do paciente no que toca a sua autonomia, ou seja, sua capacidade de se autogovernar (KANT, 2005), há também o incremento da dignidade da pessoa humana, que culmina no direito à morte digna, expresso principalmente quando não se abrevia, tampouco prolonga a vida do paciente. Por dignidade da pessoa humana, deve-se entender “tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.” (BARROSO, 2020, p. 244) e por isso seu caráter tão essencial e personalíssimo na concretização do direito supramencionado.

Importante é também, trazer à baila um acontecimento recente que irradiou aspectos do tema aqui tratado, o que é a das DAVs enquanto gênero. Trata-se do caso do, agora, ex-prefeito de São Paulo, Bruno Covas, que, ao saber da irreversibilidade de seu estado cancerígeno, declarou expressamente ao seu médico que não queria meios excepcionais e extraordinários de sobrevivência, ou seja, ele autodeterminou-se e fez um testamento vital. Ele queria que a vida seguisse seu curso natural e assim foi feito e respeitado (CUNHA; BRITO, 2021; APPEL; MOREIRA, 2021).

Todavia, é importante notar que, ao analisar casos como esse, discute-se em que medida podem as DAVs ser acolhidas no ordenamento jurídico brasileiro, diante de sua omissão. Essa é a questão que direcionará nossa análise, em que, além de abordar especificamente os institutos do testamento vital e do mandato duradouro, tratar-se-á ainda dos de outros temas

relacionados ao objeto deste trabalho, como a diferença existente entre os modos de morrer e legislações estrangeiras sobre o tema.

De maneira geral, esta pesquisa objetiva analisar e explicar os princípios, conceitos e legislações sobre o tema proposto, por meio de literatura comparada, na qual se explorará as DAVs no Brasil, instituto ainda incipiente, bem como aquelas consolidadas internacionalmente.

A pesquisa ganha maior relevância no âmbito social em razão do art. 15, CC, não possuir efetivação plena por ausência de lei específica sobre o assunto. Enquanto o Brasil ainda não discutiu nem questões de ortotanásia, mundo afora os países já discutem a eutanásia. Daí se extrai a importância de estudar de forma profunda e crítica sobre o tema proposto. Por outro lado, a relevância empírica de tal tema se verifica nos casos em que o paciente terminal ou desenganado pelos médicos deseja adotar uma postura ortotanasiana e a legislação brasileira pouco diz a respeito, havendo apenas meros instrumentos infraconstitucionais abordando tangencialmente a temática.

Nesse sentido, esta pesquisa foi subdividida em segmentos. O primeiro deles preocupa-se em esclarecer os diferentes conceitos que culminam no processo morte e que são comumente confundidos ou tratados como sinônimos e o porquê de um desses processos fazer jus à morte digna e consequentemente acolhimento das DAVs em território nacional. O segundo tópico versa sobre as DAVs e o trata como um gênero que se bifurca em duas espécies: o testamento vital e o mandado duradouro. Na terceira subdivisão, por fim, a pesquisa busca trazer a perspectiva das DAVs no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a abordagem desse instrumento internacionalmente.

2 EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

Conceitos relacionados com o processo que culmina em morte são ordinariamente confundidos e, por vezes, tratados como sinônimos. A má interpretação, assim como o uso inadequado dos termos, afasta o entendimento claro do assunto. Cumpre, neste tópico, esclarecer as divergências e apontar as nuances entre as diversas espécies de terminalidade da vida.

2.1 Eutanásia

Etimologicamente o vocábulo eutanásia deriva de duas palavras de origem grega, tal que *eu* e *thanatos* significam, respectivamente, “boa” e “morte” e, por isso, quando em conjunto, significam boa morte, morte sem dor ou sofrimento (PESSINI, 2004, p. 274;

NAMBA, 2015, p. 219; BITTAR, 2018, p. 186). Pode ser descrita ainda como uma morte piedosa, benéfica, fácil, doce, um crime caritativo (FRANÇA, 2014, p. 503). O termo foi criado pelo filósofo inglês Francis Bacon, em sua obra “*Historia Vitae et Mortis*” no século XVII, na qual prescrevia tal forma de morte como um instrumento de alívio da dor que o processo antes da morte causa em pessoas que têm destino fatídico traçado (PESSINI, 2004, p. 105-106; ARANTES JÚNIOR, 2020, p. 30).

Contemporaneamente, o termo é associado à antecipação voluntária do processo natural morte, induzida por um sentimento altruísta, fundamentado em relevante valor social ou moral, por motivos de piedade ou comiseração (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1998, p. 182-183; PESSINI, 2004, p. 209; CABRERA, 2010, p. 28; FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 314; NAMBA, 2015, p. 2019; FRANÇA, 2017, p. 1103). A prática é utilizada em maior abrangência nos casos em que o combalido possui uma doença incurável, de caráter terminal ou não diagnosticada que lhe causa muitas dores, e este, ao invés de sofrer *in vitam*, prefere provocar uma “morte digna” (PESSINI, 2004, p. 202 e ss; p. 281, 286 e 288). Para Namba (2015, p. 224), “São pacientes terminais as pessoas portadoras de enfermidade avançada, progressiva e incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável [...]”.

A ação se efetiva quando é realizada a administração de substâncias tóxicas mortais ou pela omissão no fornecimento de alimentação, hidratação e assistência médica necessárias, com o fito de acabar com a vida do doente. Trata-se, portanto, de um homicídio por compaixão (MARTÍNEZ-SELLÉS, 2019, p. 13). Pessini (2004, p. 293) diz que, quando juridicamente possível, a eutanásia não faz jus ao progresso moral, pois apesar de as leis sobre o tema cuidarem dos interesses humanos e dos grupos mais vulneráveis, ao lhes dar a chance de escolha e de realização como autêntico ser humano, seria mais responsável apenas paliar o sofrimento, que atinge as esferas psicológica, social e espiritual do combalido.

A eutanásia (que também pode ser chamada de sanidicídio ou benemortanásia [FRANÇA, 2017, p. 1114]) abriga em seu gênero diferentes espécies importantes para a compreensão do termo. A primeira, eutanásia ativa, caracteriza-se pela interferência direta do profissional de saúde, que, ao empregar meios necessários e de seu conhecimento, visa à terminalidade de vida do sujeito (PESSINI, 2004, p. 209; ARANTES JÚNIOR, 2020, p. 31), com a ressalva de que qualquer pessoa que tenha médio conhecimento também pode fazê-lo (BITTAR, 2018, p. 187). Vale ressaltar que, nessa situação, o médico mira a não obstinação terapêutica e, por meio de substância letal, provoca intencionalmente a morte de seu paciente. Essa modalidade eutanásiana assemelha-se ao suicídio medicamente assistido, visto que, nas palavras de Pessini (2004, p. 127), este último é o ato em que uma pessoa ajuda a outra a

terminar sua vida, fornecendo provisões para tanto. Todavia, exatamente nesse ponto difere da morte indolor, já que no autocídio medicamente acompanhado não há dor, sofrimento, iminência de morte ou auxílio direto do profissional.

No Brasil, a prática da eutanásia se amolda ao homicídio privilegiado (não há fato típico eutanásia descrito na lei [BITTAR, 2018, p. 186-187]), conforme consta o art. 121, §1º do atual Código Penal, ao trazer em sua redação que “comete homicídio aquele que pratica o ato impellido por motivo de relevante valor social ou moral” (BRASIL, 2020a). Ainda, consoante ao art. 41, caput, do Código de Ética Médica (CEM, 2019), é vedado ao médico a abreviação da vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Em contrapartida, países como Holanda (HOLANDA, 2001) e Colômbia (COLÔMBIA, 2015) permitem e legislam sobre a prática (PESSINI, 2004, p. 275).

A vertente passiva é descrita como a provocação da morte por meio da omissão ou suspensão de tratamento ordinário para manutenção da vida do sujeito gravemente enfermo, já que o profissional, investido de seus conhecimentos, também com intencionalidade, deixa de oferecer ao paciente tratamento necessário à sua sobrevivência (BITTAR, 2018, p. 187; ARANTES JÚNIOR, 2020, p. 31).

Há ainda a mistanásia, neologismo de origem grega que significa morte infeliz, ou também denominada eutanásia social, que é a morte miserável, antes de seu tempo, decorrente de uma omissão estatal no fornecimento de serviços médico-hospitalares de forma célere e com qualidade para com as pessoas, seja por motivos políticos, sociais ou econômicos e que demonstra o fenômeno da maldade humana (PESSINI, 2004, p. 210 e 286; NAMBA, 2015, p. 224). Arantes Junior (2020, p. 31-32) define o termo como uma morte antecipada sem a existência de uma comorbidade que justifique a sua ocorrência, o que permite concluir que a mistanásia atinge não somente pessoas com a saúde comprometida, mas também indivíduos saudáveis (PESSINI, 2004, p. 294; BITTAR, 2018, p. 192). Esse modus abarca três situações: não ser paciente devido aos motivos supracitados, estar doente e ser alvo de erro médico, por último, ser vítima de má prática também devido à motivação supramencionada (PESSINI, 2004, p. 210; NAMBA, 2015, p. 224-225).

2.2 Distanásia

No extremo oposto da prática citada anteriormente encontra-se a distanásia, termo pouco difundido e carente de maiores explicações e que, de acordo com o Dicionário de Língua Portuguesa, significa “morte lenta com excesso de dor e angústia” (DISTANÁSIA, 2021). O

vocábulo provém do grego, em que *dys* significa “ato defeituoso” e *thanasia* “morte”, ou seja, distanásia exprime a ideia de prolongar a vida com dor, agonia e sofrimento do enfermo. O termo está associado a um tratamento fútil e inútil, que gera um modo de morte prolongada, abastecida in vitam de dor e sofrimento, processo este que estende não a vida, mas o processo de morrer (PESSINI, 2004, p. 96; PESSINI, 2007, p. 30; NAMBA, 2015, p. 2020-221; BITTAR, 2018, p. 187, FRANÇA, 2017, p. 1103 e 1105 e 1117). Segundo França (2017, p. 1105-1106) tal conduta encontra seu esteio no paternalismo médico, o que na sua concepção “[...] é a atitude coativa do ato médico como justificativa de o profissional considerar sempre o que é bom para o paciente” (2017, p. 1110).

O avanço científico e tecnológico contribuiu muito para a prática da distanásia, uma vez que é por intermédio de ferramentas modernas que se permite o prolongamento artificial da vida, mesmo com a saúde perdida, provocando mais dor e angústia ao enfermo. Os debates éticos em torno da prática a classificam como uma obstinação terapêutica, um tratamento fútil e uma agressividade medicativa (PESSINI, 2007, p. 48; NAMBA, 2015, p. 221). Nesta modalidade, o profissional, a seu bel prazer, decide prolongar a vida do paciente por meios artificiais, que causam mais malefícios à benefícios, visto que apenas retarda o processo de morte dele. Além da futilidade do tratamento, a terapia pode também ser agressiva e desproporcional ao meio e sempre envolver uma falha em atingir um objetivo médico ou um bem pessoal (PESSINI, 2004, p. 96; PESSINI, 2007, p. 177).

O Código de Ética Médica (CEM, 2019) expressamente vincula o clínico à obrigação de não expor o paciente a aspectos distanasianos e visar apenas ao seu alívio físico e emocional. Assim dizem os incisos VI e XXII (Capítulo 1 - Princípios Fundamentais) do documento supracitado:

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade.

[...]

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. (CEM, 2019)

Pelo exposto, percebe-se que, no Brasil, essa prática é considerada abusiva e o médico poderá ser julgado perante o Conselho de Medicina por seus atos, podendo sofrer penalidades disciplinares que vão desde uma simples suspensão até a cassação do exercício do seu ofício.

2.3 Ortotanásia

A ortotanásia traz em sua acepção um conceito totalmente diferente da eutanásia, que defende uma antecipação do processo morrer, e distanásia, que se trata de um prolongamento da etapa morte, com emprego de meios desnecessários que provocam mais dor e sofrimento. A prática ortotanasiana consiste na defesa de uma morte natural, no momento que tem de ser (BASÍLIO, 2013, p. 26). O vocábulo também deriva do grego, em que *orthos* significa “correta” e *thanatos* “morte”, a qual representa a morte natural ou correta.

Maria Helena Diniz trata a ortotanásia como o “ato de deixar morrer em seu tempo certo, sem abreviação ou prolongamento desproporcionado” (DINIZ, 2017, p. 528). Portanto, designa uma morte a seu tempo, sem a antecipação do decesso e, antiteticamente, sem o prolongamento desmedido e irracional do processo morrer (PESSINI, 2004, p. 225; PESSINI, 2007, p. 30-31; BITTAR, 2018, p. 187; FRANÇA, 2017, p. 1105). É, pois, a morte mediante supressão e abstenção de todo tratamento fútil, extraordinário e desproporcional (CABETTE, 2009, p. 25) e versa sobre a arte de bem morrer.

Como já asseverado anteriormente, é o quadro oposto à distanásia, já que assegura ao paciente uma morte digna, na qual não sofrerá desnecessariamente. Nas palavras de Farias e Rosenvald (2015, p. 310), a morte digna “Trata-se, pois, tão somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações”.

É aplicada aos casos de irreversibilidade terapêutica, em que não há outra solução senão morrer sem dor. Nesse sentido, o médico apenas suspende o tratamento, deveras infrutífero, e aplica os cuidados paliativos a fim de que a pessoa possa “descansar em paz”.

Nas palavras de Diniz o ato, portanto, decorre da suspensão de uma medida vital ou do desligamento de máquinas que cumprem a função de órgãos. Ainda, defende que “não há deliberação de provocar a morte, mas cessação de ato que venha a prolongar a vida” (DINIZ, 2017, p. 528). Nota-se ainda que a ortotanásia encontra-se de acordo com o princípio da proporcionalidade terapêutica, que enuncia uma relação de proporção entre os meios empregados e o resultado previsível quando se versar sobre um tratamento (PESSINI, 2004, p. 170-171).

Nessa perspectiva, segundo Neusa Bittar (2011, p. 88), a ortotanásia apresenta-se como a morte mais correta, uma vez que não promove a antecipação da morte, como ocorre na eutanásia, tampouco prolonga o decesso, que acompanha a distanásia. O ato ortotanasico engendra as situações na qual “não havendo mais qualquer terapêutica aplicável, restaria amenizar a dor, garantir o conforto material e psicológico e aceitar a evolução da doença já sem

controle” (BITTAR, 2011, p. 88), com práticas denominadas de cuidados paliativos. A OMS define estes como a prevenção e alívio do sofrimento em pacientes adultos e pediátricos e suas famílias enfrentando problemas associados às doenças terminais. Os cuidados paliativos envolvem a identificação precoce, avaliação e tratamento desses problemas. Melhora a qualidade de vida, promove a dignidade e o conforto e pode influenciar positivamente no curso da doença (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2018).

Mesmo sem constar expressamente no ordenamento jurídico pátrio, percebe-se que esta modalidade se encontra de acordo com os princípios constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988, visto que a ortotanásia volta-se imediatamente à dignidade da pessoa humana e seu ulterior direito a uma morte digna. Além disso, vincula-se ao caráter não absoluto do direito à vida, visto que, em nosso ordenamento, nenhum dos direitos pode ser imposto com fins de causar danos ao bem-estar físico e psicológico de uma pessoa e de seus familiares.

Há de se ressaltar que a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina busca regulamentar a prática da ortotanásia, assim como a legalidade do ato nas práticas médicas, com o fito de trazer como objetivo a morte com dignidade. A Lei Estadual nº 10.241/1999, que versa sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado de São Paulo, dispõe em seu art. 2º, XXIII, que será permitida a recusa a tratamentos dolorosos ou extraordinários com o fito de prolongar a vida. Além dessa lei, há ainda no ordenamento jurídico as leis ordinárias nº 16.279/2006 (MINAS GERAIS, 2006) e nº 14.254/2003 (PARANÁ, 2003) de Minas Gerais e Paraná, respectivamente, que também versam sobre o tema. Todas essas visam trazer legalidade à prática.

A redação da Resolução 1.805/2006 estabelece que “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” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

Há quem afirme que o CEM em seu art. 41, parágrafo único, acolheu a ortotanásia: “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” (CEM, 2019).

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO

Ainda que o direito à autonomia esteja presente em muitos textos normativos, pouco se fala no Brasil a respeito da vontade antecipada do indivíduo na fase terminal de sua existência, bem como no respeito a ela.

O avanço da medicina nas últimas décadas tem permitido à sociedade maior qualidade e expectativa de vida, o tratamento de doenças outrora consideradas sem tratamento, em que se eleva a sobrevivência de pacientes. Porém, é importante levar em consideração a utilidade de tais recursos em pacientes cujo tratamento possa ser inviável. No que tange tal aspecto, é válido citar Zaragoza-Martí; Julià-Sanchis; García-Sanjuán, que assim dizem:

“La relación médico-paciente se encuentra en un proceso de cambio y evolución hacia un tratamiento más humano, sustentado sobre el principio de autonomía, con el objetivo de respetar los derechos del paciente y no sólo imponer la voluntad del médico. Un instrumento que salvaguarda esta situación es el Documento de Voluntades Anticipadas, como extensión del consentimiento informado.” (2020, p. 26)¹

Além disso, como bem destaca Rui Nunes (2012, p. 253)

“Em doentes terminais, o desenvolvimento das ciências biomédicas, nomeadamente das técnicas de reanimação, colocou desde logo a questão de se determinar se é ou não adequado utilizar todos os recursos clínicos existentes ou se, pelo contrário, é legítima a suspensão ou abstenção de tratamentos considerados fúteis, extraordinários ou desproporcionais”.

Segundo a Resolução nº 1.995/2012 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012), em seu art.1º, as diretivas antecipadas de vontade são o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer ou não receber no momento em que estiver sem capacidade de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Nessa direção, Genival Veloso de França dita que muitas das chamadas “diretivas de futuro”, ou seja, as advance directives (DA), como os “testamentos vitais” (living wills), ou os “poderes legais” (durable powers of attorney), que aqui denominamos de mandato duradouro, são instrumentos jurídicos para decisões sub-rogadas, criados com base na “lei da autodeterminação do paciente”, que tem origem na expressão “patient self-determination act” ou PSDA (FRANÇA. 2017, p. 1118).

¹ A relação médico-paciente se encontra em um processo de mudança e evolução para um tratamento mais humano, sustentado sobre o princípio de autonomia, com o objetivo de respeitar os direitos do paciente e não só impor a vontade do médico. Um instrumento que salvaguarda esta situação é o Documento de Vontades Antecipadas, como extensão do consentimento informado (tradução nossa).

Conforme preceitua Dadalto (2014, p. 2), quando se fala em DAV, deve-se pensar em um documento que une, a um só tempo, o testamento vital e o mandato duradouro. Para esclarecer o entendimento atinente ao instrumento de vontade antecipada subdividir-se-á ele nos dois tipos supracitados.

3.1 Testamento Vital

Precipuamente, é importante ressaltar a importância e validade do documento como um negócio jurídico unilateral, já que consiste em declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente (PEREIRA, 2017, p. 388). Antonio Junqueira Azevedo (2002, p. 16), ao definir o negócio jurídico, o subdivide em duas formas: fato jurídico abstrato e fato jurídico concreto. A primeira consiste em uma manifestação de vontade cercada de circunstâncias (circunstâncias negociais) que socialmente transfere essa manifestação à produção de efeitos jurídicos. É, pois, a hipótese normativa consistente em manifestação de vontade. A segunda configura-se em declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia exigidos pela norma jurídica.

Ademais, Reale (2002, p. 164) explica que todo negócio jurídico deve tender a atingir um resultado prático, que neste caso não está previsto em lei, mas se feito corretamente, será compatível com ela - isso configura o negócio jurídico atípico. Segundo Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 339-340) é a manifestação de vontade que busca produzir determinado efeito jurídico, e unilateral, pois é suficiente e necessária a vontade de um único agente para a produção de efeitos inter vivos (DADALTO, 2014, p. 7) na órbita jurídica. Outrossim, possui como particularidade seu caráter personalíssimo, revogável e gratuito (PENALVA, 2009, p. 526).

O testamento vital é conceituado como uma declaração escrita da vontade de um indivíduo quanto aos tratamentos que não deseja ser submetido caso não mais consiga manifestar sua vontade (LIPPMANN, 2013, p. 17). Trata-se, portanto, de um documento firmado, livre e conscientemente, ainda que em um momento crucial da vida do indivíduo, que representa o momento do exercício de um direito fundamental de sua autonomia no que tange aos cuidados médicos e que deve ser respeitado integralmente conforme sua vontade (FRANÇA, 2017, p. 1120). Ademais, Farias e Rosenvald (2015, p. 311) explicam que o testamento vital é o documento que expressa as orientações que contém os limites terapêuticos

de tratamento a seguir em caso de o paciente vir a se tornar terminal, quando ainda gozava de suas faculdades mentais.

No mesmo sentido encontram-se Beauchamp e Childress (2002, p. 203), que tratam do documento como um modelo de pura autonomia que expressa a manifestação de vontade do paciente quando este encontrava-se capaz. Sobre isso, Dadalto (2014, p. 3) advoga que, mesmo que o testamento vital seja um instrumento calcado na autonomia, não é dotado de ilimitabilidade, vez que não pode dispor sobre disposições contrárias ao ordenamento jurídico vigente, tal como optar por uma morte eutanásica, contrariar tratamentos já superados pela classe médica ou destoar àqueles indicados como recurso terapêutico à doença. Ressalta ainda a autora, que está reservado o direito do médico à objeção de consciência (DADALTO, 2002, p. 3; CEM, 2019).

Noutro giro, no que toca a autonomia, esta pode ser definida como a competência para gerir a própria vida, fazendo uso de seus próprios meios, vontades e medidas (AUTONOMIA, 2020). Importante citar os ensinamentos de Marchi e Sztajn (1998, p. 3), quando dizem que

“Autonomia em saúde é o poder que tem o usuário de decidir que profissional escolher para atendê-lo, que tratamento aceita ou admite, seja por razão de credo ou não, determinando os seus interesses, que exerce de forma independente. Funda-se no respeito à pessoa humana, à individualidade, implicando no direito à escolha, à manifestação de vontade. Se a escolha de cada pessoa é decorrente do exercício de sua autonomia, uma pessoa não tem o direito de impor sua vontade a outrem”.

Ademais, Kant (2005, p. 67) define a autonomia como a faculdade do ser humano de se autogovernar conforme seus padrões de conduta moral sem que exista influência de outros aspectos. Amaral e Pona (2008, p. 14) traduzem o respeito a este princípio, no campo da bioética, como “a valorização das considerações sobre as opiniões e escolhas dos indivíduos, de modo a não obstruir suas ações [...]. É a liberdade de escolha do paciente, seu direito de autodeterminação, de manifestação livre de sua vontade [...]”. Necessário é, pois, que haja por parte do médico a vontade de expor todas as informações necessárias para que o paciente externar o que se chama de consentimento esclarecido quanto aos tratamentos médicos, autonomamente. De acordo com Diniz (2017, p. 370),

“Esse consentimento esclarecido é uma decisão tomada voluntariamente, sem restrições internas ou externas, diante de todas as informações prestadas necessárias ao caso. Exigir tal consenso é promover a autonomia do indivíduo na tomada de decisões com relação a assuntos de saúde e tratamento médico”

Além disso, de acordo com Zaragoza-Martí; Julià-Sanchis; García-Sanjuán,

“Gracias a las acciones internacionales, tales como el Código Nuremberg, la Declaración de Helsinki, los Protocolos de CIOMS o el Informe Belmont, el respeto de la autonomía del paciente se torna relevante” (2020, p. 32)²

Esse pensamento reforça de forma cativante a ideia de que os tratamentos médicos devem ter por base a autonomia do paciente, conquistada aos poucos no seio social.

Embora, no Brasil, inexista óbice a um indivíduo registrar, no cartório, previamente sua vontade frente a determinada assistência médica nos casos de doença incurável, alguns critérios devem ser levados em consideração, como maioridade e plena capacidade civil. De acordo com Código Civil de 2002 (BRASIL, 2020c), “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”, conforme seu art. 5º e observa-se o atendimento ao critério da plena capacidade civil quando preenchidos os requisitos constantes dos arts. 3º e 4º do mesmo códex. Genival Veloso de França, que também denomina o Testamento Vital como Declaração de Vontade Antecipada, destaca que tal documento deverá ser escrito por agente maior e capaz e tal vontade será respeitada quando, em função de doença grave e incurável ou estado terminal, o sujeito já não tenha condições de expressar seus desígnios. O que isto procura assegurar é a não utilização de condutas ou tratamento fúteis e o impedimento de uma “morte digna” (FRANÇA, 2014, p. 513; FRANÇA, 2017, p. 1119).

A nomenclatura correta para o documento é “declaração prévia de vontade do paciente”. Contudo, o termo “testamento vital” é mais conhecido. O fato se dá por erro de sucessivas traduções do chamado “*living will*”, no qual “*will*” pode designar vontade, desejo ou testamento e “*living*”, o substantivo sustento, o adjetivo vivo ou o verbo vivendo. Destarte, a tradução literal mais assertiva seria *disposição de vontade de vida* (PENALVA, 2009, p. 526). Lippmann (2013, p. 17) leciona que o testamento vital não pode ser confundido com o testamento civil. Este possui relação direta com o patrimônio e apesar de ser feito em vida, só produz seus efeitos após a morte (*causa mortis*). Daí a importância da correta terminologia trazida por Penalva (2009, p. 526).

Superada a questão terminológica, insta destacar e reafirmar as especificidades deste instituto: o documento deverá ser escrito por agente capaz, que possua discernimento, vinculará médicos, familiares do paciente e eventual procurador de saúde, ou seja, o instituto em análise

² Graças às ações internacionais, como o Código de Nuremberg, a Declaração de Helsínquia, os Protocolos da CIOMS ou o Relatório Belmont, o respeito da autonomia do paciente torna-se relevante (tradução nossa).

possui efeitos *erga omnes* e terá aplicabilidade no momento final de vida do indivíduo, quando este não mais puder declarar sua vontade (PENALVA, 2009, p. 527).

Imperioso salientar que um dos itens constantes do testamento vital é o desejo de não alimentar o sujeito que se encontra em estado vegetativo persistente, assim como a chamada Ordem de Não Ressuscitar, representada pela sigla DNR-Order ou simplesmente Não Ressuscitar, equivalente a sigla NR. De forma a universalizar o comando, atualmente é conhecido como Do Not Attempt Resuscitation Order - Ordem para Não Tentar Ressuscitar (FRANÇA, 2017, p. 1120). De acordo com Veciana (2004, p. 108), o estado vegetativo persistente (EVP) se materializa quando os pacientes mantêm suas funções cardiovasculares, respiratórias, renais, termorreguladoras e endócrinas, assim como a alternância entre sono e vigília, embora não mostram contato com o meio externo e nenhuma atividade voluntária.

3.2 Mandato Duradouro

A outra espécie do gênero Diretivas Antecipadas de Vontade é o chamado Mandato Duradouro, que merece destaque em sua classificação por ser deliberadamente interpretado como sinônimo do Testamento Vital. O Mandato Duradouro constitui um documento no qual o paciente nomeia um ou mais procuradores (eventual procurador de saúde - mandatário). Estes serão consultados pela equipe médica quando o doente não possuir mais capacidade de responder por si mesmo e ao representante nomeado caberá a decisão de aceitar ou não os tratamentos que forem designados (PENALVA, 2009, p. 524). Vale ressaltar que, neste, o procurador irá externalizar a vontade do paciente (expressa, provavelmente, no testamento vital), ou seja, o mandatário recebe poderes expressos para atuar em nome do paciente, em que ele será um interlocutor entre o paciente, o procedimento e o médico (DADALTO, 2014, p. 3; ARANTES JÚNIOR, 2020, p. 43-44).

Ao contrário do testamento vital, que somente produzirá efeitos quando o outorgante estiver em um estado de incapacidade permanente, o mandato duradouro também produzirá efeitos quando o sujeito apresentar incapacidade permanente, mas ainda quando ela for temporária, o que demonstra seu amplo alcance.

Dessarte, resta evidente a importância da distinção das duas espécies de vontade antecipada para que o indivíduo, em um único documento, consiga reunir um instituto que permita acolher sua vontade acerca da recusa e/ou aceitação de tratamentos extraordinários, assim como outro que o permita nomear uma pessoa que por ele venha a decidir acerca da conduta médica proposta (DADALTO, 2014, p. 7).

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OUTROS ORDENAMENTOS

Após importantes considerações acerca das diretivas de vontade antecipada e de seus elementos, insta analisar de que forma tal instrumento pode ser adotado no Brasil, bem como o modo como é empregado em diferentes países.

Na Argentina, a Lei nº 26.742 (ARGENTINA, 2012), sancionada e promulgada em maio de 2012, regulamenta os direitos dos pacientes em sua relação com os profissionais e instituições de saúde. Consta em sua redação que o paciente, enquanto detentor de autonomia, tem o direito de aceitar ou recusar determinadas terapias ou procedimentos médicos. No que toca à irreversibilidade de algumas enfermidades, a referida lei determina que o paciente terá o direito de expressar sua vontade em recusar a reanimação artificial, bem como indicar a retirada de medidas de suporte vital quando estes apresentarem-se extraordinários ou desproporcionais. Destaca-se ainda, no que toca a experiência argentina, o artigo 60 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina que estabelece o seguinte:

“Artículo 60. Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.” (ARGENTINA, 2014, p. 15)³

É nítida a vontade do legislador argentino em promover a ordenação das DAVs, nas suas duas espécies, qual seja, o testamento vital e o mandato duradouro. Quanto à eutanásia, abordada em tópico anterior e aqui reforçada, Baum (2017, p. 14) entende que “[...] el artículo 60 del CCCN, dedicado a las Directivas Médicas Anticipadas restringe la autonomía personal en relación a la eutanasia [...]”⁴. Prossegue a autora no entendimento de que

³ Artigo 60º. Diretivas médicas antecipadas. A pessoa plenamente capaz pode antecipar diretivas e conferir mandato em relação à sua saúde e em previsão da sua própria incapacidade. Pode também designar a pessoa ou pessoas que devem expressar o consentimento para os actos médicos e para exercer a sua cura. As diretivas que impliquem o desenvolvimento de práticas eutanásicas são consideradas não escritas. Esta declaração de vontade pode ser livremente revogada em qualquer momento (tradução nossa).

⁴ O artigo 60 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina, dedicado às Diretivas Médicas Antecipadas restringe a autonomia pessoal em relação à eutanásia (tradução nossa).

“En cambio, la permisión o prohibición legal de la eutanasia tendrían que ver con la política pública de salud que cada estado diseñe en virtud de la incorporación o no de un criterio moral de compasión ante el sufrimiento humano” (BAUM, 2017, p. 12)⁵

Nesse esteio, criticamente a autora ironiza o fato de a Argentina já ter um modelo de diretivas antecipadas pautado na autonomia do paciente e direitos humanos e ainda encontrar-se “atrasado” no que tange à prática da eutanásia, já que, na visão da dela, tal modalidade de finalizar a vida é um modo empático de uma pessoa com doença incurável e dolorosa morrer dignamente (dilema moral de “morrer ou deixar morrer”), pautado preliminarmente nos princípios da autonomia individual e dignidade da pessoa humana, basilares no que tange o respeito aos direitos humanos (BAUM, 2017, p. 8). Para finalizar, a empatia, na visão da autora, é uma capacidade humana cognitiva, que permite unir pessoas físicas, sociais ou culturalmente separadas, mediante um ato individual e subjetivo, de representação mental sobre o sofrimento, situação e contexto de outro sujeito (2017, p. 10).

Na Espanha, a lei que regulamenta o assunto é a de nº 41 de 2002 (ESPANHA, 2002), especificamente no artigo 8º que versa sobre o respeito à autonomia do paciente. A leitura do dispositivo permite entender que nenhum ato do profissional de saúde será deliberado e que será necessário o consentimento prévio do afetado. Ainda, o artigo 11 da lei supramencionada, que trata das instruções prévias, revela que este documento deverá ser elaborado por agente capaz e maior de idade, com o objetivo de que tal desígnio se cumpra no momento em que não mais puder manifestar sua vontade no que tange cuidados e tratamentos de saúde. Ressalta-se ainda que a DAV pode ser pública ou privada. Na primeira modalidade, admite-se duas formas de registro, qual seja em um cartório, por meio de escritura pública, sem a presença de testemunhas ou diante de um funcionário à serviço da Administração, designado pelo Conselho de Saúde (DADALTO, 2014, p.3). Quanto à segunda modalidade de manifestar a diretiva antecipada de vontade, o documento deve ser assinado por três testemunhas, capazes, com a ressalva de que dessas, duas não podem ter relação de parentesco e nem vínculo jurídico preestabelecido com o outorgante (DADALTO, 2014, p.3). Outrossim, a lei espanhola supracitada sobre DAVs criou um Registro Nacional de Instruções Prévias subordinado ao Ministério da Sanidad y Consumo, que foi regulamentado pelo decreto 124/2007.

⁵ Em contrapartida, a permissão ou proibição legal da eutanásia teriam que ver com a política pública de saúde que cada estado desenhe em virtude da incorporação ou não de um critério moral de compaixão ante o sofrimento humano (tradução nossa).

Em Portugal, a lei que disciplina o objeto da discussão é a de nº 25/2012 (PORTUGAL, 2012). Ela regulamenta as Diretivas Antecipadas de Vontade sob a forma de Testamento Vital, além de determinar a nomeação de um procurador de cuidados de saúde. Outrossim, a norma criou o RENTEV - Registro Nacional do Testamento Vital. Este, que representa um grande avanço em matéria de legislação, deverá atender a algumas peculiaridades para sua formalização, dentre elas ter sido escrito e assinado presencialmente perante servidor devidamente habilitado do Registro Nacional do Testamento Vital ou notário sem a necessidade de testemunhas e conter as situações clínicas nas quais o referido instrumento legal produzirá seus efeitos. Ainda, a lei portuguesa estabelece um prazo de eficácia do documento celebrado, de cinco anos a contar da sua assinatura, que, após decorrido, deve ser renovado pelo outorgante (art. 7º, 1 e 2).

Atualmente, no Brasil, não existe norma expressa que regule a confecção de um documento com o condão de assegurar a vontade antecipada do paciente, ou seja, as discussões são muito incipientes. O que existe é o projeto de lei, em trâmite no Senado Federal, o PLS nº 149/2018 (BRASIL, 2018), que trata das diretivas antecipadas de vontade nos tratamentos de saúde ao permitir que toda pessoa maior e capaz declare antecipadamente sua vontade de submissão ou não a futuros tratamentos de saúde, quando encontrar-se em fase terminal ou acometido de doença grave ou incurável.

A despeito da carência de uma norma que presida expressamente o tema, é possível encontrar princípios constitucionais que sustentam a propositura de uma lei que verse sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, vez que trata-se de uma matéria que precisa de um suporte legal a fim de que se concretize os Direitos Humanos. O princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III e da proibição a tratamento desumano e degradante, no art. 5º, III, ambos expressos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2020b), bem como o princípio da autonomia, este implícito no caput do art. 5º da referida Constituição, reforça como as DAVs são instrumentos que expressam a autonomia e garantem a dignidade do indivíduo. Ainda, consoante o art. 4º da LINDB, que diz serem os princípios fonte secundária de apreciação, quando a lei for omissa.

O Conselho Nacional de Justiça tratou do instrumento de Vontade Antecipada ao emitir o enunciado nº 37 da 1ª Jornada de Direito da Saúde (BRASIL, 2019). Ele traz em seu texto que as Diretivas ou Declarações Antecipadas de Vontade deverão ser preferencialmente escritas e não haverá especificação de quais tratamentos médicos o declarante deseja ou não ser submetido.

Importante trazer à baila que, no Brasil, o mais próximo de uma norma positivada sobre o assunto são as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), documentos que estabelecem normas sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, embora possuam caráter infraconstitucional e de aplicabilidade contida. Para Arantes Junior (2020, p. 50-51),

“Autarquias como o CFM, puxarem para si a responsabilidade da introdução do tema no âmbito nacional através de resoluções, sendo oportuno ressaltar que elas não legalizaram as diretivas antecipadas de vontade e nem a ortotanásia, uma vez que o CFM não possui competência para tal, somente expõe a maneira como esses temas devem ser tratados e interpretados pelos profissionais”

Para fins explicativos, de acordo com Carvalho Filho

“Resoluções são atos, normativos ou individuais, emanados de autoridades de elevado escalão administrativo, como, por exemplo, Ministros e Secretários de Estado ou Município, ou de algumas pessoas administrativas ligadas ao Governo. Constituem matéria das resoluções todas as que se inserem na competência específica dos agentes ou pessoas jurídicas responsáveis por sua expedição. Tais resoluções são típicos atos administrativos, tendo, portanto, natureza derivada; pressupõem sempre a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas. Destarte, não se confundem com as resoluções previstas no texto constitucional, como é o caso das relacionadas no art. 59, VII, que integram o processo legislativo” (2020, p. 290).

A Resolução nº 1995/2012 (BRASIL, 2012), citada anteriormente, dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, no sentido de externar, de maneira prévia e expressa, os desígnios do enfermo no que toca aos tratamentos que quer ou não receber, quando não mais puder manifestar seus desejos. Cumpre salientar que a norma supramencionada prevalecerá sobre os desejos dos familiares e qualquer outro parecer não médico. As diretivas antecipadas de vontade do paciente não serão consideradas quando entrarem em conflito como Código de Ética Médica.

Já a Resolução nº 1.805/06 (BRASIL, 2006) trata dos casos em que há doença grave e incurável e o doente encontra-se em fase terminal. Nesses casos, o médico poderá suspender tratamentos e procedimentos que tão somente venham prolongar a vida do doente, devendo-se respeitar sempre a vontade deste, em verdadeiro caráter embrionário das DAVs. Arantes Junior (2020, p.50-51), destaca que mesmo após a suspensão do tratamento, o enfermo continuará recebendo os cuidados que objetivam o alívio de sua dor, bem como os cuidados psíquicos e espirituais, na qual lhe é facultado decidir acerca da alta hospitalar.

Ainda, a Resolução nº 2.156/2016 (BRASIL, 2016) disciplina sobre as admissões em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e que estas deverão ocorrer quando houver potencial benefício para o paciente. Em atendimento ao critério de admissibilidade no setor hospitalar ora mencionado, constantes na referida resolução, pacientes com doença terminal, sem possibilidade para recuperação, não são apropriados para ocuparem o leito de uma UTI.

Por fim, a Resolução nº 2.232/2019 (BRASIL, 2019) traz em seu texto a recusa terapêutica como um direito a ser exercido pelo paciente, desde que este atenda a alguns critérios como maioridade, capacidade, lucidez, níveis normais do estado de consciência e que esteja orientado. Diante de tal recusa, poderá o médico ofertar outra forma de tratamento, quando possível, assim como exercer a objeção de consciência, que é o direito do profissional de se abster do atendimento e não realizar conduta médica, e até romper sua relação com o paciente. Importante trazer à baila que, em casos de urgência e emergência que caracterizem iminente perigo de morte, poderá o médico adotar todas as medidas necessárias para salvaguardar a vida do paciente.

Realça-se que, no que toca a esta última resolução, há a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 642, que visa à declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 2.232/2019. Essa ADPF foi ajuizada pelo PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL, em que se alega que tal Resolução do CFM viola os princípios fundamentais da legalidade, da separação de poderes e do devido processo legislativo (art. 5º, II; art. 2º, caput, art. 5º, LIV), por limitação inconstitucional da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à liberdade, à igualdade, à saúde e à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos II e III; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196). Um dos argumentos trazidos na petição inicial é que

“Embora trate-se de ato normativo secundário, é possível compreender que a resolução do CFM produz inovação normativa de caráter primário, uma vez que altera as condições de fruição de direitos fundamentais de todas as pessoas no seu acesso à saúde, com efeito erga omnes. Na prática, a resolução dispõe sobre limites e condicionantes dos direitos dos pacientes, quanto à sua possibilidade de consentir ou recusar tratamentos e procedimentos de saúde, não sobre ética médica estritamente, o que extrapola seu âmbito de atuação.”

Por isso, viola os princípios, direitos e preceitos outrora mencionados. Além disso menciona-se as competências do CFM listadas na Lei Federal nº 3.268/1957, em seu art. 5º, na qual (nesse rol) não se alude a possibilidade de a autarquia tratar sobre direitos de pacientes, e segundo argumentação trazida na Petição Inicial nem poderia. A consequência jurídica da

permissão para o CFM tratar disso seria a violação das bases do Estado Democrático de Direito.

Mesmo que a ADPF ainda esteja em curso, faz-se mister produzir juízo sobre a argumentação trazida na Peça Inaugural. Primeiramente, é importante destacar que a referida resolução não dispõe diretamente sobre direito dos pacientes, e sim de que modo o médico deve agir caso o enfermo externalize, por exemplo, o seu desejo de não prolongar cuidados extraordinários e apenas lançar mão dos paliativos. Se o médico não respeita essa vontade, seria um tanto quanto mais antidemocrático, uma vez que a base do Estado de Direito é a dignidade da pessoa humana. Todavia, é importante deixar registrado que o CFM vem tentando conscientizar o Poder Legislativo, para que regule a matéria, sob pena de continuar a exercer seu poder regulamentar derivado para tratar das matérias que versem a categoria médica.

Por último, faz-se necessário abordar o caráter não absoluto do direito à vida, já tratado preliminarmente, em razão de haver outro direito ainda mais importante, qual seja, a dignidade da pessoa humana, salvaguardada na CRFB/88, na Convenção de Direitos Humanos que suscitou o Pacto San José da Costa Rica, bem como na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Isso porque de nada adianta estar vivo e não ter o mínimo para existir ou ainda estar às portas de condições consideradas degradantes, como nos casos de prosseguimento de vida com sofrimento do paciente. Esse entendimento foi reforçado na ADPF nº 54, que tratava da possibilidade de se permitir o aborto nos casos em que o feto era anencéfalo. Analogamente, no que tange os pacientes com doenças terminais, e que causam dor, pode-se utilizar consideração semelhante, já que não faz sentido prolongar a “vida” deste paciente. Isso, além de dar dignidade à pessoa, respeita também sua autonomia de decidir sobre sua própria vida, e poupa a família de sofrer junto ao doente.

5 CONCLUSÃO

As DAVs, seja na modalidade testamento vital, seja na forma de mandato duradouro, simbolizam um considerável progresso no âmbito dos direitos individuais, pois expressam a autonomia do indivíduo frente ao tratamento médico que deseja ser submetido quando encontrar-se em estado de completa incapacidade de manifestar seus desígnios. Tais instrumentos de vontade antecipada possuem como escopo assegurar uma morte digna, que se distancia em muitos aspectos da eutanásia, que traz em sua estrutura atos comissivos e que no Brasil é caracterizado como um homicídio privilegiado, assim como afasta-se da distanásia,

prática que visa prolongar a vida a todo custo, medida que provoca dor, angústia e sofrimento do enfermo.

Por isso tudo, é importante deixar frisado que o testamento vital e o mandato duradouro, enquanto espécies das DAVs, são formas existentes, válidas e eficazes a partir da sua criação, desde que se respeite os requisitos subjetivos trazidos no Código Civil de 2002 para a confecção dos negócios jurídicos em geral, já que abarca desde os bilaterais, até os unilaterais. Ainda versa a noção atípica dos negócios, que também engloba essa situação. Todavia, é válido registrar-se que é imperioso que esses instrumentos sejam feitos ou ao menos assistidos por meio de profissional técnico, qual seja o advogado, a fim de que não constem no documento disposições contrárias ao Estado de Direito. Isso também pode suscitar a formalidade do instrumento, embora não haja norma que indique isso, é ideal para garantir uma maior segurança jurídica.

Não obstante inexistir norma de caráter ordinário no que toca o tema aqui discutido, é válido destacar a tentativa por parte dos estados federativos e do CFM de ao menos suscitar a regulamentação da matéria. Para tanto, utilizam de um modo ou de outro as disposições internacionalmente aceitas. Embora haja incipiência no ordenamento jurídico brasileiro, foi possível observar que Argentina, Portugal e Espanha já se encontram em processo avançado de positivação e regulação das DAVs.

Por toda a inquietação social sobre o tema, é extremamente necessário que se regulem as DAVs no Brasil, com a criação de um padrão para registro das DAVs e um órgão fiscalizador, como ocorre em Portugal, para que se confira o cumprimento dos direitos fundamentais à autonomia, dignidade da pessoa humana e à morte digna. Pode-se por exemplo, utilizar como base prática e jurídica as disposições desses três países que citamos anteriormente, já que apenas apresenta benefícios ao corpo jurídico e social, vez que partilham do sistema *civil law*. A insegurança jurídica e desrespeito a direitos basilares acabam culminando em excessivas judicializações, que por um lado garantem o bom andamento das instituições democráticas, todavia por outro congestionam o Judiciário com questões que poderiam ser resolvidas de outra forma.

Destarte, urge a necessidade de uma lei que regulem as DAVs no Brasil para a garantia da segurança jurídica e concretização dos direitos humanos, principalmente o da morte digna calcada na dignidade do indivíduo, visto que conforme Bobbio (2004, p. 16) “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. No Brasil, esta proteção dos direitos fundamentais ainda encontra obstáculos pela não efetivação deles. Essa

situação acontece, pois, muitas vezes o Poder Legislativo não consegue positivizar os ditames contidos na Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. C. Z. M. do; PONA, É. W. Autonomia da vontade privada e Testamento Vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do direito privado da UEL**. Londrina, v. 1, n. 3, 2008.

APPEL, Camila; MOREIRA, Jéssica. A última escolha de Bruno Covas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 de maio de 2021. Seção blogfolha: Morte sem tabu. Disponível em: <https://mortesemtabu.blogfolha.uol.com.br/2021/05/21/a-ultima-escolha-de-bruno-covas/> Acesso em: 25 mai. 2021.

ARANTES JUNIOR, Ronaldo Carneiro. Diretivas Antecipadas de Vontade - Testamento vital e Mandato Duradouro: os conflitos bioéticos e biojurídicos a serem enfrentados. In: ANDRÉ, Victor Conte. **Responsabilidade médica: temas atuais e aspectos controversos**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 23-62.

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

_____. Ley 2.742 de may de 2012. **Los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud**. Disponível em: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026742.pdf Acesso em: 12 mai. 2021.

AUTONOMIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. **Porto**: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/autonomia/> Acesso em: 25 abr. 2021.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BASÍLIO, Ravana Medeiros Costa Soares. **A vigência das diretivas antecipadas de vontade em relação à vida e à morte digna**. 2013. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE, 2013.

BAUM, Erica. Eutanasia, empatía, compasión y Derechos Humanos. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 39, p. 5-21, 2017.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BITTAR, Neusa. **Medicina legal descomplicada**. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2011.

_____, Neusa. **Medicina legal e noções de Criminalística**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Decreto – Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020a.

_____. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº 108/2020. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020b.

_____. **Código Civil e normas correlatas**. 11. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020c.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1805/2006**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805> Acesso em: 16 mai. 2021.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995> Acesso em: 16 mai. 2021.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2156/2016**. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156> Acesso em: 16 mai. 2021.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2232/2019**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232> Acesso em: 16 mai. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. I Jornada de Direito da Saúde. **Enunciado nº 37**. Março, 2019. Disponível em: <http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-das-jornadas-do-direito-da-saude-do-cnj/> Acesso em: 14 mai. 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 149 de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1600968441794&disposition=inline> Acesso em: 14 mai. 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia**: Comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

CABRERA, Heidy de Avila. **Eutanásia**: direito de morrer dignamente. 2010, 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Fieo de Osasco, Osasco, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. **Conselho Federal de Medicina**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

COLÔMBIA. **Resolución 1216 de 2015**. Ministerio de Salud y Protección Social, 2015. Disponível em: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_1216_2015.htm Acesso em: 24 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Iniciação à bioética**. Brasília, DF, 1998. _____. **Resolução 1.805/2006**. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de novembro de 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805> Acesso em: 16 fev. 2021.

_____. **Resolução 1.995/2012**. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de agosto de 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995> Acesso em: 16 mar. 2021.

CUNHA, Idalina Cecília Fonseca da; BRITO, Larissa Farias. A morte digna de Bruno Covas, a ortotanásia e o instrumento das diretivas antecipadas de vontade (também chamado "testamento vital"). **Migalhas**, 21 de maio de 2021. Seção de peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345929/a-morte-digna-de-bruno-covas-a-ortotanasia-e-o-testamento-vital> Acesso em: 25 mai. 2021.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. **Civillistica.com**, v. 2, n. 4, p. 1-9, 15 fev. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. DISTANÁSIA. In: Dicio, Dicionário Online de Português. **Porto**: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/distanasia/#:~:text=Significado%20de%20Distanasia,excesso%20de%20dor%20e%20ang%C3%BAstia>. Acesso em: 01 abr. 2021.

ESPANHA. Ley 41 de novembro de 2002. **Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188> Acesso em: 12 mai. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, vol. 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. HOLANDA. **Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (WTL), Wetboek van Strafrecht en Wet op de lijkbezorging**, 2001. Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/2020-03-19> Acesso em: 24 jun. 2021

KANT, Immanuel. **Fundamento da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**: o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.

MARCHI, M. M.; SZTAJN, R.. Autonomia e Heteronomia na Relação entre Profissional de Saúde e Usuário dos Serviços de Saúde. **Revista bioética**, v. 6, n. 1, 1998.

MARTÍNEZ-SELLÉS, Manuel. **Eutanasia**: Un análisis a la luz de la ciencia y la antropología. Madrid: Rialp, 2019.

MINAS GERAIS. **Lei nº 16.279/2006 de 20 de julho de 2006**. Dispõe sobre os direitos dos usuários das ações e dos serviços públicos de saúde no estado. Minas Gerais, 2006. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-16279-2006-minas-gerais-dispoe-sobre-os-direitos-dos-usuarios-das-acoes-e-dos-servicos-publicos-de-saude-no-estado> Acesso em: 3 mar. 2021.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
NUNES, Rui. Testamento Vital. Nascer e crescer. **Revista de pediatria do centro hospitalar do porto**. Porto – PT, v.21, n. 4, p. 250-255, 2012.

PARANÁ. **Lei nº 14.254 de 04 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre prestação de serviço e ações de saúde de qualquer natureza aos usuários do sistema único de saúde - sus e dá outras providências. Paraná, 2003. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14254-2003-parana-prestacao-de-servico-e-acoes-de-saude-de-qualquer-natureza-aos-usuarios-do-sistema-unico-de-saude-sus-e-da-outras-providencias> Acesso em: 3 mar. 2021.

PENALVA, Luciana Dadalto. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista bioética**. Brasília, v. 17, n. 3, p. 523-543, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PESSINI, Leocir. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? 2 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/Loyola, 2007.

_____, Leocir. **Eutanásia**: por que abreviar a vida? 1 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/Loyola, 2004.

PORTUGAL. Lei nº 25 de julho de 2012. Lei portuguesa sobre diretivas antecipadas de vontade. **Revista bioethicos**. Centro Universitário São Camilo. v. 6, n. 3, p.356-359, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO. **Lei nº 10.241 de 17 de março de 1999**. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, 1999. Disponível em: <https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/168477/lei-10241-99> . Acesso em: 3 mar. 2021.

VECIANA, J.M Grau. Estado vegetativo persistente: aspectos clínicos. **Medicina Intensiva**. v. 28, n. 3, p. 108-111, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Integrating palliative care and symptom relief into the response to humanitarian emergencies and crises:** a WHO guide. Geneva, 2018.

ZARAGOZA-MARTÍ, M. F.; JULIÀ-SANCHIS, R.; GARCÍA-SANJUÁN, S. El Documento de Voluntades Anticipadas como instrumento de planificación ético-jurídico: especial atención a la salud mental. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 49, p. 25-40, 2020.