

Testamento vital e a responsabilidade no direito sanitário

Yeda Monteiro Athias*

Sumário: 1 Introdução. 2 Direitos individuais. 3 Da inadequação da nomenclatura “testamento vital” adotada no Brasil. 3.1 Origem e concepção no direito estrangeiro. 3.2 No ordenamento brasileiro. 4 Diferença entre paciente com doença terminal e paciente em estado vegetativo persistente. 5 Cuidados paliativos. 6 Bioética e seus princípios norteadores. 7 Evolução natural da morte. 8 Eutanásia, ortotanásia e distanásia. 9 A ortotanásia sob o enfoque da responsabilidade. 10 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O presente trabalho faz parte do Curso de Especialização em Direito Sanitário, oferecido pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais e tem por objetivo analisar o instrumento, descrito nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.805, de 28.11.2006, e nº 1.995, de 31.08.2012, em consonância com os princípios fundamentais do Código de Ética Médica, que possibilita ao paciente em estado terminal, cuja doença é incurável e irreversível, fazer declaração prévia de vontade sobre os tratamentos ou os procedimentos, inclusive cirúrgicos, que quer ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar livremente sua vontade.

Pretende-se discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana em colisão com os direitos individuais estabelecidos na Constituição Federal e a utilização da ponderação sobre os valores de cada direito fundamental para solução da polêmica matéria sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, estabelecidas nas Resoluções CFM nº 1.805/2006 e CFM nº 1.995/2012, sem, contudo, violar o direito à vida e, tampouco, à dignidade do ser humano.

Em seguida, demonstrar-se-á a inadequação da nomenclatura “testamento vital” utilizado no Brasil, identificando a origem do instituto que surgiu nos Estados Unidos, na década de 1960, bem como a concepção em outros países, não só da Europa (Suíça, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Espanha, Alemanha) como da América do Sul (Uruguai, Colômbia, Argentina), sendo que, no Brasil, ainda não existe lei específica, porém o assunto foi mais difundido quando o Conselho Federal de Medicina editou

a Resolução nº 1.805/2006 e, por último, a Resolução nº 1.995/2012, na qual se admite a possibilidade de o paciente ou seu representante declarar expressamente os cuidados e os tratamentos a serem adotados pelo médico, para a doença em estado terminal, quando informado sobre a doença incurável e irreversível, devendo o médico levar em consideração a vontade do paciente ou, na impossibilidade, a de seu representante legal.

Para melhor compreensão do “testamento vital”, será traçada a diferença entre estado terminal da doença e estado vegetativo persistente, porquanto o Conselho Federal de Medicina só admite a declaração prévia de vontade do paciente para o caso de doença em estado terminal, em que o tratamento é desproporcional, sem benefício ao doente, e em que só prolonga o seu sofrimento. Nesse tópico, far-se-á uma breve explanação sobre os cuidados paliativos, bioética e seus princípios norteadores, como beneficência e maleficência, sem o desnecessário e inútil prolongamento do processo da morte natural e, ainda, sobre a evolução natural da morte, discorrendo sobre os modelos da morte tradicional, moderna e contemporânea e ressaltando o objetivo de propiciar uma morte natural e digna a um doente que já não possui expectativa de melhora em sua saúde e, sendo seu último momento, deve ter o direito de morrer dignamente.

Por fim, serão definidos os institutos da distanásia, eutanásia e ortotanásia, e será feita a distinção entre a eutanásia e ortotanásia, mecanismos utilizados por pessoas que não pretendem o prolongamento da vida, com tratamentos desnecessários, inúteis e desproporcionais, que não lhes trazem nenhum benefício e delongam o seu sofrimento com a doença em estado terminal.

Por último, serão traçadas breves linhas sobre a ortotanásia e o enfoque sobre a responsabilidade, ante a ausência de legislação específica sobre a conduta do médico que considera a vontade expressa do paciente, conforme estabelecido nas Resoluções CFM nº 1.805/2006 e CFM nº 1.995/2012. Diante da omissão legislativa quanto à ortotanásia, passou-se a indagar sobre a responsabilidade médica, de acordo com a legislação vigente, sendo um tema que ainda suscita grande polêmica, tanto no contexto ético e social como no jurídico. Nesse ponto, também se abordará o anteprojeto de lei do novo Código Penal, no qual se prevê a exclusão de ilicitude para a prática da ortotanásia,

* Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com assento na 6ª Câmara Cível. Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais pela Universidade de Franca. Especialista em Direito Civil pela Universidade Estácio de Sá; em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia e pela PUC Minas; em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes, e em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais.

quando preenchidos os requisitos exigidos para que o fato seja antijurídico.

2 Direitos individuais

Os direitos individuais estão expressos no Título II da Constituição da República, a qual assegura não somente os direitos fundamentais, como também as garantias fundamentais, sendo certo que ambos – direitos fundamentais e garantias fundamentais – são direitos e pertencem à categoria ampla dos direitos individuais.

Os direitos individuais, também denominados direitos humanos, coletivos ou garantias fundamentais, tratam daqueles bens elementares inerentes à dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição a cada indivíduo e à coletividade (BASTOS, 994, p. 48).

Se não existe, no Brasil, lei específica sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, conforme estabelecidas na Resolução CFM nº 1.995/12, na qual se admite a possibilidade de o paciente ou seu representante legal declarar expressamente os cuidados e os tratamentos a serem adotados pelo médico, para a doença em estado terminal, a qual é incurável e irreversível, haverá colisão entre a autonomia de vontade do paciente com a conduta do médico e, conseqüentemente, entre os direitos individuais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todo ser humano, enquanto pessoa, tem direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Já no art. 1º da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana está elencada entre os fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

O direito à vida, elencado no art. 5º da Constituição Federal, foi tutelado como direito individual e como base de todo e qualquer direito ou garantia do ser humano. Logo a seguir, nos incisos desse dispositivo legal, assim foi estabelecido:

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
IV – é livre a manifestação de pensamento;
[...]
VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença;
[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Sobre a liberdade de consciência, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins prelecionam:

Em primeiro lugar, urge notar que a vida espiritual não se desenvolve em compartimentos estanques. As condições sociais, econômicas, históricas e culturais exercem, sem dúvida, influência sobre o pensamento individual. O condicionamento deste por fatores externos tem-se mostrado tão mais acentuado quanto se desenvolveram os meios de comunicação em massa e as técnicas de formação de opinião. [...] No contexto mesmo da liberdade de pensamento, há que se destacar a liberdade de opinião, cuja característica é a escolha pelo homem da sua verdade, não importa em que domínio. Ela ganha o nome de liberdade de consciência, quando tem por objeto a moral e a religião (BASTOS; MARTINS, 1990).

Assim, diante da colisão de direitos individuais com o princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se utilizado a ponderação sobre os valores de cada direito fundamental, para solução da polêmica matéria sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, estabelecidas na Resolução CFM nº 1.995/12, sem, contudo, violar o direito à vida e tampouco à dignidade da pessoa humana, como ocorreu no caso emblemático das células tronco, envolvendo valores éticos e jurídicos, que devem ser adequados à realidade, em prol das necessidades do ser humano, o que não deve ser olvidado pelo médico, que não apenas tem o dever de curar, como também o de propiciar o menor sofrimento ao doente, sem afetar a sua dignidade.

Calham à espécie os ensinamentos de Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

O avanço da medicina quanto às tecnologias ao dispor do médico é um acontecimento que tem provocado não apenas benefícios à saúde das pessoas, mas, ao contrário, em alguns momentos, todo esse aparato tecnológico pode acabar afetando a dignidade da pessoa. Esses avanços são dotados, sobretudo, quanto ao controle da morte. Biologicamente, pessoas podem ser mantidas em funcionamento indefinidamente, de forma artificial, sem nenhuma perspectiva de cura ou melhora. Alguns procedimentos médicos, em vez de curar ou de propiciar benefícios ao doente, têm apenas prolongado o processo da morte (BORGES, 2001, p. 283-284).

Nessa linha de raciocínio, cabe ao médico informar não só ao paciente acometido por doença terminal (incurável) como também a seus familiares o diagnóstico e os procedimentos terapêuticos a serem adotados, esclarecendo, inclusive, o grau de sofrimento que poderá ocorrer, para que, então, seja declarada anuência ou não aos cuidados e tratamentos médicos, conforme estabelece a Resolução CFM nº 1.995/2012.

De tal modo, se o Conselho Federal de Medicina, de acordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica, aceita que o paciente, em estado terminal, isto é, com doença incurável e irreversível, possa manifestar sua

vontade livre e consciente sobre os cuidados e os tratamentos a serem adotados pelo médico, permitindo-lhe que não seja submetido a tratamento desproporcional que só prolonga o seu sofrimento, está não só garantindo os direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal – a liberdade de consciência e de manifestação de pensamento – como também está prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana, ao admitir que o doente não seja submetido a tratamento desumano e degradante, mormente se todo ser humano tem direito a viver com dignidade, então que lhe seja permitido o direito a uma morte digna, de forma menos dolorosa e com integridade.

3 Da inadequação da nomenclatura “testamento vital” adotada no Brasil

Enquanto, em alguns países, além de possuírem lei específica, eles utilizam o instrumento “declaração de vontade antecipada” para estabelecer os limites à intervenção médica para os casos em que se tenha um diagnóstico de paciente em estado terminal, no Brasil, ainda não existe lei específica sobre a matéria; porém, em razão de princípios fundamentais do Código de Ética Médica, previstos no Capítulo I da Resolução CFM nº 1.931/2009 e demais Resoluções CFM 1.805, de 28.11.2006, e CFM 1995, de 31.08.2012, passou-se a admitir a possibilidade de aceitar a declaração do paciente ou do seu representante para as situações clínicas irreversíveis e terminais, no sentido de evitar a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários, cujo instrumento vem sendo denominado “testamento vital”.

Dispõe a Resolução CFM nº 1.995/2012 sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes que, em estado terminal, declaram expressamente os cuidados e os tratamentos a serem adotados pelo médico, quando estiverem incapacitados de expressar sua vontade, a fim de evitar ou prolongar sofrimento desproporcional com a utilização de determinado procedimento médico.

Sobre o testamento, o Código Civil, em seu art. 1.857, estabelece que: “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

De acordo com o art. 1.857 do Código Civil, que estabelece sobre o testamento, verifica-se que os seus efeitos são para “depois de sua morte”, enquanto que está sendo utilizado “testamento vital” para estabelecer a vontade prévia do paciente para realização ou não dos tratamentos em vida e, portanto, produzir efeito *inter vivos*, e não *post mortem*. Daí se dizer da inadequação da nomenclatura do instrumento utilizado no Brasil como “testamento vital”.

Nesse contexto, a denominação mais adequada ao instrumento seria “declaração prévia de vontade” do paciente ou até mesmo como consta na Resolução CFM

nº 1.995/2012 como “diretiva antecipada de vontade do paciente”.

3.1 Origem e concepção no direito estrangeiro

O tema em estudo surgiu nos Estados Unidos na década de 1960, com a denominação de *living will*, que consiste em “disposições de vontade de vida”, como proposta de o paciente registrar seu desejo de interromper o tratamento médico para doença incurável, como forma de prolongamento da vida. Todavia, somente no dia 1º de dezembro de 1991, foi regulamentado o “testamento em vida” com a denominação de *Patient Self Determination Act* (PSDA), cuja lei reconhece a recusa do tratamento médico pelo paciente por não desejar se submeter, quando já se encontra incapaz de manifestar sua vontade.

Maria de Fátima Freire de Sá informa que, de acordo com a Lei (PSDA), reconhecendo a recusa do tratamento médico, é reafirmada a autonomia do paciente, em que, da sua entrada nos centros de saúde, serão registradas as objeções e as opções de tratamento em caso de incapacidade superveniente do doente. Essas manifestações de vontade são realizadas de três formas: o *living will* (“testamento em vida”), documento em que o paciente dispõe em vida os tratamentos ou a recusa destes quando estiver em estado de inconsciência; o *durable power of attorney for health care* (“poder duradouro do representante para cuidados com a saúde”), documento em que, por meio de um mandato, se estabelece um representante para decidir e tomar providências em relação ao paciente; e o *advanced care medical directive* (“diretiva do centro médico avançado”), que consiste em um documento mais completo, direcionado ao paciente terminal, que reúne as disposições do testamento em vida e do mandato duradouro, ou seja, é a união dos outros dois documentos (SÁ, 2005).

No Estado de Nova York, desde 1990, vigora a lei que admite ao cidadão indicar um amigo, ou parente, para decidir a interrupção do tratamento ou não, caso fique incapacitado de decidir e se torne paciente terminal (DINIZ, 2006, p. 393).

Na Flórida, em 1992, foi editada lei em que qualquer adulto capaz pode, a qualquer momento, fazer um testamento ou declaração por escrito sobre os procedimentos, rejeição ou remoção de prolongar a vida em caso de sofrer uma doença terminal.

No Estado de Michigan, em 1994, foi aprovada lei que permite ao médico a administração de substância letal a paciente que deseja morrer, legalizando o suicídio assistido (DINIZ, 2006, p. 382).

No Estado de Oregon, em 1997, foi aprovada a lei *Death with Dignity Act* como forma de “suicídio assistido”, ao possibilitar aos pacientes terminais o direito de encerrar suas vidas. Nesse Estado, o departamento de saúde paga 45 dólares a cada paciente terminal que, após aprovação médico-psiquiátrica, deseja participar

do programa de suicídio assistido, aprovado em referendo popular, financiando, conseqüentemente, os custos hospitalares (DINIZ, 2006, p. 382). Aqui cabe destacar, ainda, a recente matéria amplamente divulgada na mídia sobre o caso da americana *Brittany Maynard*, acometida de um câncer terminal no cérebro, que se mudou de São Francisco para esse Estado, porque pretendia morrer com dignidade, planejando o inevitável fim da sua vida, inclusive ao decidir a data (1º.11.2014) e forma de sua morte.

Em 2013, Vermont, pequeno estado rural da Nova Inglaterra, no extremo nordeste dos Estados Unidos, passou a permitir o suicídio assistido por médicos, habilitando os pacientes terminais a solicitar medicação letal.

Em pesquisa, constatou-se que vários países da Europa possuem lei específica admitindo a manifestação de vontade do paciente que se encontra doente em estado terminal ou com doença incurável e que deseja morrer, tais como a Holanda e Suíça, que permite o suicídio assistido, com a prática institucionalizada pela injeção de uma única dosagem letal (DINIZ, 2006, p. 381).

Na Holanda, a eutanásia é tolerada há cerca de 50 anos, porém, só com a “Lei Relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido”, datada 12 de abril de 2001, é que foi regulamentado o processo, o qual deve ser acompanhado por comissões em nível regional, compostas por um médico, um jurista e um especialista em ética, sendo que os médicos têm de estar acompanhando de perto o estado de saúde do paciente e obedecer a regras rigorosas para a prática desse procedimento. Vale ressaltar que a eutanásia apenas poderá ser praticada se o paciente não tiver a menor chance de cura e estiver submetido a insuportável sofrimento. E, nesse caso, o paciente deverá solicitar o procedimento, e não só ele como o seu médico deverão ter certeza de que não existe alternativa, confirmada por outro médico e por uma equipe de especialistas (DINIZ, 2006, p. 388).

De igual modo, a Bélgica, desde setembro de 2002, admite a eutanásia ativa, que é de acordo com controle médico.

Em Luxemburgo, a lei foi aprovada em 19.03.2009, não apenas em relação à eutanásia como também ao suicídio assistido, sendo semelhante à da Holanda e da Bélgica, para os casos de pacientes com doenças incuráveis, com prévia avaliação de dois médicos e por um painel de peritos.

Na Espanha, desde 25.04.1989, há disposição do consentimento prévio do paciente, pela *Ley General de Sanidad* – que estabelece o direito à livre escolha do paciente entre as opções apresentadas pelo médico; porém, há necessidade de consentimento expresso do doente ou, se incapacitado, de seu representante legal, para qualquer intervenção (BORGES, 2001, p. 300).

Na Suíça, por ser descriminalizado, o suicídio assistido é tolerado, como previsto em lei denominada *Exit*, desde 2001, cuja função é prestar atenção e cuidados ao doente que solicite a morte assistida. De acordo com

um artigo publicado em agosto de 2014, no *Journal of Medical Ethics*, foi revelado que, entre 2008 e 2012, 611 pessoas de 31 países do mundo, entre as quais 3 portugueses, foram a Zurique com o objetivo de pôr termo à vida, sendo que, de 2009 até 2012, o número duplicou, e a maioria foi de mulheres.

É oportuno mencionar que o “suicídio assistido” vai voltar à pauta de julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja discussão se trava em torno da Suíça, por ser um dos países europeus mais liberais quando se trata de suicídio e eutanásia, haja vista que, proibido em praticamente todos os países europeus, somente Suíça, Bélgica, Holanda e Luxemburgo autorizam profissionais de saúde a auxiliar uma pessoa a se matar. Porém, esse direito não é absoluto, visto que depende de uma série de pré-requisitos, dentre eles doença em estado terminal, com sequelas graves e incuráveis ou que está sofrendo grande dor (PINHEIRO, 2013).

Na Alemanha, em 25.06.2010, foi encerrada a discussão, admitindo a possibilidade de “suicídio assistido” quando há pedido prévio do paciente com doença terminal, declarando se deseja ou não o tratamento para prolongar a vida.

Dentre os países da América do Sul, o Uruguai, desde a década de 1930, data do Código Penal Uruguaio, não penaliza aquele que pratica “homicídio piedoso”, desde que tenha “antecedentes honráveis” e que pratique a “ação por piedade” e mediante “reiteradas súplicas” da vítima (NOVAES, 2007, p. 72). Todavia, foi em 2009 que foi aprovada a Lei 18.473, conhecida como “declaração de vontade antecipada”, em que qualquer pessoa maior de idade, enferma de uma patologia terminal incurável e irreversível pode, de forma livre e consciente, expressar antecipadamente sua vontade, opondo-se a tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem sua existência em detrimento da sua qualidade de vida.

Não obstante a Colômbia tenha iniciado um movimento de direito à morte em 1979, em 15 de maio de 1997, a Corte Colombiana julgou demanda que queria considerar a possibilidade de ser realizado homicídio por misericórdia, retomando a proposta do jurista Jiménez de Asúa, o que foi aprovado em 29.05.1997, regulamentando a despenalização do homicídio misericordioso. Dessa forma, a Colômbia está seguindo o exemplo do Uruguai (DINIZ, 2000).

Por último, o Congresso da Argentina aprovou a lei chamada de “morte digna”, em maio de 2012, que permite ao paciente terminal ou em estado irreversível rejeitar tratamentos médicos que possam prolongar seu sofrimento ou “vida artificial” conectada aos aparelhos.

Ainda que inexista legislação específica sobre o tema na Itália e Portugal, foi introduzido nos seus Códigos de Ética Médica o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes. Confira-se:

Art. 34. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso.¹

Art. 46: 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.

3.2 No ordenamento brasileiro

No Brasil, ainda não há lei regulamentando a matéria, porém, desde 2006, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805, tratando sobre a ortotanásia, com a seguinte ementa:

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

A partir disso, começou a polêmica sobre a conduta do médico em adotar a Resolução CFM 1.805/06, por inexistir lei específica sobre a licitude ou ilicitude de sua conduta, haja vista que a norma foi apenas no âmbito administrativo, o que ainda não exime o médico da responsabilidade penal ou até mesmo civil.

Nesse ponto, merece destaque a notícia veiculada no portal do CFM, em 06.12.2010, com o seguinte destaque: “Justiça valida Resolução 1.805, que trata sobre a ortotanásia”. Na matéria, foi ressaltada a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 14ª Vara da Justiça Federal, que julgou improcedente o pedido do Ministério Público Federal na ação civil pública, por entender que

à convicção de a resolução, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto (sic).

Foi ressaltada, ainda, a manifestação do presidente daquele órgão:

Estamos orgulhosos do desfecho alcançado. Trata-se de uma sentença que resgata nossa preocupação com o bem-estar e o respeito ao direito de cada indivíduo. Prevaleceu uma posição amadurecida ao longo dos anos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010, *on-line*).

Lado outro, o novo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009), que entrou em vigor em 13.04.2010, além de reforçar o caráter antiético da

distanásia, entendida como o prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente, sem perspectiva de cura ou melhora, dá ênfase aos cuidados paliativos, ao relacionar, no Capítulo I, que trata sobre os princípios fundamentais, o inciso 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”), bem como que, “no processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por ele expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas”, conforme inciso XXI do mesmo diploma (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, *on-line*).

Considerando que, na exposição de motivos da Resolução CFM nº 1.995/12, não foi inserido no Código de Ética Médica o tema “diretivas antecipadas de vontade”, que se situa no âmbito da autonomia do paciente, a Câmara Técnica de Bioética entendeu oportuno encaminhar ao Conselho Federal de Medicina, para elaboração de Resolução, as seguintes justificativas: (i) dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida; (ii) receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade; (iii) receptividade dos pacientes; (iv) o que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal; (v) comitês de Bioética.

Assim, foi editada a Resolução CFM nº 1.995, publicada em 31.08.2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes em estado terminal que não desejam a adoção de medidas não benéficas e desproporcionais que prolonguem o sofrimento, ao admitir a possibilidade de o médico registrar no próprio prontuário aquilo que lhe foi diretamente comunicado pelo paciente ou seu representante (§§ 1º e 4º do art. 2º), com relação ao seu desejo sobre cuidados e tratamentos que quer ou não receber, no momento em que estiver incapacitado de expressar livremente sua vontade, inclusive prevalecendo sobre o desejo dos familiares (art. 1º e § 3º do art. 2º), ressalvada ao médico a sua análise se estiver a diretiva antecipada de vontade do paciente em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica (§ 2º do art. 2º). Nessa ocasião, em razão da ampla divulgação e publicidade, diversas pessoas procuraram os Cartórios de Notas em busca de firmar o seu desejo, por meio do instrumento declarado pela mídia como “testamento vital”, o que trouxe várias indagações, inclusive aos profissionais do direito, por inexistir lei específica sobre a matéria.

Não é demais observar que, ante a ausência de legislação estabelecendo os requisitos para o instrumento

¹ “O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo.” (Tradução nossa.)

a ser realizado pelo paciente em estado terminal, as pessoas ainda confundem a declaração prévia de vontade do paciente em estado terminal com as disposições de vontade para depois do óbito, como lugar do velório, cremação, etc., sendo certo que poderiam outorgar procuração, de preferência, por instrumento público, nomeando um representante para, quando estiver doente em estado terminal e não puder livremente manifestar sua vontade, decidir sobre os tratamentos e os procedimentos médicos que não prolonguem o seu sofrimento. E, com isso, evitar-se-iam transtornos, até mesmo em família, quando determinado ente quer fazer valer sua vontade em detrimento não apenas à do paciente, como também em relação aos demais familiares.

4 Diferença entre paciente com doença terminal e paciente em estado vegetativo persistente

Considerando que a Resolução CFM nº 1.995/2012 dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, em estado terminal, oportuno fazer a distinção dos pacientes em estado vegetativo persistente, os quais não estão amparados pela referida resolução.

Usa-se a expressão doença terminal “para designar o estágio da doença em que não há mais possibilidade de se restabelecer a saúde, evoluindo para a insuficiência de órgãos-alvo e iminência de morte” (WIKIPÉDIA, 2014).

O estado vegetativo é definido como “desordem de consciência em que pacientes com dano cerebral severo permanecem num estado de vigília parcial em vez de consciência plena” (WIKIPÉDIA, 2014), sendo que, após quatro semanas, o paciente passa para estado vegetativo persistente (EVP).

Assim, pode-se dizer, de forma simples, que, enquanto o paciente terminal possui doença, sem nenhuma chance de sobrevivência, e está esperando a sua morte, no estado vegetativo persistente, o paciente pode sair do estado de vigília e ter chance de sobreviver.

Portanto, deve-se atentar que as diretivas antecipadas de vontade do paciente, estabelecidas na Resolução CFM nº 1.995/2012 se destinam apenas ao paciente com doença terminal, sem possibilidade de cura, justificando apenas os cuidados paliativos, no auxílio para o alívio dos sintomas que o levam ao sofrimento, visando melhorar a sua qualidade de vida.

Ao contrário, no estado vegetativo persistente, justifica-se a busca do minucioso diagnóstico médico, de profissionais especializados, com auxílio de todos os recursos tecnológicos disponíveis para o resultado correto, visando ao seu restabelecimento, porque ainda tem chance de sobreviver. E, por essa razão, não se pode admitir a declaração antecipada de vontade do paciente, ainda que a situação clínica perdure por longo tempo, merecendo respeito aos direitos fundamentais à vida e à tutela da saúde, o que traz à baila reflexões sobre o princípio da dignidade do ser humano.

5 Cuidados paliativos

Sobre cuidados paliativos, a Organização Mundial de Saúde (OMS) definiu o conceito, no ano de 1990, e o atualizou, em 2002, para o seguinte:

Cuidados paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais (ACADEMIA..., 2014, *on-line*).

A médica Regina Ungerer, coordenadora da Rede de Informação em Saúde da Organização Mundial de Saúde, ao falar sobre os cuidados paliativos, assim explicou:

São cuidados necessários para ajudar um paciente, uma pessoa, que tenha uma enfermidade grave ou uma enfermidade terminal a se sentir melhor. Ou seja, são cuidados prestados não só físicos, como também emocionalmente, às vezes espiritualmente e até socialmente a uma pessoa que tenha uma doença grave ou está no final de sua vida, para que essa pessoa sinta-se melhor com ela mesma e possa ter uma melhor qualidade de vida (ACADEMIA..., 2014, *on-line*).

Denota-se que os cuidados paliativos visam oferecer tratamento eficaz para os sintomas de desconforto causado por determinada doença, amenizando o sofrimento do paciente e proporcionando-lhe melhor qualidade de vida.

Em palestra proferida pela médica Ana Claudia Quintana Arantes sobre “A morte é um dia que vale a pena viver”, cujo vídeo foi amplamente divulgado na mídia (*Youtube*), os cuidados paliativos visam proteger das intempéries o paciente com doença terminal, cuidando de proteção ao sofrimento, o qual pode ser apresentado nas seguintes dimensões: físico; emocional, social (incluindo o familiar) e espiritual (ARANTES, 2015).

Todavia, de acordo com as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina com ênfase nos cuidados paliativos ao paciente em estado terminal, salientam-se os princípios éticos da beneficência e da não maleficência na prestação de serviços e cuidados da saúde.

Muito se discute se o princípio da não maleficência é um elemento do princípio da beneficência. Certo é que a beneficência é fazer o bem ou deixar de causar o mal intencional a uma pessoa, como alguns doutrinadores denominam beneficência positiva e negativa.

Segundo Frankena,

[...] o Princípio da Beneficência não nos diz como distribuir o *bem* e o mal. Só nos manda promover o primeiro e evitar o segundo. Quando se manifestam exigências conflitantes, o mais que ele pode fazer é aconselhar-nos a conseguir a maior porção possível de *bem* em relação ao mal [...] (FRANKENA, 1981, p. 61).

Belmont (1978) seguiu o mesmo pensamento de Frankena, incluindo a não maleficência como parte da beneficência, estabelecendo duas regras gerais que se complementam para uma ação benéfica: (i) não causar o mal e (ii) maximizar os benefícios possíveis e minimizar os danos possíveis.

Todavia, no contexto médico, a beneficência é o dever de agir no interesse do paciente. O conflito não é entre a beneficência e a autonomia, mas sim entre o paternalismo e a autonomia, conforme destacaram Pellegrino e Thomasma (1988).

No portal do Instituto Nacional do Câncer, na matéria sobre os cuidados paliativos, encontram-se destacados os seguintes princípios (INSTITUTO..., 2015):

- Fornecer alívio para dor e outros sintomas estressantes como astenia, anorexia, dispneia e outras emergências oncológicas;
- Reafirmar a vida e a morte como processos naturais;
- Integrar os aspectos psicológicos, sociais e espirituais ao aspecto clínico de cuidado do paciente;
- Não apressar ou adiar a morte;
- Oferecer um sistema de apoio para ajudar a família a lidar com a doença do paciente, em seu próprio ambiente;
- Oferecer um sistema de suporte para ajudar os pacientes a viverem o mais ativamente possível até sua morte;
- Usar uma abordagem interdisciplinar para acessar necessidades clínicas e psicossociais dos pacientes e suas famílias, incluindo aconselhamento e suporte ao luto.

6 Bioética e seus princípios norteadores

Não obstante tenha sido reforçada a necessidade dos cuidados paliativos aos pacientes em estado terminal, ainda se discute muito acerca da possibilidade de declaração prévia de vontade do paciente que não deseja receber hidratação e nutrição artificiais, devendo-se levar em consideração os princípios norteadores da Bioética.

Com efeito, a morte pode deixar de ser natural ante os novos recursos tecnológicos que permitem a adoção de medidas que prolongam a vida do paciente, conforme descreve com propriedade Junges:

A atividade da medicina moderna não consiste apenas em curar e prolongar a vida, 'mas também em fazer viver quem já está morto'. Os progressos atuais da medicina podem manter as funções vitais de um corpo muito além do curso normal da doença. Nesse contexto, o morrer está em nosso poder e pode ser dominado. Esse domínio possibilita e favorece uma obstinação terapêutica que agride e não respeita a dignidade do morrente. Antes, a medicina se retirava, quando era incapaz de curar. Hoje, ela pode prolongar indefinidamente uma vida vegetativa em detrimento da qualidade de vida do enfermo. (JUNGES, 1999, p. 72.)

Não se olvida que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes, e, com as descobertas científicas e rápido avanço tecnológico relacionado à medicina, que viabilizam o prolongamento da vida, por meios artificiais, o que pode afetar a dignidade da pessoa humana, nada melhor do que a Bioética para ponderar os valores da

vida e da saúde e princípios morais, para solução dessa polêmica matéria que trata sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes em estado terminal.

Pessini define a Bioética como: "o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais" (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996, p. 16).

Para José Roque Junges:

[...] a Bioética é melhor definida, no seu sentido global, como ética das ciências da vida e da saúde. Portanto, ela vai além das questões éticas relativas à medicina para incluir os temas de saúde pública, problemas populacionais, genética, saúde ambiental, práticas e tecnologias reprodutivas, saúde e bem-estar animal, e assim por diante (JUNGES, 1999, p. 19).

Sobre os princípios norteadores aplicados à ética médica, nas relações médico-paciente, Maria Helena Diniz preleciona:

Nas relações médico-paciente, a conduta médica deverá ajustar-se às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. Tais princípios são o da beneficência e não maleficência, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça. Todos eles deverão ser seguidos pelo bom profissional da saúde, para que possa tratar seus pacientes com dignidade, respeitando seus valores, crenças e desejos, ao fazer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos. Dentro dos princípios bioéticos, o médico deverá desempenhar, na relação com seus pacientes, o papel de consultor, conselheiro e amigo, aplicando os recursos que forem mais adequados (DINIZ, 2006, p. 648-649).

Desse modo, torna-se premente a necessidade de distinguir os cuidados paliativos dos tratamentos inúteis, definindo os cuidados necessários para o alívio da dor e do sofrimento do paciente em estado terminal, oferecendo-lhe suporte para lidar com a doença até que sobrevenha a morte naturalmente.

Nesse caso, como o processo de morte é de suma importância para o paciente em estado terminal, oportuno descrever as cinco fases do doente terminal relatadas por Elisabeth Kübler-Ross (1987) em sua obra *Sobre a morte e o morrer*:

Fase da negação explícita: nega a evidência do relato dos sintomas.

Fase da ira: o doente assume atitudes coléricas contra os que o rodeiam. Ele se sente mal pela vitalidade que o rodeia.

Fase da negociação: é uma espécie de tréguas e colocação de prazos, enquanto se negocia com Deus. A pessoa faz promessas em troca da cura.

Fase da depressão: inicialmente surge uma culpa com relação a coisas e pessoas que talvez pudessem ter sido mais valorizadas no passado. Posteriormente esse sentimento também se volta para o futuro onde o enfermo sente a necessidade de estar só.

Fase da aceitação: o medo é superado e dá lugar a um profundo sentimento de paz interior. Nesse momento a religião ocupa um lugar central (KUBLER-ROSS, 1987, p. 144).

7 Evolução natural da morte

É importante discorrer sobre a morte natural que decorre do esgotamento natural da vida, fazendo um paralelo com o morrer na contemporaneidade.

Segundo Ronald Dworkin,

[...] A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no ‘morrer com dignidade’ – mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido (DWORKIN, 2003, p. 280).

Os modelos “morte tradicional” e “morte moderna” foram estudados como tipos ideais por diversos autores da literatura médica, sendo que a “morte tradicional” foi investigada por Ariès (1975), que considera que o morrer na sociedade tradicional era vivenciado de modo mais familiar e onipresente: a morte era um acontecimento social, vivida na e pela comunidade, menos privatizada do que no século XX; enquanto que a “morte moderna”, investigada no século XX, por diversos autores, dentro os quais Elias, que considera que o processo de ocultamento da morte faria parte do impulso civilizador iniciado na Europa há cerca de quinhentos anos (ELIAS, 2001, p. 18).

Todavia, é no modelo de “morte contemporânea”, citado pela médica Rachel Aisengart Menezes, em seu artigo *Tecnologia e “Morte Natural”: o morrer na contemporaneidade*, que melhor se reflete o paciente em estado terminal, que é percebido pela equipe de cuidados paliativos como “um todo biopsicossocial-espiritual”, porquanto lhe é proposta assistência com multiplicidade de aspectos.

Os modelos recentes de morte podem ser compreendidos, ao menos em parte, como um resgate de valores que teriam sido abolidos ou ocultados, como a condição de indivíduo autônomo e independente do doente terminal. O paciente, anteriormente silenciado e objetificado pelo poder do profissional exercendo uma prática de medicina racionalizada, passa a ser visto e percebido pela equipe de cuidados paliativos como “um todo biopsicossocial-espiritual”. O modelo contemporâneo de morte propõe uma assistência que alcance essa multiplicidade de aspectos, chegando à imersão em uma totalidade (ARIÈS, 1975, p. 223).

No modelo de “morte contemporânea” também estão compreendidas as expressões “morrer bem” ou “boa morte”, cuja meta é proporcionar uma “boa morte” aos doentes terminais atendidos por equipe de cuidados paliativos (MENEZES, 2003, p. 367-385).

Todavia, convém observar que a morte natural ocorre pelo esgotamento natural da vida, o que torna

imprescindível fazer um paralelo entre a “morte natural” e a “boa morte”.

Nos dias atuais, com o rápido avanço tecnológico e as descobertas científicas relacionadas à medicina, propiciando não apenas o prolongamento da vida, com recursos de aparelhos, o que pode afetar a dignidade da pessoa humana, há questões relacionadas à prática da Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia, utilizadas em alguns países como recursos disponibilizados ao médico, quando não há perspectiva de melhora do paciente.

Nesse contexto, deve-se prestigiar a liberdade e a autonomia da vontade, em prol da dignidade da pessoa humana, como defendem vários doutrinadores, no sentido de que os recursos tecnológicos devem propiciar benefício ao paciente, e não prolongar o seu sofrimento. Daí se dizer que o paciente em estado terminal tem o direito a uma morte digna, já que pode fazer declaração prévia de vontade em não se submeter a procedimentos inúteis, desnecessários e desproporcionais, que, além de afetarem sua dignidade, podem causar ou antecipar a sua morte.

Ademais, o direito de morrer com dignidade nada mais é do que um direito inerente ao paciente terminal, de uma morte natural, sem se submeter aos recursos tecnológicos desnecessários, inúteis e desproporcionais, além de medidas que não lhe trarão nenhum benefício e que visam apenas a prolongar o seu sofrimento durante o processo da morte. Ora, se já não existe mais expectativa de melhora ao paciente terminal, que se encontra nos seus últimos momentos de vida, não há nenhuma razão de lhe exigir que passe por algum procedimento degradante e desumano, o que lhe afeta sobremaneira a dignidade, enquanto ser humano.

A esse respeito, vale transcrever a lição de Cantoni conforme Wender José da Costa:

A boa morte. Se perguntardes a um homem que morte prefere, ou doce e tranquila, ou então entre sofrimentos atrozes e intermináveis, não tereis dúvida sobre a resposta. A razão e o sentimento são acordes em querer evitar os males inúteis. Todos desejamos a eutanásia, a morte boa, e temos medo da morte má (CANTONI *apud* COSTA, 2011, p. 12).

8 Eutanásia, ortotanásia e distanásia

Na atualidade, com o rápido avanço tecnológico e as descobertas científicas relacionadas à medicina, propiciando não apenas o prolongamento da vida, com recursos de aparelhos, o que pode afetar a dignidade da pessoa humana, há questões relacionadas à prática da eutanásia, distanásia e ortotanásia, utilizadas em alguns países, como recursos disponibilizados ao médico, quando não há perspectiva de melhora do paciente.

Para tanto, torna-se necessário apresentar suas definições para melhor compreensão sobre os institutos adotados por alguns países, como já mencionado anteriormente.

Na definição de Morselli (*apud* GOMES, 1969), a eutanásia é “aquela morte que alguém dá a outrem que sofre de uma enfermidade incurável, a seu próprio requerimento, para abreviar a agonia muito grande e dolorosa”.

Conforme elucida Maria de Fátima Freire de Sá,

O termo eutanásia foi criado no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon. Deriva do grego eu (boa), *thanatos* (morte), podendo ser traduzido como ‘boa morte’, ‘morte apropriada’, morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou simplesmente direito de matar (SÁ, 2005, p. 38).

Em relação à eutanásia, extraem-se dois elementos que se referem à intenção e ao efeito da ação. Quando se tem a intenção de realizar a eutanásia, gerando uma ação, diz-se que se configura a “eutanásia ativa”; enquanto que, se não for gerada nenhuma ação, ou seja, se o ato for por omissão, como a não realização de uma ação terapêutica, diz-se que é o caso da “eutanásia passiva”, sendo certo que, para alguns autores como Maria de Fátima Freire de Sá, a eutanásia passiva e ortotanásia são sinônimos.

A ortotanásia, etimologicamente, significa “morte correta” – *orto* (certo) + *thanatos* (morte). Significa o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural, feito pelo médico (BORGES, 2001), enquanto que a distanásia nada mais é do que “o prolongamento artificial do processo de morte com sofrimento do doente” (BORGES, 2001, p. 287).

Assim, forçoso concluir que a ortotanásia visa à morte digna, no tempo certo, sem prolongar o processo da morte com o sofrimento do doente. Ao passo que, se houver o prolongamento, ainda que artificial, do processo da morte com sofrimento do doente, reconhece a doutrina como sendo a prática da distanásia, que afeta a dignidade do paciente.

Maria Helena Diniz, ao discorrer sobre a distanásia, ensina que:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte (DINIZ, 2006, p. 399).

9 A ortotanásia sob o enfoque da responsabilidade

A princípio, convém notar que o fato de a ortotanásia ainda não ter sido regulamentada em nosso país, figurando inicialmente na Resolução CFM nº 1.805/2006 e, por último, na Resolução CFM nº 1.995/2012, em consonância com os princípios do Código de Ética Médica, ainda é motivo de preocupação entre os médicos, no enfoque da responsabilidade, porquanto não descaracterizada em relação ao homicídio privilegiado ou omissão

de socorro, o que leva apenas o médico a não responder administrativamente por infração ética.

Entretanto, atendendo aos anseios da sociedade, foram feitas várias propostas de alteração legislativa para que conste do novo Código Penal a exclusão de ilicitude da ortotanásia. E, depois de amplamente discutido, constou do anteprojeto que, além de ser atestada a situação do paciente por dois médicos, para o fato ser antijurídico, deve preencher os seguintes requisitos: (a) o profissional de saúde não pode deixar de aplicar os cuidados paliativos; (b) os meios dispensados devem ser desproporcionais e extraordinários, ou seja, devem extrapolar a razoabilidade de um procedimento destinado a salvar a vida; (c) a situação de morte deve ser iminente e inevitável, quer dizer, não basta haver mera probabilidade; (d) deve haver consentimento do paciente (real) ou de familiar próximo (presumido).

Contudo, o assunto é bastante polêmico, e o anteprojeto do novo Código Penal ainda é alvo de muitas críticas pelos juristas, o que deixa vulnerável a conduta do médico em relação às normas estabelecidas nas Resoluções CFM nº 1.805/06 e CFM nº 1.995/12 e, em contrapartida, também a autonomia de vontade do paciente terminal, que deseja o respeito ao princípio da dignidade, enquanto ser humano.

Assim, na falta de previsão de norma no Código Penal sobre a ortotanásia, somente resta a análise do caso concreto à luz da Constituição Federal, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e ponderação dos valores de cada direito fundamental, como direito à vida e direito à saúde, além dos princípios de liberdade e autonomia de vontade, aceitando a escolha do paciente terminal, em seu último momento de vida.

A propósito, na lição de Moller,

a dignidade da pessoa humana é considerada, juntamente com os valores da soberania, da cidadania, do pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, o fundamento do Estado democrático brasileiro. [...] O valor da dignidade humana deve ser considerado o princípio fundamental do Estado e da Constituição, abrangendo todos os demais princípios e direitos fundamentais, uma vez que remete às exigências e necessidades humanas consideradas básicas e mais relevantes (MÖLLER, 2008, p. 143).

Além disso, com a ausência de legislação específica sobre a responsabilidade penal do médico, pode-se travar discussão sobre a admissão da tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que acarretaria a descriminalização da conduta do médico sobre a prática da ortotanásia, prevista nas Resoluções CFM nº 1.805/06 e CFM nº 1.995/12, observando-se as normas do Código de Ética Médica e em consonância com o Estado Democrático de Direito.

10 Considerações finais

De acordo com as Resoluções CFM nº 1.805, de 28.11.2006, e CFM nº 1.995, de 31.08.2012, em consonância com os princípios fundamentais do Código de Ética Médica, possibilitou-se ao paciente em estado terminal, cuja doença é incurável e irreversível, fazer declaração prévia de vontade sobre os tratamentos ou procedimentos, inclusive cirúrgicos, que quer ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar livremente sua vontade.

Se o Conselho Federal de Medicina, de acordo com preceitos ditados pelo Código de Ética Médica aceita que o paciente, em estado terminal, isto é, com doença incurável e irreversível, possa manifestar sua vontade livre e consciente sobre os cuidados e tratamentos a serem adotados pelo médico, permitindo-lhe que não seja submetido a tratamento desproporcional que só prolonga o seu sofrimento, está não só garantindo os direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal – a liberdade de consciência e de manifestação de pensamento – como também está prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana, ao admitir que o doente não seja submetido a tratamento desumano e degradante, mormente se todo ser humano tem direito a viver com dignidade, então que lhe seja permitido o direito a uma morte digna, de forma menos dolorosa e com integridade.

De acordo com o art. 1.857 do Código Civil, que estabelece sobre o testamento, verifica-se que os seus efeitos são para “depois de sua morte”, enquanto que está sendo utilizado “*testamento vital*” para estabelecer a vontade prévia do paciente para realização ou não dos tratamentos em vida e, portanto, produzir efeito *inter vivos*, e não *post mortem*. Daí se dizer da inadequação da nomenclatura do instrumento utilizado no Brasil como “*testamento vital*” e entender que a denominação mais adequada ao instrumento seria “*declaração prévia de vontade*” do paciente ou, até mesmo como consta na Resolução CFM nº 1995/2012, “*diretiva antecipada de vontade do paciente*”.

O tema em estudo surgiu nos Estados Unidos na década de 1960, com a denominação de “*living will*”, que consiste em “*disposições de vontade de vida*”, como proposta de o paciente registrar seu desejo de interromper o tratamento médico para doença incurável, como forma de prolongamento da vida. Todavia, somente no dia 1º de dezembro de 1991, foi regulamentado o “*testamento em vida*” com a denominação de *Patient Self Determination Act* (PSDA), cuja lei reconhece a recusa do tratamento médico pelo paciente por não desejar se submeter, quando já se encontra incapaz de manifestar sua vontade.

Alguns países não só da Europa (Suíça, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Espanha e Alemanha), como da América do Sul (Uruguai, Colômbia e Argentina) já possuem legislação específica sobre o tema, sendo que,

no Brasil, embora ainda não tenha sido regulamentado, o assunto começou a ser difundido quando o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805/2006 e, por último, a Resolução nº 1.995/2012, nas quais se admite a possibilidade de o paciente ou seu representante declarar expressamente os cuidados e os tratamentos a serem adotados pelo médico, para a doença em estado terminal, quando informado sobre a doença incurável e irreversível, devendo o médico levar em consideração a vontade do paciente ou, na impossibilidade, a de seu representante legal. Nessa ocasião, em razão da ampla divulgação e publicidade, diversas pessoas procuraram os Cartórios de Notas em busca de firmar o seu desejo, por meio do instrumento declarado pela mídia como “*testamento vital*”, o que trouxe várias indagações, inclusive aos profissionais do direito, por inexistir lei específica sobre a matéria.

Considerando que, na exposição de motivos da Resolução CFM nº 1.995/2012, não foi inserido no Código de Ética Médica o tema “*diretivas antecipadas de vontade*”, que se situa no âmbito da autonomia do paciente, a Câmara Técnica de Bioética entendeu oportuno encaminhar ao Conselho Federal de Medicina para elaboração de resolução as seguintes justificativas: (i) dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida; (ii) receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade; (iii) receptividade dos pacientes; (iv) o que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal; (v) comitês de Bioética.

As “*diretivas antecipadas de vontade do paciente*”, estabelecidas na Resolução CFM nº 1.995/2012, destinam-se apenas ao paciente com doença terminal, sem possibilidade de cura, justificando apenas os cuidados paliativos, no auxílio para o alívio dos sintomas que o levam ao sofrimento, visando a melhorar a sua qualidade de vida.

Sobre cuidados paliativos, a Organização Mundial de Saúde (OMS) assim definiu:

[...] consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.

Quando o paciente se encontra no estado vegetativo persistente, justifica-se a busca do minucioso diagnóstico médico, por profissionais especializados, com auxílio de todos os recursos tecnológicos disponíveis para o resultado correto, visando ao seu restabelecimento, porque ainda tem chance de sobreviver. E, por essa razão, não se pode admitir a declaração antecipada de vontade do paciente, ainda que a situação clínica perdure por longo tempo, merecendo respeito aos direitos fundamentais à

vida e à tutela da saúde, o que traz à baila reflexões sobre o princípio da dignidade do ser humano.

Cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes, e, com as descobertas científicas e rápido avanço tecnológico relacionado à medicina, que viabilizam o prolongamento da vida, por meios artificiais, o que pode afetar a dignidade da pessoa humana, nada melhor do que a Bioética para poderar os valores da vida e da saúde e princípios morais, para solução dessa polêmica matéria que trata sobre as “diretivas antecipadas de vontade dos pacientes” em estado terminal.

O direito de morrer com dignidade nada mais é do que um direito inerente do paciente terminal, de uma morte natural, sem se submeter aos recursos tecnológicos desnecessários, inúteis e desproporcionais, além de medidas que não lhe trarão nenhum benefício e que visam apenas prolongar o seu sofrimento durante o processo da morte. Ora, se já não existe mais expectativa de melhora ao paciente terminal, que se encontra nos seus últimos momentos de vida, não há nenhuma razão de lhe exigir que passe por algum procedimento degradante e desumano, o que lhe afeta sobremaneira a dignidade, enquanto ser humano.

Ante a ausência de legislação estabelecendo os requisitos para o instrumento a ser realizado pelo paciente em estado terminal, as pessoas ainda confundem a declaração prévia de vontade do paciente em estado terminal com as disposições de vontade para depois do óbito, como lugar do velório, cremação, etc., sendo certo que poderiam outorgar procuração, de preferência, por instrumento público, nomeando um representante para, quando estiver doente em estado terminal e não puder livremente manifestar sua vontade, decidir sobre os tratamentos e procedimentos médicos que não prolonguem o seu sofrimento. E, com isso, evitar-se-iam transtornos até mesmo em família, quando determinado ente quer fazer valer sua vontade em detrimento não apenas à do paciente, como também em relação aos demais familiares.

A ortotanásia visa à morte digna, no tempo certo, sem prolongar o processo da morte com o sofrimento do doente. Ao passo que, se houver o prolongamento, ainda que artificial, do processo da morte com sofrimento do doente, reconhece a doutrina como sendo a prática da “distanásia”, que afeta a dignidade do paciente.

Na falta de previsão de norma no Código Penal sobre a ortotanásia, somente resta a análise do caso concreto à luz da Constituição Federal, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e ponderação dos valores de cada direito fundamental, como direito à vida e direito à saúde, além dos princípios de liberdade e autonomia de vontade, aceitando a escolha do paciente terminal, em seu último momento de vida.

Com a ausência de legislação específica sobre a responsabilidade penal do médico, pode-se travar discussão sobre a admissão da tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralégitima de exclusão

da culpabilidade, que acarretaria a descriminalização da conduta do médico sobre a prática da ortotanásia, prevista nas Resoluções CFM nº 1.805/2006 e CFM nº 1.995/2012, observando-se as normas do Código de Ética Médica e em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Referências

ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS - ANCP. OMS: mais de 20 milhões precisam de #CuidadosPaliativos todos os anos. Disponível em: <<http://www.paliativo.org.br/noticias/2014/01/oms-mais-de-20-milhoes-precisam-de-cuidadospaliativos-todos-os-anos/>>. Acesso em: 25 out. 2014.

ARANTES, Ana Cláudia Quintana. A morte é um dia que vale a pena viver. In: TEDx FMUSP, 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ep354ZXXKBES>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

ARIÈS, P. *Essais sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen Âge à nos jours*. Paris: Seuil, 1975.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 48.

BELMONT. *The Belmont report: ethical guidelines for the protection of human subjects*. DHEW Publications, Washington (OS) 78-0012, 1978.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Marcia Celeste Cordeiro (Coord.) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMATA, Gerson. Projeto de Lei n. 6.715/2009. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>> Acesso em: 25 out. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp> Acesso em: 25 out. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça valida Resolução 1.805, que trata sobre ortotanásia. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida>. Acesso em: 4 abr. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.805/2006. D.O.U., Brasília, 28 nov. 2006, seção I, p. 169. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 25 out. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.931/2009. Código de Ética Médica. DOU, 24 set. 2009, seção I, p. 90. Retificação publicada no DOU, de 23 out. 2014, seção I, p. 173. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> Acesso em: 20 abr. 2014.

COSTA, Wender José da. Ortotanásia sob a luz dos direitos humanos. UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande. Várzea Grande, 2011. Disponível em: <http://www.univag.edu.br/adm_univag/Modulos/Producoes_Academicas/arquivos/Artigo_publicacao.pdf> Acesso: 19 abr. 2014.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil. *Revista de Bioética y Derecho*, [on-line], n. 28, p. 61-71, maio 2013.

DINIZ, Débora. *A despenalização da eutanásia passiva: o caso colombiano*. Brasília: Letras Livres, jun. 2000. (Série Anis, v. 13).

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

DISTRITO FEDERAL. Vara Federal do Distrito Federal (14.) Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Julgado em: 6 dez. 2010. *DJ* de 9 dez. 2010.

DISTRITO FEDERAL. Vara Federal do Distrito Federal (14.) Decisão de antecipação de tutela da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. Decisão em julgado em: 9 maio 2007. *DJ* de 9 jul. 2009.

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

ELIAS, N. *A solidão dos moribundos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. Salvador: Editora Juspo-divm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRANKENA, W. K. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER – INCA. Cuidados paliativos. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=474>. Acesso em: 16 abr. 2015.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. (Coleção Focus).

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MENEZES, Rachel Aisengart. Tecnologia e “morte natural”: o morrer na contemporaneidade. *Physis*, Rio de Janeiro, v.13, n. 2, p. 367-385, dez. 2003.

MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Juruá: Curitiba, 2008.

NOVAES, Maria Rita Carvalho Garbi; TRINDADE, Eliana Mendonça. *A morte e o morrer: considerações bioéticas sobre a eutanásia e a finitude da vida no contexto da relação médico-paciente*. Com. Ciências Saúde, [on-line], v. 18, p. 7269-77, 2007.

PELLEGRINO, E.D.; THOMASMA, D. *For the patient's good: the restoration of beneficence in medical ethics*. New York: OUP, 1988.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1996.

PINHEIRO, Aline. Corte europeia volta a julgar direito de morrer. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/corte-europeia-direitos-humanos-reabre-discussao-suicidio-assistido>>. Acesso em: 25 out. 2014.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WIKIPÉDIA. Doença terminal. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Doença_terminal>. Acesso em: 25 out. 2014.

WIKIPÉDIA. Estado vegetativo. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_vegetativo>. Acesso em: 25 out. 2014.

...