

Coleção Bioética e Dignidade Humana

Hideliza Boechat Cabral
Margareth Vetis Zaganelli

Organizadoras

Diretivas Antecipadas da Vontade: autonomia e dignidade do paciente



Volume 1



Coleção Bioética e Dignidade Humana

Hideliza Boechat Cabral
Margareth Vetis Zaganelli

Organizadoras

Diretivas Antecipadas da Vontade: autonomia e dignidade do paciente



Volume 1

Campos dos Goytacazes - RJ
2017



Copyright © 2017 Brasil Multicultural Editora

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização do autor.

Diretor editorial

Décio Nascimento Guimarães

Diretora adjunta

Milena Ferreira Hygino Nunes

Coordenadoria científica

Giséle Pessin

Fernanda Castro Manhães

Design

Fernando Dias

Foto de capa: Shutterstock

Revisão

Dulce Helena Pontes Ribeiro

Assistente editorial

Samara Moço Azevedo

Gestão logística

Nataniel Carvalho Fortunato

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Diretivas antecipadas da vontade : autonomia e dignidade do paciente /
1.ed. organizadores Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral e Margareth Vetus
Zaganelli. – 1. ed. - Campos dos Goytacazes, RJ : Brasil Multicultural, 2017.
216 p. – (Coleção Bioética e Dignidade Humana; v. 1).

Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-5635-031-2
ISBN Coleção 978-85-5635-030-5

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS 2. DIGNIDADE (DIREITO) 3. CONSENTIMENTO
CONSCIENTE (LEGISLAÇÃO MÉDICA) 4. AUTONOMIA (PSICOLOGIA) 5. MÉDICO
E PACIENTE 6. DIREITO À SAÚDE 7. ÉTICA MÉDICA
I. Cabral, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat (org.) II. Zaganelli, Margareth Vetus (org.)
III. Título

CDD 342.085



Instituto Brasil Multicultural de Educação e Pesquisa - IBRAMEP
Av. Alberto Torres, 371 - Sala 1101 - Centro
Campos dos Goytacazes - RJ
28035-581 - Tel: (22) 2030-7746
Email: contato@brasilmulticultural.com.br

Comitê científico/editorial

Prof. Dr. Alexandro Braga Vieira - UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Antonio Hernández Fernández - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. Carlos Henrique Medeiros de Souza – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Casimiro M. Marques Balsa – UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA (PORTUGAL)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA (BRASIL)

Prof. Dr. Daniel González - UNIVERSIDAD DE GRANADA – (ESPAÑA)

Prof. Dr. Douglas Christian Ferrari de Melo – UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Ediclea Mascarenhas Fernandes – UERJ (BRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Shimoda – UCAM (BRASIL)

Profa. Dra. Fabiana Alvarenga Rangel - UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Fabrício Moraes de Almeida - UNIR (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Antonio Pereira Fialho - UFSC (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Elias Simão Merçon - FAFIA (BRASIL)

Prof. Dr. Helio Ferreira Orrico - UNESP (BRASIL)

Prof. Dr. Iêdo de Oliveira Paes - UFRPE (BRASIL)

Prof. Dr. Javier Vergara Núñez - UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA (CHILE)

Prof. Dr. José Antonio Torres González - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. José Pereira da Silva - UERJ (BRASIL)

Profa. Dra. Magda Bahia Schlee - UERJ (BRASIL)

Profa. Dra. Margareth Vetis Zaganelli – UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Marília Gouvea de Miranda - UFG (BRASIL)

Profa. Dra. Martha Vergara Fregoso – UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA (MÉXICO)

Profa. Dra. Patricia Teles Alvaro – IFRJ (BRASIL)

Prof. Dr. Rogério Drago - UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Shirlena Campos de Souza Amaral – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho – UFF (BRASIL)

Agradecimentos

A Deus, pelo dom da vida e pela constante renovação de Sua misericórdia sobre nós

A Jesus Cristo, nosso Senhor, por Seu sacrifício redentor, que nos fez cordeiros da glória

Ao Espírito Santo, pelo consolo, a cada dia

Aos estudantes pesquisadores dos Grupos de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana e Bioethik, pelo amor e dedicação à pesquisa

À nossa família, pessoas essenciais à nossa existência, pelo apoio incondicional

À Universidade Iguazu, locus de inspiração e desenvolvimento deste profícuo trabalho

À Universidade Federal do Espírito Santo, pela parceria

À FAPERJ, pelo apoio e incentivo à pesquisa

À Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, na pessoa do Coordenador do Programa de Cognição e Linguagem Dr Carlos Henrique Medeiros de Souza, pela participação nesse empreendimento

À Dra Dulce Helena Pontes Ribeiro pela dedicada revisão de Língua Portuguesa

Hildeliza e Margareth

Resumo dos autores

Ari Gonçalves Neto

Estudante do 9º período do Curso de Direito da Universidade Iguazu, Campus V - Itaperuna. Membro do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana. Estagiário de Direito da 01ª Vara Federal do Trabalho de Itaperuna.

Bruna Moraes Marques

Doutoranda e Mestre em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Graduada em Direito pela Universidade Iguazu (2006). Possui especializações em Ciências Jurídicas, Direito Penal, Direito Civil e Direito Constitucional. Atuou por 12 anos como professora de inglês e espanhol. Experiência com Magistério no Ensino Superior, na Faculdade de Direito e no Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Rede Doctum - Carangola. Atuou como Membro do NDE da Faculdade de Direito de Carangola e Membro da CPA no curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola.

Carlos Henrique Medeiros de Souza

Professor Associado da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Coordenador da Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) Interdisciplinar em Cognição e Linguagem (PGCL/UENF). Doutor em Comunicação e Cultura (UFRJ). Mestre em Educação. Bacharel em Direito, licenciado em Pedagogia e bacharel em Informática.

Cristian Ricardo Ferreira Júnior

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estagiário em Direito Penal no Ministério Público do Espírito Santo (MPES). Pesquisador acadêmico do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES). Membro do Grupo de Extensão e Treinamento em Advocacia Internacional (GETAI). Colaborador do Núcleo de Apoio a Refugiados e Migrantes da UFES (ACNUR/CSVN). Monitor voluntário de Bioética (UFES).

Cristiano Chaves de Farias

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito. Professor de Direito Civil do Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS (www.cers.com.br). Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador – UCSal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Dulce Helena Pontes-Ribeiro

Doutora em Letras (área de concentração: Língua Portuguesa) pela Uerj. Mestre em Educação pela Universidade Católica de Petrópolis. Pós-graduada em Língua Portuguesa pela Faculdade de Filosofia de Itaperuna. Graduada em Letras pela Faculdade de Filosofia de Itaperuna. Membro efetivo da Academia Itaperunense de Letras. Revisora da revista acadêmica Transformar, do Centro Educacional São José. Professora aposentada do estado do Rio de Janeiro. Docente da Educação Superior, ministrando atualmente aulas de Língua e Cultura Latinas no curso de Letras do Centro Educacional São José.

Eduardo Luis Tinant

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; Director y Profesor de la Maestría en Bioética Jurídica (FCJSUNLP); Profesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas y de la Especialización de Derecho de Familia (FCJS-UNLP); Profesor del Doctorado MI en la Facultad de Derecho de la UBA; Profesor de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación y de la Escuela Judicial Virtual del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires; Presidente de la Asociación Argentina de Bioética Jurídica; Presidente del Consejo de Bioética del Instituto Internacional de Derechos Humanos para las Américas; Director del Instituto de Filosofía y Sociología del Derecho de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de La Plata; Vocal del Consejo Académico de Ética en Medicina de la Academia Nacional de Medicina Argentina; Miembro del Comité de Ética en Investigaciones Biomédicas del Instituto Multidisciplinario de Biología Celular de La Plata; Consultor Externo del Comité de Ética del Hospital Zonal de Agudos Dr. Ricardo Gutiérrez de La Plata; Autor de los libros “El País de los Argenios” (1991), “Genética y Justicia” (2001), “Antología para una Bioética Jurídica” (2004), “Los Derechos Personales del Paciente y las Directivas Anticipadas para Tratamientos Médicos” (2005), y “Bioética Jurídica, Dignidad de la Persona y Derechos Humanos”, (2007 – 2. ed. 2010).

Fernanda Castro Manhães

Pós-doutoranda em Cognição e Linguagem na Universidade Estadual do Norte Fluminense - UENF; Doutorado em Ciências da Educação pela Universidade Autônoma de Assunção - UAA (Revalidação UFAL), Mestrado em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense - UENF. Licenciada em Pedagogia, Licenciada em Educação Física. Atualmente é Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC das unidades de Quissamã e Bom Jesus do Itabapoana. Docente da rede Estadual de Ensino /RJ. Coordenadora adjunta do Projeto de extensão: Terceira Idade em Ação - CCH/UENF. Desenvolve pesquisas nas áreas de

Envelhecimento Humano, Educação Básica, Ensino Superior e Práticas Educativas. Editora chefe da Revista Científica LinkSciencePlace.

Gabriela Coutinho Chequer Cabral

Acadêmica de Medicina, cursando o sétimo período, pela Universidade Iguazu, CAMPUS V, Itaperuna – RJ. Presidente da liga de Neurointensivismo (LAINI-RJ), Representante da 34ª turma.

Guilherme da Gama Lacerda

Bacharelado em Direito pela Universidade Iguazu (UNIG). Membro do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana. Estagiário do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MPRJ. Monitor de Ciência Política e Teoria do Estado, no ano de 2014. Monitor de Direito Administrativo, no ano de 2016.

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Doutoranda e Mestre pelo Programa de Cognição e Linguagem (UENF). Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad Nacional de La Plata, Argentina (UNLP). Especialista em Direito Privado, em Direito Público e em Educação. Membro efetivo da Asociación Argentina de Bioética Jurídica – UNLP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana, composto por 32 estudantes-pesquisadores dos cursos Direito e Medicina. Docente do Curso Jurídico da Universidade Iguazu - Campus V - Itaperuna, atuando nos cursos Direito e Medicina, em D. Civil, Sucessões, Responsabilidade Civil, Consumidor e Direito em Saúde. Docente do Curso de Direito da Famesc. Advogada OAB-RJ 134442.

Ieda Tinoco Boechat

Mestranda em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Especialista em Psicologia Humanista-Existencial (Unesa). Especialista em Terapia Familiar Sistêmica Breve (Núcleo-Pesquisas da Criança e do Adolescente do Rio de Janeiro). Coordenadora do Curso de Psicologia e Docente do mesmo Curso do Centro Universitário São José de Itaperuna (UNIFSJ). Especialista em Psicopedagogia Institucional e Clínica (Fafita). Experiência de onze anos e meio em Psicologia e quatorze em Psicopedagogia Clínica. Graduada e Licenciada em Psicologia, pela Universidade Estácio de Sá. Licenciada em Ciências Naturais com Licenciatura Plena em Matemática, pela Faculdade de Filosofia de Itaperuna. Experiência de vinte e oito anos como Professora da rede estadual de ensino, vinculada à Secretaria de Estado de Educação, exercício no CEJA de Itaperuna. Atua na Docência da Pós-graduação lato sensu em Psicologia (ISE CENSA); atuou na Docência da Pós-graduação lato sensu em Psicopedagogia (UNIFSJ).

João Romário Gomes da Silva

Acadêmico de Medicina pela Universidade Iguazu – Campus V – Itaperuna/RJ (UNIG). Internato Médico no Hospital São José do Avaí – Itaperuna/RJ (HSJA). Pesquisador do

Projeto de Iniciação Científica Diretivas Antecipadas de Vontade (UNIG). Membro do Grupo de Pesquisa Bioética e Dignidade Humana (UNIG). Monitor de Clínica Cirúrgica III (UNIG).

Juçara Gonçalves Lima Bedim

Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisadora, Extensionista e Professora dos cursos de Medicina, Direito e Engenharia de Produção da Universidade Iguaçu, CAMPUS V, Itaperuna – RJ.

Kleivia da Silva Damas

Acadêmica no curso de Medicina pela Universidade Iguaçu, campus V – Itaperuna (2013 – 2018). Membro da Liga de Pneumologia, iniciada no ano de 2015, membro da Liga de Medicina Interna, iniciada no ano de 2015 e membro da Liga de Medicina Interna Neonatal, iniciada em 2016. Estagiária na UTI Neonatal do Hospital São José do Avaí. Atuante na área da pesquisa científica em projetos de extensão e pesquisa.

Leandro Silva Costa

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Campos (1996), Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Campos (2000), Mestrado em Direito - Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos (2004) e está matriculado no Doutorado em Ciências Jurídicas - Direito Público pela Universidade Nacional de La Plata-AR (2009-1), tendo concluído os créditos em 30 de julho de 2010. Possui MBA da Fundação Getúlio Vargas em Gestão em Negócios de Empresas, Petróleo e Gás (2014). Professor Universitário desde fevereiro de 2000, é atualmente professor titular da cadeira de Direito Processual Civil I do Curso de Direito da Universidade Iguaçu e Coordenador do Curso de Graduação em Direito na UNIVERSIDADE IGUAÇU no município de Itaperuna - RJ. Tem experiência na área de Direito como Advogado desde o ano de 1997.

Luciana Dadalto

Doutora em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUCMinas. Administradora do portal www.testamentovital.com.br.

Luís Fernando Gonçalves de Castro

Graduando em Medicina Interno do Hospital São José do Avaí. Estagiário em Ginecologia e Obstetrícia - Hospital São José do Avaí / Maternidade. Estagiário em Terapia Intensiva - Hospital São José do Avaí / CTI geral.

Margareth Vetis Zaganelli

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágio Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB). Estágio Pós-doutoral na Alma Mater

Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Visiting Professor da Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB). Professora Titular de Direito Penal, Processual Penal e Teoria do Direito da UFES. Coordenadora dos Grupos de Pesquisa “Bioethik” e “Direito & Ficção” (UFES).

Marlene Soares Freire Germano

Mestre em Educação pela Universidade Iguazu/Campus I. Especialista em Educação e Planejamento pela UNIVERSO. Graduação em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Itaperuna. Professora da Universidade Iguazu/Campus V, desde 2000. Professora da Educação Básica pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro- Ensino Médio (Colégio Estadual 10 de Maio).

Melissa Ourives Veiga

Advogada especializada em Direito das Famílias, Adoção e Sucessões. Professora de Direito Civil do Centro Universitário UniChristus. Professora de Direito Civil do Complexo de Ensino Renato Saraiva CERS. Mestranda em Direito Privado pela Faculdade Sete de Setembro – Fa7. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Pedro Lenno Rovetta Nogueira

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES).

Raíssa Carneiro Lopes

Pós-graduanda em Advocacia Tributária. Advogada. Graduada em Direito pela Unifaminas.

Raquel Veggi Moreira

Doutoranda e Mestre em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Advogada. Possui especialização em Direito Civil e em Planejamento, Implementação e Gestão de Educação à Distância pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

Rogério Boechat Chequer

Acadêmico de Medicina, cursando o quinto período, pela Universidade Iguazu, CAMPUS V, Itaperuna – RJ. Membro da liga de Neurointensivismo (LAINI-RJ).

Samuell Santos Ferreira

Graduando em medicina na instituição Universidade Iguazu (UNIG), campus V Itaperuna/RJ. Vice-presidente interno local da International Federation of Medical Students Associations (IFMSA BRAZIL) LC UNIG - Itaperuna/RJ. Acadêmico aprovado no concurso de monitoria nas disciplinas de Histologia e Citologia na UNIG, campus V Itaperuna/RJ no ano de 2016. Estagiário de Neurocirurgia no Hospital São José do Avaí (HSJA) no ano de

2016. Participante da Liga Acadêmica de Otorrinolaringologia do HSJA e Diretor da Liga Médica Acadêmica de Neurocirurgia do HSJA.

Shirlena Campos de Souza Amaral

Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas, pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestra em Políticas Sociais, pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Bacharel e especialista em Direito, pela Faculdade de Direito de Campos (FDC). Participa dos grupos de pesquisa: Grupo de Estudos e Pesquisas Urbanas e Regionais e Estudos de Educação, Sociedade e Região. Atualmente, é professora associada da UENF. Atua no Programa de Pós-graduação em Políticas Sociais (PGPS/UENF), na linha de pesquisa Educação, Política e Cidadania, e no Programa de Pós-graduação em Cognição e Linguagem (PGCL/ UENF), na linha Pesquisas Interdisciplinares em Comunicação, Educação e Novas Tecnologias da Informação.

Taís Freire Soares Pereira de Souza

Acadêmica no curso de Medicina pela Universidade Iguazu, campus V – Itaperuna (2013 – 2018). Aprovada para Monitoria de Anatomia Humana II do curso de medicina no ano de 2015 ministrada sob orientação dos professores chefes da disciplina. Membro da Liga de Pneumologia, iniciada no ano de 2015, membro da Liga de Medicina Interna, iniciada no ano de 2015 e membro da Liga de Medicina Interna Neonatal, iniciada em 2016. Estagiária na UTI Neonatal do Hospital São José do Avai. Atuante na área da pesquisa científica em projetos de extensão e pesquisa.

Tatiane da Silva Santos

Possui graduação em Fisioterapia pela Universidade Gama Filho (2001). Tem experiência na área de saúde. Especialista em Acupuntura e Auriculoterapia E Eletroacupuntura pela Instituição ABACO-RJ2012. Vice-presidente externo local da International Federation of Medical Students Associations (IFMSA BRAZIL) LC UNIG - Itaperuna/RJ. Graduada em Medicina na universidade Iguazu Campus V, Itaperuna-RJ. Acadêmica aprovada no curso de monitoria nas disciplinas de Histologia e Citologia na UNIG, campus V Itaperuna\RJ no ano de 2016. Estagiária de Neurocirurgia no Hospital São José do Avai (HSJA) no ano de 2016. Diretora da Liga de Neurocirurgia do HSJA.

Ulisses de Barros Ramos

Graduado em Farmácia pela Unifaminas. Pós-graduado em Farmacologia Clínica pela Unifaminas. Graduando do 12º período de Medicina pela UNIG- Itaperuna. Monitor das Disciplinas: Anatomia Esplânica e Doenças Infecto Parasitárias. Estagiário do CTI Terciário do Hospital São José do Avai. Autor do Capítulo: Qualidade de vida em pacientes pós-transplantados do Livro Breves Reflexões sobre Transplantes no Brasil e o PIC Transplantes. Autor do Capítulo: A Medicina e a Aplicabilidade da Ortotanásia do Livro Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade. Autor do Capítulo: Zika vírus: a Contemporânea versão da Mistanásia Neonatal do Livro Mistanásia: A “Morte Miserável”.

Prefácio

Vivemos em um país onde se morre mal. Morre-se por falta de leito, por falta de medicamento, por falta de profissional de saúde para atender à demanda, por falta de informação, por falta de conhecimento técnico, por falta de cuidado.... Morre-se também por excesso. Excesso de burocracia, excesso de confiança, excesso de tratamentos, excesso de procedimentos....

Entre a falta e o excesso há um longo caminho a ser percorrido cujas estradas são desconhecidas e necessitam ser desbravadas. Assim, o livro que ora tenho a honra de prefaciar, “Diretivas Antecipadas de Vontade: autonomia e dignidade do paciente” – fruto de um projeto de pesquisa conjunto entre a Universidade Iguazu *campus* Itaperuna e a Universidade Federal do Espírito Santo, capitaneado pelas professoras Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral e Margareth Vetis Zaganelli e desenvolvido nos grupos de pesquisa “Bioética e Dignidade Humana” e “Bioethik”, composto por estudantes dos cursos de Direito e Medicina – vem nos brindar com importantes reflexões acerca dos caminhos que podem ser percorridos em prol de uma morte mais digna para o cidadão brasileiro, especialmente para aquele que está em fim de vida.

Se por um lado as artes são ricas em filmes, músicas, poemas, pinturas e esculturas sobre a morte, por outro lado os diálogos familiares carecem da temática. Muito se fala sobre a vida, no presente, no passado e no futuro, mas pouco se fala sobre a ausência de vida ou sobre o percurso que, inexoravelmente, todos nós percorreremos para encontrar a morte. Todos morreremos, mas escondemos essa verdade cotidianamente de nós mesmos e de nossos entes queridos.

Então, quando a morte chega, ela encontra todos despreparados: O moribundo com medo, pânico, pavor do desconhecido. Os familiares e amigos desejosos que o moribundo fique apenas mais *um pouquinho* por aqui. E nesse momento as pessoas se perdem e perdem a racionalidade.

Uma breve pesquisa empírica nos mostrará que são raras as pessoas que desejam ser mantidas vivas por meio de aparelhos, que preferem morrer em um inóspito quarto de hospital em detrimento de seu aconchegante lar. Mas muitas dessas pessoas submetem seus parentes a essa morte apenas porque lhes parece certo lutar contra a Certeza. Há um paradoxo cruel entre a morte que uma pessoa deseja para si e a morte que ela impele a seus entes queridos quando moribundos e incapazes de se manifestar.

Se outrora o moribundo atravessava seu processo em direção à morte em sua casa, cercado de cuidado e de carinho de seus entes queridos, atualmente esse enfrentamento se dá no hospital, cercado de fios, tubos e profissionais que lutam diariamente para não perder um paciente... “*não comigo, não em minhas mãos, não no meu plantão*” é o que a maior parte dos profissionais de saúde pensam.

Recordo-me que certa vez eu estava falando sobre os aspectos jurídicos de fim de vida com um grupo de profissionais de saúde que lidavam com medicina intensiva e, no meio de uma fala, fui interrompida por um senhor (que mais tarde eu vim a saber que era o preceptor da turma, o chefe temido e admirado por todos) que me pediu licença para sair porque ele se orgulhava muito de manter pacientes moribundos em UTI's com todas as possibilidades que a tecnologia pode proporcionar. Disse mais, que aquele paciente, ligado a máquinas e fios, era um bem aventurado e que deveria agradecer a chance de poder usufruir das maravilhas da tecnologia. Assim, para esse senhor era um verdadeiro disparate me ouvir dizer que a tecnologia da medicina – a par de ter um inegável aspecto positivo – piorou a forma como os pacientes em fim de vida morrem.

Conto essa história apenas para mostrar a vocês, leitores, a importância de termos uma coleção de vários capítulos escritos por estudiosos da Medicina e do Direito, debatendo a possibilidade que o paciente tem de manifestar sua vontade sobre os cuidados, tratamentos e procedimentos

médicos a que deseja ou não ser submetido quando estiver fora de possibilidades terapêuticas. É pensando nesse paciente que não pode ser curado por nenhuma das inúmeras e brilhantes drogas e máquinas descobertas graças ao avanço tecnológico, que esse livro foi feito.

Cada um dos autores dessa obra se debruçou no que há de contemporâneo na literatura nacional e internacional sobre os direitos dos pacientes em fim de vida com vistas a debater formas de garantir a esses pacientes o direito de morrer bem. E o que significa *morrer bem*? Significa participar das escolhas que envolvem o processo morte, significa ter seus desejos atendidos, significa não sentir dor, significa ser tratado como um sujeito e não como uma doença, significa ter respeitado o direito fundamental e personalíssimo à morte digna, lembrando sempre que a dignidade é um valor pessoal e que, portanto, não existem fórmulas prontas, não existem verdades absolutas.

Em suma, o que existe é a necessidade premente de mudarmos a qualidade da morte do brasileiro que está em fim de vida. Porque afinal, como diz Gilberto Gil, “se a morte faz parte da vida/ e se vale a pena viver/ então morrer vale a pena”.

Belo Horizonte, 30 de março de 2017.

Luciana Dadalto

Doutora em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUCMinas. Administradora do portal www.testamentovital.com.br.

Apresentação

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral
Margareth Vetis Zaganelli

A expectativa de vida tem sido ampliada consideravelmente nas últimas décadas, mediante o emprego de sofisticados tratamentos médicos e avançados equipamentos de suporte vital, acarretando reflexos positivos no âmbito da saúde. Ao mesmo tempo em que os avanços da tecnologia podem prolongar a vida muito além do seu termo natural, o sofrimento e a dor permanecem na realidade cotidiana e configuram, acompanham e determinam a vida dos seres humanos.

Com os avanços na Medicina que visam o prolongamento da vida por eficientes e onerosos tratamentos médico-hospitalares, há algum tempo, em muitos países, vem-se discutindo acerca do direito de o paciente manifestar a sua vontade em relação a se submeter a terapêuticas médicas, caso venha a se encontrar em situações de incapacidade. Nesse sentido, corrobora-se a possibilidade de se constituir um instrumento, o qual tenha validade para o momento em que o paciente já não possa expressar a sua decisão. Diante disso, surgiram as diretivas antecipadas de vontade (dora-vante simplesmente DAV), também denominadas de instruções prévias de vontade.

As DAV constituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro. Ao contrário do testamento civil, o testamento vital objetiva ser eficaz em vida. Trata-se de um instrumento ético-jurídico que permite reforçar a autonomia do enfermo, que pode ser complementada com a nomeação de um procurador de cuidados de saúde, ou mesmo com um conjunto de instruções médicas previamente tomadas, com o consentimento do paciente.

No Brasil, há algum tempo, verifica-se o debate acerca desse direito do paciente à manifestação de vontade. Nesse sentido, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 675/GM, de 30 de março de 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde. Esse documento estabelece de forma inequívoca o direito ao consentimento ou à recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se esse fato acarretar risco à saúde pública. A Portaria nº 675/2006 sofreu alterações ao longo dos anos.

A última, a partir da Portaria nº 1.820 de 2009, que dispõe no seu Art. 4º, parágrafo único, IX, ser direito da pessoa a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas, sendo-lhe facultada a recusa, manifestada na presença de testemunha. A discussão sobre DAV vem sendo ampliada e o Conselho Federal de Medicina tem participado ativamente desse processo, por meio de suas câmaras técnicas e comissões que tratam de questões como terminalidade da vida e ética médica, contribuindo com reflexões e propostas que tragam respostas efetivas à sociedade.

Os fóruns do Conselho Federal de Medicina têm sido espaços relevantes por reunir diferentes visões e, certamente, poderão auxiliar os encaminhamentos no âmbito do Conselho, com repercussões em outras esferas, como o Congresso Nacional, de onde emana um projeto de lei (PLS-PROJETO DE LEI DO SENADO, nº 524 de 2009) que embora não pretenda disciplinar especificamente as DAV, busca promover morte digna, com qualidade de vida, e, ainda o Poder Judiciário, que tem sido provocado a julgar situações concretas relacionadas à terminalidade de vida.

Em 2010, passou a vigorar no Brasil um novo Código de Ética Médica, por meio da Resolução CFM n. 1931/2009. Um dos pontos importantes trazidos pelo novo diploma deontológico é a terminalidade da vida. Nos princípios fundamentais, Capítulo I, XXII, permite-se ao médico evitar a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciar aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados nas situações clínicas irreversíveis e terminais.

Na visão da medicina contemporânea, pode a pessoa determinar os limites do tratamento aos quais aceita ser submetido, optando apenas pelos cuidados paliativos quando já se encontrar em fase de fim de vida, ou seja, pode manifestar sua vontade nas decisões terapêuticas, dividindo a responsabilidade da escolha com o seu médico de confiança. Mas de que forma poderá o paciente com doença em estágio terminal declarar essa vontade? Além das orientações constantes do Código de Ética Médica, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM nº 1995/2012, que passou a vigorar em 31 de agosto de 2012, abordando as denominadas DAV.

Consoante disposto no artigo 1º da Resolução 1995/2012, entende-se por DAV: “O conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”. O termo empregado na Resolução 1995/2012 parece estar em sintonia com o seu propósito: *diretiva*, por ser uma instrução; *antecipada*, pois é fora do momento da decisão; e *vontade*, ao expressar uma manifestação acerca de um interesse.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina colaborou para ampliar o debate sobre a necessidade de regulamentação legislativa das DAV. Possui o mérito de fomentar a discussão de assunto importante, considerando que cidadãos brasileiros têm procurado registrar suas diretivas antecipadas em cartório, evidenciando a relevância social do tema. Paralelamente, tem provocado muitos debates entre os profissionais da área médica e juristas a questão da obrigatoriedade da declaração de vontade do paciente. O médico pode agir de maneira distinta, ou mesmo contrária ao preestabelecido pelo paciente? Estaria o profissional médico vinculado à manifestação de vontade do paciente com doença terminal? A Resolução do Conselho Federal de Medicina se antecipou ao debate jurídico, que talvez merecesse ser realizado no plano legislativo, embora seja compreensível a necessidade de se estabelecer algum critério deontológico. Por certo, a problemática está a merecer um maior aprofundamento teórico, que será trazido à medida que as situações concretas sejam levadas à análise pelo Judiciário e pelo Conselho Federal de Medicina.

A obra que ora se apresenta à academia, à comunidade científica e à sociedade pretende elucidar alguns conceitos e fomentar reflexões acerca das DAV que sejam capazes de concorrer para a efetividade desse instrumento que permite o cumprimento de pelo menos três ousados anseios constitucionais: afirmação da dignidade humana, reconhecimento do direito à autodeterminação e promoção da cidadania.

Sumário

1		
	Possibilidade de diretivas antecipadas de vontade por pessoas com deficiência (em regime de curatela ou não)	24
	Cristiano Chaves de Farias Melissa Ourives Veiga	
2		
	Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional Argentina	42
	Eduardo Luis Tinant	
3		
	Um novo direito para um novo milênio	58
	Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral Luciana Dadalto	
4		
	Autodeterminação da pessoa humana na perspectiva da psicologia fenomenológico-existencial	74
	Ieda Tinoco Boechat Carlos Henrique Medeiros de Souza Fernanda Castro Manhães	
5		
	Regime legal de diretivas antecipadas de vontade no Brasil	90
	Cristian Ricardo Ferreira Júnior João Romário Gomes da Silva Margareth Vetis Zaganelli	
6		
	Requisitos de validade e forma das diretivas antecipadas de vontade	104
	Ari Gonçalves Neto Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral Shirlena Campos de Souza Amaral	

7

Consciência médica e diretivas antecipadas de vontade: o caminho para a dignidade	120
Samuell Santos Ferreira	
Tatiane da Silva Santos	
Marlene Soares Freire Germano	

8

Medicina e direito: importante diálogo para a proteção da vida e da saúde	138
Gabriela Coutinho Chequer Cabral	
Juçara Gonçalves Lima Bedim	
Rogério Boechat Chequer	

9

Dignidade humana e autonomia nas diretivas antecipadas de vontade	152
Guilherme da Gama Lacerda	
Luís Fernando Gonçalves de Castro	
Leandro Silva Costa	

10

Diretivas antecipadas de vontade: identificando o limiar entre a ética e a autonomia	162
Taís Freire Soares Pereira de Souza	
Kleivia da Silva Damas	
Marlene Soares Freire Germano	

11

Direitos existenciais na perspectiva da medicina contemporânea	178
Ulisses de Barros Ramos	
Raíssa Carneiro Lopes	
Dulce Helena Pontes-Ribeiro	

12

A autodeterminação do paciente e a interpretação de sua declaração	190
Pedro Lenno Rovetta Nogueira	
Margareth Vetus Zaganelli	

13

Capacidade do outorgante e expressão da vontade da declaração	202
Raquel Veggi Moreira	
Bruna Moraes Marques	
Carlos Henrique Medeiros de Souza	

1

Possibilidade de diretivas antecipadas de vontade por pessoas com deficiência (em regime de curatela ou não)

Cristiano Chaves de Farias
Melissa Ourives Veiga

Importância das diretivas antecipadas como mecanismo de efetivação da autodeterminação da pessoa humana

De forma ainda mais acentuada, em meios às complexidades da vida contemporânea (aberta, plural e multifacetada), dúvida inexistente de que a liberdade de autodeterminação há de ser a regra da conduta humana. É o que se denomina, no âmbito jurídico, de autonomia privada. Ou seja, a pessoa humana tem o direito de escolher os seus caminhos nas relações entre particulares, sendo certo o velho e conhecido adágio de que, nas relações privadas, é possível tudo menos o que a lei proíbe. Nessa ambiência, ganha especial relevância a cláusula geral de avançada proteção da dignidade humana (CF, art. 1º, III), na medida, em caráter ordinário, caberá fundamentalmente ao titular estabelecer as latitudes e longitudes do que seja, para si mesmo, o direito a uma vida digna.

Aliás, como consectário lógico e inexorável do reconhecimento de um direito à vida digna, exsurge a afirmação de que é seu desdobramento certo e incontestável a afirmação de um direito à morte digna. São, enfim, o verso e o reverso de uma mesma moeda. Em palavras mais claras: ao direito de viver com dignidade haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna é consequência natural de toda e qualquer vida digna. Na certa ponderação de Maria de Fátima Freire de Sá, “morrer é parte integral da vida, tão natural e previsível quanto nascer.

É inevitável”. De toda maneira, o que parece mais assustar aos humanos é “que ninguém sabe o que lhe espera depois da vida” (SÁ, 2001, p. 80).

Fatal e inevitável, a morte não precisa, contudo, ser marcada por dores e sofrimentos. Um processo digno da morte é corolário para uma vida que se qualificou pela dignidade do exercício de suas possibilidades. Pondera, nessa trilha, Anderson Röhe:

a dor e o sofrimento tornaram-se desvalores rejeitados por uma sociedade adoradora do corpo e da perfeição. Daí a necessidade de uma medicina operante que assegure aos homens o seu bem-estar físico e mental, proporcionando uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida (RÖHE, 2004, p. 123).

Importante, no ponto, chamar a atenção para uma significativa advertência, evitando uma confusão conceitual com categorias distintas: não se trata de debater, aqui, a admissibilidade, ou não, de uma morte piedosa, bondosa, quase gentil. Cuida-se, em verdade, de buscar a afirmação do direito à morte digna como corolário, como consequência natural, do direito a uma vida digna. Equivale a dizer: a dignidade que norteou a vida de uma pessoa humana deve acompanhá-la até o momento derradeiro, restando obstadas condutas procrastinatórias ou fúteis, que, a par de causar sofrimento, afrontam a sua integridade física, psíquica e intelectual. Invocando a precisa ponderação de Diaulas Costa Ribeiro,

a morte digna também é um direito humano. E por morte digna se compreende a morte sem dor, sem angústia e de conformidade com a vontade do titular do direito de viver e de morrer. E nesse sentido é paradoxal a postura social, muitas vezes emanada de uma religiosidade que a religião desconhece, que compreende, aceita e considera “humano” interromper o sofrimento incurável de um animal, mas que não permite, com o mesmo argumento – obviamente sem a metáfora – e nas mesmas condições, afastar o sofrimento de um homem capaz e autônomo (RIBEIRO, 2006, p. 1752).

É nessa exuberante arquitetura que se apresentam as diretivas antecipadas de vontade (DAV), indevidamente apelidadas de testamento vital,¹ como um mecanismo de afirmação da autonomia privada, por meio do qual o titular concretiza a sua percepção sobre o que seria, para si, uma morte digna, como corolário de seu direito a uma vida digna. Cuida-se de interessante instrumento de afirmação da vontade humana, no que tange à extensão da assistência médica a ser prestada a alguém.

Com essa fina percepção, a Resolução nº 1.995/12, do Conselho Federal de Medicina², louvando toda a evidência da afirmação da autonomia do paciente, a partir do livre consentimento informado, autoriza as diretivas antecipadas em solo brasileiro, procurando minimizar as dores e sofrimentos decorrentes de tratamentos e procedimentos médicos que prolongam a vida dos doentes terminais sem chance de cura (a chamada futilidade médica), em clara sintonia com o direito à vida e à morte dignas³.

Logo no comando do seu art. 1º, o ato normativo explica que as DAV constituem o “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

O ato regulamentar determina aos médicos o respeito às DAV manifestadas pelo paciente, afastando, inclusive, eventual discordância dos

-
1. Considerando que o conceito de testamento é intrinsecamente ligado à transmissão patrimonial, explicita-se a atecnia da terminologia. A título ilustrativo, convém lembrar que a melhor civilística brasileira assevera ser o testamento “o ato essencialmente revogável pelo qual a pessoa física ou natural, dentro dos ditames da lei, *dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio*, ou realiza determinações de caráter não patrimonial, cujos efeitos serão produzidos para depois da sua morte” (CARVALHO, 2015, p. 536), deixando patente a sua absoluta impropriedade para servir de sinônimo para as diretivas antecipadas.
 2. No sistema jurídico germânico, designa-se a medida como *Patientenverfügungen*, disciplinada pela reforma do Código Civil alemão, o *BGB*, nos §§ 1901a-1904.
 3. Nos Estados Unidos da América, indo mais longe, já se normatizou, inclusive, a possibilidade do chamado *durable power of attorney for healthcare*, consistindo em um “ato de instituição de um procurador que tomará, em nome do paciente, as decisões relativas ao tratamento, suas formas, sua duração e sua cessação”, como notícia Dadalto (2010, p. 100).

familiares⁴. Através dessas diretivas antecipadas, o paciente pode definir, enquanto estiver no gozo de suas faculdades mentais, os limites terapêuticos a serem adotados em seu tratamento de saúde, em eventual hipótese de estado terminal. Exige-se, para tanto, declaração expressa de vontade (DAV, consoante a expressão consagrada na Espanha). Essa declaração, por óbvio, terá validade e eficácia e prevalecerá, inclusive, sobre qualquer outro parecer não médico e sobre a própria manifestação de vontade dos familiares (§ 3º do art. 2º da Resolução).

Não há necessidade de manifestação de vontade por meio de instrumento público, assim como não se exige o registro em cartório da declaração de vontade para que possa surtir efeitos, em face da inexistência de exigência expressa da Resolução⁵. Trata-se de concretização da autonomia privada, conferindo ao titular o reconhecimento de efetivar pessoalmente o seu direito à morte digna como uma consequência natural do direito à vida digna. Cuida-se, fundamentalmente, do direito do paciente de morrer sem sofrimentos desnecessários, na medida em que a Medicina não conseguiu estabelecer a cura ou tratamentos mais adequados e eficazes para certas situações específicas.

Uma vida digna há de desembocar em um epílogo igualmente digno. E a cada pessoa há de se reconhecer o direito de autodeterminação, sopesando os próprios sentimentos, medos, fraquezas e possibilidades. E as diretivas antecipadas se apresentam como mecanismo de concretização dessa autodeterminação, possibilitando a quem não deseja tratamentos incertos ou soluções paliativas o respeito à sua vontade. Há, sobre o tema, interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, corroborando a tese. No caso julgado, foi reconhecido a um paciente, internado em unidade hospitalar, o direito de não ser submetido a uma cirurgia indesejada de amputação, a partir de sua própria manifestação volitiva.

4. As DAV “*prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares*” (§ 3º, art. 2º da Resolução).

5. A partir da inteligência do art. 107 do Código Civil somente é exigido o cumprimento de formalidade nos negócios jurídicos por força da norma ou por expressa disposição das partes. Diz o texto codificado: “*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*”.

1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.

[...]

3. O direito à vida, garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. [...]

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, TJ/RS, 2013).

Além de tudo isso, essa decisão harmoniza-se, a toda evidência, com o comando do art. 14 do Estatuto Civil⁶, que consagra a possibilidade de dispor do corpo para depois da morte, concretizando substancialmente a autonomia privada, que rege as relações do Direito Civil, até porque não haveria justificativa ideológica para uma intervenção estatal nessa matéria.

Indubitavelmente, a pessoa humana que, no pleno gozo de sua faculdade mental, declarou a sua vontade, livre e desembaraçada, de não se submeter a determinados tratamentos de saúde ou intervenções médicas, em certas situações, deve ter a sua autonomia privada respeitada, a fim de que se efetive a sua dignidade na plenitude. Trata-se de mera projeção de sua autonomia privada, concretizando a sua liberdade de autodeterminação,

6. Art. 14, Código Civil: “É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

como corolário da dignidade almejada pelo constituinte. Disso não diverge Roxana Cardoso Brasileiro Borges, cuja arguta percepção termina por asseverar a existência de uma

reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindicase uma morte digna, o que significa “a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia” (BORGES, 2001, p. 284)⁷.

E é exatamente por isso que, mesmo antes do advento da Resolução nº 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina, já se nos afigurava válida e eficaz essa declaração prévia de vontade, em face da premente necessidade de respeitar a autonomia privada do paciente com doença em estágio terminal, a partir de preceitos éticos e jurídicos e da terminalidade inexorável da vida humana. Com o mesmo pensar, Luciana Dadalto, pioneiramente, já pontuava que a “declaração prévia de vontade do paciente em fase terminal de doença é válida no Brasil, mesmo com a inexistência de legislação específica, a partir de uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico pátrio” (DADALTO, 2010, p. 148)⁸.

7. A autora diz ainda: “Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise constitucional e penal e direito comparado” (BORGES, 2001, p. 284).

8. Bastante oportuna, no ponto, a lembrança de um trecho da sensível e emocionante película *Mar adentro*, traduzindo na tela a história real do marinheiro Ramón Sampedro, passada em pequena cidade da Espanha. Tetraplégico desde os 25 anos de idade, por conta de um acidente no mar que o deixou paralisado sobre a cama, apenas movimentando os músculos da face, Ramón resolveu requerer, em juízo, o reconhecimento do seu “direito de morrer”. Argumentou, inclusive, que a única visão que tinha era de uma pequena janela, aberta para o mar. Como o marinheiro não tinha como pôr fim à sua própria vida, em face do estado físico, e por não querer a ajuda de amigos (para evitar eventual responsabilização penal), pediu aos juízes dos Tribunais de Barcelona e La Coruña que lhe fosse permitido se objetar às sondas pelas quais era alimentado. Ambas as Cortes negaram o seu pleito. O Tribunal Constitucional espanhol também não acolheu o pedido. Por isso, entendeu que foi “condenado a viver”. Em última tentativa, dirigiu-se à Comissão Europeia de Direitos Humanos, quando, mais uma vez, teve indeferida a autorização. Sem dúvida, o seu caso é emblemático para o Direito Civil e a discussão acerca da efetiva compreensão da morte.

Nova teoria das incapacidades: inclusão da pessoa com deficiência como sujeito de direito em igualdade de condições com pessoas sem deficiência e liberdade de declarar as diretivas antecipadas

Com a visível (e salutar) preocupação de inaugurar um novo tempo no tratamento jurídico e social das pessoas com deficiência, a Convenção de Nova Iorque⁹ impôs uma revisita à teoria das incapacidades, no que tange à indevida (porém, histórica) correlação com a deficiência humana, em seus aspectos físico, psíquico ou intelectual.

De fato, uma deficiência não pode induzir necessariamente à incapacidade. Inexiste, enfim, uma correlação implicacional entre deficiência e incapacidade jurídica. Todavia, de acordo com o histórico tratamento dedicado pela lei (inclusive pela redação originária do Código Civil de 2002), a pessoa com deficiência vinha, ao longo dos tempos, sendo enquadrada no conceito de incapaz – o que, para dizer pouco, escapava à razoabilidade e feria uma visão igualitária e digna sobre humanidade.

Com efeito, o conceito de deficiência (centrado na existência de uma menos valia de longo prazo, física, psíquica ou sensorial, independente de sua gradação) não tangencia sequer longinquamente, uma incapacidade para a vida civil. A pessoa com deficiência pode desfrutar, plenamente, os direitos civis, patrimoniais e existenciais. Já o incapaz, por seu turno, é um sujeito cuja característica elementar é a impossibilidade de autogoverno. Assim, a proteção dedicada pelo sistema jurídico a um incapaz há de ser

9. Assinada em 30.03.07, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo impõe aos Países signatários, inclusive o Brasil, proibir qualquer discriminação baseada na deficiência, garantindo às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo. Elaborada ao longo de quatro anos, o aludido Tratado contou com a colaboração direta de 192 países. Logo em seu art. 1º consta que o seu propósito é “*promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*” e que reconhece as pessoas com deficiência como “*aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*”.

mais densa, vertical, do que aquela deferida a uma pessoa com deficiência, que pode exprimir a sua vontade. A premissa metodológica estabelecida pelo Estatuto, portanto, é irretocável¹⁰. Desbravando essas sendas, antenada na proteção internacional pactuada pelo Brasil, a nova redação imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência impôs significativas inovações no regime das incapacidades, absoluta e relativa¹¹.

Por conseguinte, a Lei nº 13.146/15, apelidada de Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, mitigou, mas não aniquilou, a teoria das incapacidades do Código Civil, apenas adequando-a às normas (regras e princípios) da Constituição da República e da Convenção de Nova Iorque. Com uma visão prática, ficou abolida (para sempre! Por conta da cláusula de proibição de retrocesso social, implícita no Texto Constitucional) a perspectiva médica e assistencialista, pela qual se rotulava como incapaz aquele que, simplesmente, ostentava uma insuficiência psíquica ou intelectual. Como não poderia ser diferente, agora se trata de pessoa humana plenamente capaz. Aliás, até porque toda pessoa humana é especial pela sua simples humanidade, tenha, ou não, algum tipo de deficiência.

Não se justifica, em absoluto, impor a uma pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz, por conta de um impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial. Toda pessoa é capaz, em si mesma. E, agora, o sistema jurídico reconhece essa assertiva. Até porque, de fato, evidencia-se discriminatório e ofensivo chamar um humano de incapaz somente por conta de uma deficiência física ou mental.

10. Para aprofundamento sobre a matéria, seja consentido remeter a esta fonte: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral** e LINDB, Salvador: JusPodivm, 14. ed., 2016, vol. 1, *passim*, onde se trata com verticalidade dos novos quadrantes da teoria das incapacidades.

11. Art. 3º, Código Civil: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos” e Art. 4º, Código Civil: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigios. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

Realmente, em tempos pós-modernos, com preocupações de inclusão social e cidadania, não mais se pode admitir que a lei repete um ser humano incapaz absolutamente somente por conta de uma deficiência física ou mental e, muito pior do que isso, que promova uma transferência compulsória das decisões e escolhas sobre a sua vida e as suas relações existenciais para um terceiro, o curador, aniquilando a sua vontade e a sua preferência. Equivale, na prática, a uma verdadeira morte civil de um humano.

Há absoluta coerência filosófica: as pessoas com deficiência não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas e tão somente, de sua debilidade. É que na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da igualdade substancial (CF, art. 3º e 5º), as pessoas com deficiência dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade¹².

Seguindo nessa trilha garantista, nota-se que as pessoas com deficiência precisam ter pleno acesso aos direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos a toda e qualquer pessoa humana, exercendo em sua plenitude a dignidade prometida no texto constitucional. Não se admite qualquer limitação ao exercício de direitos pela pessoa com deficiência, no que tange aos seus direitos fundamentais, o que poderia, em última análise, representar uma afronta à sua própria dignidade. No ponto, com idêntica sustentação teórica, Luciana Barbosa Musse, enfaticamente, assegura:

o gozo das mesmas oportunidades concedidas aos 'normais' pelas pessoas com transtorno mental, em relação a qualquer dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, sejam eles individuais – vida, honra, imagem, privacidade, liberdade, propriedade – ou sociais – educação, trabalho, saúde, transporte, aposentadoria, moradia, lazer” (MUSSE, 2008, p. 76).

12. Para maiores referências acerca da proteção deferida constitucionalmente às pessoas com deficiência, faça-se justa alusão à pioneira obra de ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: CORDE, 1994.

É exatamente nesse espaço que se percebe estar situada a liberdade de autodeterminação e de expressão da própria vontade. Uma pessoa com deficiência, efetivamente, pode sofrer limitações de diferentes matizes, mas, seguramente, não perde a possibilidade de manifestação de sua própria individualidade em aspectos existenciais, como a afetividade e o seu próprio eu.

À luz de tais considerações, uma conclusão defluiu com convicção cristalina: uma pessoa com deficiência não mais estará enquadrada, automaticamente, no conceito de incapacidade (absoluta ou relativa), na medida em que a deficiência (física, mental ou intelectual) não enseja, por si só, incapacidade jurídica. A partir da plenitude de sua capacidade, então, uma pessoa com deficiência (física, mental ou intelectual) pode, sim, manifestar as suas vontades livremente, inclusive no que tange às diretivas antecipadas, que lhe são facultadas, por meio de instrumento público ou particular, como a qualquer outra pessoa, sem deficiência.

Trata-se de conclusão fatal e inexorável: a simples existência de uma deficiência não induz, automaticamente, incapacidade. E, assim, a pessoa com deficiência é plenamente capaz, podendo eleger os seus caminhos e opções, inclusive no que tange às diretivas antecipadas.

Pessoa com deficiência enquadrada no conceito de incapacidade, estrita abrangência da curatela e possibilidade de prática de atos existenciais, inclusive as DAV

Malgrado a regra geral do novo sistema, descortinado pela Lei Brasileira de Inclusão seja o desatrelamento absoluto entre a deficiência e a incapacidade, tendo na tela da imaginação a clareza meridiana do comando do art. 4º da nova redação emprestada ao Código Civil, é possível que uma pessoa com deficiência seja considerada incapaz, nos mesmos moldes de uma pessoa plenamente capaz, quando não puder exprimir vontade. Incorpora-se, no ordenamento interno, o art. 12.2 da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, que é lacônico, porém

absolutamente preciso. Veja-se: “Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (BRASIL, Decreto 6.949, 2009).

Dessa forma, concretizando o comando convencional, a pessoa com deficiência há de estar submetida à mesma normatividade das demais pessoas em relação à teoria das incapacidades. E, por isso, nota-se que a única hipótese de se lhe imputar a condição de relativamente incapaz é quando não puder exprimir vontade, a partir do que reza o inciso III do art. 4º da Codificação de 2002. Assim, não podendo manifestar a sua vontade, uma pessoa com deficiência (física, mental ou intelectual) pode ser reputada incapaz relativamente (jamais pode ser considerada absolutamente incapaz!), ficando submetida ao regime jurídico da curatela.

Atente-se, de todo modo, que o regime da curatela, a partir da nova sistemática imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, é limitado, restrito a determinados atos¹³, com vistas a que não se retire da pessoa curatelada (com, ou sem deficiência, mas que não pode exprimir vontade) a liberdade de autodeterminação existencial. É dizer: a curatela há de ser compreendida como medida protetiva específica, abrangendo atos para os quais o curatelado não consiga exercer de *per si* a individualidade. Bem por isso, inclusive, a sentença que constitui a curatela precisa estabelecer

13. O Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de, expressamente, asseverar que o decreto de curatela pode ter uma extensão maior, ou menor, de poderes para o curador, a depender da situação específica e concreta do curatelado. Assim, chegou a afirmar que *“a quase total falta de discernimento da requerida para os atos da vida civil foi percebida e retratada nitidamente nos autos, não restando a mais pávida dúvida sobre a inexistência de plena capacidade da interdítanda”*. O ponto alto do *decisum* merece alusão: *“uma interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Pessoa com Deficiência impõe a conclusão de que as pessoas que não consigam exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente devem ser consideradas relativamente incapazes, pois em geral conservam sua autonomia para a prática de atos de natureza existencial, relacionados aos direitos da personalidade, a exemplo dos direitos sexuais e reprodutivos, e aqueles relacionados ao planejamento familiar. Todavia, dependendo do grau de comprometimento das faculdades mentais da pessoa, poderá ela submeter-se à curatela total ou parcial, que abrangerá eminentemente os atos de natureza patrimonial e negocial”* (TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Privado, ApCív. 0307037-84.2009.8.26.0100 – comarca de São Paulo, rel. Des. Francisco Loureiro, voto 29.643).

um projeto terapêutico individualizado¹⁴ para o curatelado, delimitando os atos e aspectos em relação aos quais reclamará a presença do curador.

Incorporando essas ideias, a própria Norma Estatutária cuidou de estabelecer, *in litteris*, em seu art. 85, que a curatela não pode transbordar os limites dos atos patrimoniais, preservados os atos existenciais ao curatelado. Ou seja, a ninguém mais do que ao próprio curatelado interessa a sua essência humana, a sua existência. Não é despreciando conferir a clareza da dicção legal:

Art. 85, Estatuto da Pessoa com Deficiência:

A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado (BRASIL, Lei 13,146, 2015).

Ora, patenteia-se, com segurança, que a decisão judicial constitutiva da curatela não pode atingir valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa humana, como a liberdade, as manifestações afetivas e sentimentais e a intimidade¹⁵. Significa que a curatela somente é justificável,

14. A respeito do projeto terapêutico individualizado, já se disse, com razão, que “a sentença de curatela apresentará, necessariamente, uma forte carga argumentativa para justificar o projeto terapêutico individualizado, além de regulamentar a extensão da intervenção sobre a autonomia privada daquela pessoa humana. Cada curatelando tem o direito (de envergadura constitucional) de ter parametrizada a sua curatela de acordo com as suas particularidades, sem fórmulas genéricas e neutras” (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 270).

15. Na mesma direção, Flávio Tartuce consigna, expressamente, em relação à curatela, que “podem existir limitações para os atos patrimoniais e não para os existenciais, que visam a promoção da pessoa humana” (TARTUCE, 2016, p. 131).

em ótica civil-constitucional, com especial atenção à dignidade humana, em nome das necessidades do próprio curatelando. E essas necessidades “devem ser compreendidas em função de seus interesses, devendo ser respeitadas como manifestação de seu livre desenvolvimento e de vida”, consoante à percepção aguda de Célia Barbosa Abreu (ABREU, 2005, p. 225).

E é exatamente por conta dessa necessária limitação da extensão da curatela que a atuação do terceiro em relação à pessoa do curatelado não pode alcançar situações atinentes “ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”, por dizerem respeito aos seus direitos fundamentais, concretizadores de sua dignidade. Ilustrativamente, não mais há qualquer obstáculo ou requisito de validade atrelado à deficiência física ou psíquica do agente para a celebração de um casamento. Casar é ato de vontade e de manifestação afetiva e, por isso, não pode ser invalidado por mera deficiência de uma das partes.

Assim, como regra, a atuação do curador está restrita, por óbvio, às relações patrimoniais do curatelado, não lhe sendo possível invadir a esfera personalíssima das relações do curatelado, sob pena de afronta à sua dignidade. Ademais, implicaria em transferência da própria titularidade da personalidade de um ser humano. Por isso, no que tange às relações existenciais, como a privacidade, sexualidade, afetos, integridade física e psíquica, não há atuação do curador, sendo possível ao curatelado livremente se comportar.

Possibilidade de diretivas antecipadas de vontade por pessoas com deficiência sob regime de curatela

Como se nota, proclamando uma opção visivelmente humanista, o EPD delimitou as latitudes e longitudes do regime de curatela: somente são abrangidos os atos patrimoniais e negociais, como reza o seu art. 85. Em sendo assim, o curatelado somente sofre restrições para a prática de atos de índole patrimonial (econômica), reclamando a presença do curador – que se apresentará como um representante ou um assistente, a depender da extensão da curatela.

A outro giro, os atos de natureza existencial (de matriz ontológica) podem ser praticados diretamente pela pessoa curatelada, independentemente de representação ou de assistência. E é exatamente aqui que está domiciliada a efetiva possibilidade de uma pessoa com deficiência, sob o regime de curatela, manifestar, eventualmente, DAV, dispensando, validamente, tratamentos médicos em determinadas situações, conforme a regulamentação da Resolução nº 1.995 do CFM.

Efetivamente, tal ato pode ser praticado pela pessoa curatelada, quando, de algum modo, possa externar os seus desejos. Isso porque o regime da curatela incide quando, por causa transitória ou definitiva, uma pessoa não puder exprimir vontades relacionadas à sua esfera patrimonial de interesses, incidindo no conceito de incapacidade relativa (CC, art. 4º, III). Nada impede que uma pessoa que não pode externar validamente vontade em negócios econômicos (por conta de uma potencialidade de prejuízo) tenha a exata noção do que deseja, ou não, em relação à sua existência na Terra, notadamente no que tange aos seus aspectos ônticos. Efetiva-se, assim, uma clara afirmação da dignidade humana, respeitada a essência valorativa de uma pessoa, independentemente de estar, ou não, sob o regime de curatela, por não poder se autodeterminar patrimonialmente.

Merece destaque o fato de que a declaração volitiva de uma pessoa sob curatela, acerca de suas diretivas antecipadas pode ser inferida de diferentes atos ou condutas. Não se impõe a necessidade de uma manifestação formal, escrita – até por falta de previsão normativa. É de se lhe reconhecer a possibilidade de exteriorizar as suas vontades e desejos das mais diferentes maneiras, com vista a efetivar a sua dignidade, sem aviltar a sua autodeterminação.

Invocando as palavras de Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral e Carlos Henrique Medeiros de Souza, a pessoa interessada nas diretivas antecipadas pode, inclusive, “solicitar ao médico que registre no prontuário sua decisão de não desejar se submeter a certas práticas, procedimentos ou utilização de suporte vital e quaisquer outros meios artificiais de manutenção da vida” (CABRAL; MEDEIROS, 2015, p. 177).

Incorporando e ampliando essa ideia, é perfeitamente possível a validade incontestável da manifestação de última vontade da pessoa com

deficiência declarada aos familiares, amigos, cuidadores ou apoiadores, quer seja na forma verbal, quer seja na escrita (desenhada) e quer seja até mesmo gestual. Sob esse aspecto, é importante que se afirme não existir legitimidade hierárquica entre as pessoas receptoras da informação das diretivas antecipadas escolhida pelo paciente, devendo, necessariamente, prevalecer a manifestação de última vontade do interessado.

Verticalizando ainda mais, é de se admitir, até mesmo, o suprimento judicial quando a manifestação de vontade não foi precisa ou existem dúvidas objetivas acerca dela. Seria o caso de uma declaração de vontade do curatelado externada a um determinado amigo que se colocou em rota de colisão com a vontade da família no que diz respeito ao tratamento a que deve ser submetido o paciente. Na hipótese, é de se admitir o suprimento de outorga, através de um procedimento de jurisdição voluntária, devendo o juiz decidir com base no conjunto probatório, priorizando a autonomia privada da pessoa sob curatela. Aliás, em conformidade com o Parágrafo Único do Art. 723 do Código de Processo Civil, em se tratando de jurisdição voluntária, o juiz não está adstrito à legalidade estrita, podendo decidir por equidade, adotando a solução mais conveniente e oportuna.

Admitir a possibilidade de suprimento judicial é preservar a autonomia privada do curatelado, no campo das relações existenciais, respeitando a opção ideológica do EPD. Oportuna, inclusive, a lembrança da advertência de John Stuart Mill, ainda na Inglaterra liberal dos Oitocentos, de que

a razão para não interferir nos atos voluntários de uma pessoa, exceto para salvaguardar terceiros, é a consideração pela sua liberdade. A sua escolha voluntária é a prova de que o que escolher é desejável, ou, pelo menos, suportável para si e, de um modo geral, atende melhor ao seu bem (MILL, 2001, p. 194).

Em interessante precedente, a Corte de Justiça do Rio Grande do Sul, ancorada no supraprincípio da dignidade, reconheceu que a vontade humana de ter um mínimo de controle da morte deve ser respeitada, ainda que não tenha sido externada de maneira escrita e formal – o que serve para aplicar às pessoas curateladas que puderem, de algum modo, se manifestar sobre a sua existência:

Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a “morte no seu tempo certo”, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (TJ/RS, Ac. 21ª Câmara Cível, ApCív. 70042509562 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 1.6.2011, DJRS 22.6.2011).

Não se ignore, inclusive, a depender de situações episódicas e casuísticas, a possibilidade de utilização de mecanismos tecnológicos variados para a captação da vontade da pessoa humana sob curatela, preservando a sua liberdade de autodeterminação.

Obtempere-se, por oportuno, que, não podendo a pessoa humana sob a curatela, de nenhuma maneira, exprimir a sua vontade, sequer para escolhas pessoais e existenciais, restará prejudicada a possibilidade das DAV. Não estará prejudicada por se lhe obstar o cabimento da medida, mas, sim, pela impossibilidade de se compreenderem os seus anseios e desejos. Nesse caso, caberá aos familiares deliberarem.

Referências

- ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Corde, 1994.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise constitucional e penal e direito comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.
- BRASIL. **Decreto n. 6.949/2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 10 dez. 2016.
- _____. **Lei 13,146, 2015**. Estatuto da Pessoa com deficiência. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Art.+85+da+Lei>. Acesso em 11 dez. 2016.
- _____. **TJ/RS**, Ac. 1ª Câmara Cível, ApCív. 70054988266 – comarca de Viamão, rel. Des. Irineu Mariani, j. 20.11.2013, DJRS 27.11.2013.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **As diretivas antecipadas de vontade e a efetividade da ortotanásia**. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat (coord.). *Ortotanásia: bioética, biodireito, medicina e direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Salvador: JusPodivm, 14. ed. 2016, v. 1.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado**, Salvador: JusPodivm, 2016.
- MILL, John Stuart. **On Liberty**. Ontario: Batoche Books/Kitchener, 2001.
- MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. **A autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte**. In: *Cadernos Rio de Janeiro: Saúde Pública*, 22(8): 1.749-1.754, agosto de 2006.
- RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer, eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 12. ed. v. 1. São Paulo: Forense, 2016.

2

Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional Argentina

Eduardo Luis Tinant

Art. 11, Ley 26.529 (Mod. Ley 26.742)

El Congreso de la Nación Argentina sancionó en mayo de 2012 la ley 26.742, “*Muerte digna. Protección de la dignidad de los enfermos en situación terminal o de agonía*”, modificatoria de la ley 26.529 (2009), “*Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud*”, básicamente en orden a la autonomía de la voluntad del paciente, la cual ya reconocía su derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad (art. 2º, inc. e). En el marco de esta facultad –según agregó la nueva ley–, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al cese o no inicio de medidas de soporte vital cuando sean desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. Igualmente podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. Del mismo modo, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a

los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En análoga dirección, la reforma legal amplió el consentimiento informado, añadiendo un par de incisos en el art. 5° de la ley 26.529, referidos a los derechos que asisten al paciente, en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable (inc. g), y a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento (inc. h).

Mediante decreto 1089/2012 (Salud Pública), el Poder Ejecutivo aprobó la reglamentación de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742. Respecto de las directivas anticipadas sobre la salud de la persona disponente, contempladas en la ley 26.529 (art. 11), la ley 26.742 agregó un párrafo estableciendo como requisito para su homologación que la declaración de voluntad debe formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requiere la presencia de dos testigos, pudiendo ser revocada en todo momento por quien la manifestó¹.

De tal manera, la ley 26.742 angostó el camino hacia las directivas anticipadas para tratamientos médicos, una modalidad de ejercicio del

1. Transcribo la norma completa. Art. 11, Directivas anticipadas (**ley 26.529, mod. ley 26.742**): “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

derecho del paciente a expresar su voluntad en el proceso sanitario, al limitar la formalización por escrito de la declaración de voluntad ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual requiere la presencia de dos testigos. La ley 26.529 nada decía al respecto y cabía esperar en tal instrumentación un papel preponderante de la historia clínica y el consiguiente registro de autoridad sanitaria nacional. Pero, lejos de precisar el carácter médico-sanitario de la institución, le dio un marco primordialmente notarial-judicial. De lo cual se desprende una mayor onerosidad² y oblicuidad del trámite, sin que se perciba claramente por qué se reguló entonces de manera desigual actos voluntarios de idéntica naturaleza.

Como señalamos entonces (TINANT, 2013, p. 121-143), la mera posibilidad de formular las directivas anticipadas frente a un escribano público asegura la identidad y los dichos del declarante, pero no garantiza su pleno conocimiento de las consecuencias que su decisión suponen, vale decir, no considera adecuadamente la información sanitaria previa como requisito esencial del consentimiento informado³. Este vacío legal no fue resuelto por la norma reglamentaria sobre directivas anticipadas, la cual, tras reiterar que “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con

2. Sin perjuicio de los argumentos a favor de la escritura pública como acto de autoprotección en cuestiones de salud – fecha cierta, juicio de capacidad del notario y matricidad – expuestos por Brandi y Taiana, (2012, p. 137-140). En el mismo suplemento especial, en cambio, se pronunciaron con reservas ante el eventual encarecimiento del trámite para disponer directivas anticipadas por ese medio (GELLI, 2012, p. 93-99); URBINA, 2012, p. 149-153); y aun proponiendo un trámite sencillo que permita elaborar e incorporar las directivas anticipadas de tratamiento a la historia clínica y a un registro sanitario nacional (SIVERINO BAVIO, 2012, p. 127-131).

3. Sobre el consentimiento informado que anida en las directivas anticipadas y su vinculación con el “axiograma” del paciente, historia de valores comunicada personalmente y registrada en la historia clínica por el equipo profesional actuante, incluyendo una planificación anticipada de los cuidados, por la que el paciente precisa tal voluntad en la medida en que es informado por el médico sobre tratamientos previsibles en el desarrollo de la patología en acción salud, integrando la facultad que asimismo tienen las personas de designar uno o más representantes para que actúen como interlocutores válidos con el equipo sanitario en la interpretación de sus directivas, en orden a sus valores, deseos, creencias e íntimas convicciones, ver: MANZINI; TINANT, 2008, p. 299-331; TINANT, 2005; TINANT, abril-mayo 2009). Asimismo, la noción de “autonomía prospectiva”, definida por el bioeticista español ZAMARRIEGO MORENO (2005).

la presencia de dos testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente”, establece: “en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza” (art. 11, primer párrafo). No determina, pues, el procedimiento para asegurar el suministro de la información necesaria que otorgue validez a las directivas anticipadas⁴. Tampoco el mecanismo a través del cual el equipo de salud accederá al banco de datos o registro nacional de directivas anticipadas para respetar la voluntad del paciente. Sólo se contempla al final de la misma: “Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente” (art. 11, párrafo 14°).

En todo caso, como plantea Adriel J. Roitman (p. 120-121): ¿por qué la disparidad de criterios? Si las directivas anticipadas no son más que la expresión de voluntad del paciente que se emite en diferido, ninguna diferencia debería existir con el consentimiento informado dictado en tiempo presente a la hora de su formalización⁵.

En efecto. La reglamentación legal no sólo se refiere en el cap. IV a la historia clínica, como el “documento en el que se deja constancia por escrito de todos los procesos asistenciales indicados y recibidos, aceptados o rechazados, y todos los datos actualizados del estado de salud del paciente, para garantizarle una asistencia adecuada” (art. 12, primer párrafo), en cuya virtud, “cada establecimiento asistencial debe archivar las historias clínicas de sus pacientes, y la documentación adjunta, cual-

4. Téngase en cuenta que no se trata de una mera adhesión (con un grado de carencia) sino de un acto de convicción (plenitud), tomando como referencia las variables psicosociales y los modos existenciales que es dable observar y aun exigir en las conductas jurídicas involucradas, ver TINANT, 1985, 6-7.

5. El autor sostiene que la exigencia de que las directivas sólo pueda dictarse frente a un escribano o un juzgado de primera instancia atenta contra la practicidad que debería asistir al paciente para emitir su voluntad anticipada. A su criterio, hubiera sido de buena práctica haber previsto la posibilidad de que aquella pudiera registrarse en la historia clínica, aun manteniendo el requisito de los dos testigos, con la firma del médico actuante.

quiera sea el soporte en el que conste, para garantizar su seguridad, correcta conservación y recuperación de la información” (art. 12, segundo párrafo), sino que apela a la historia clínica como el instrumento idóneo para dejar constancia de las restantes decisiones relacionadas con los derechos del paciente en el proceso sanitario y, por tanto, el consentimiento informado actual del mismo. V. gr., Art. 2º, Derechos del paciente, inc. a), “Asistencia. Deberá quedar documentada en la historia clínica la mención del nuevo profesional tratante si mediara derivación, o bien, la decisión del paciente de requerir los servicios de otro profesional” (segundo párrafo); id., Art. 2º, Derechos del paciente, inc e), “Autonomía de la voluntad. En todos los casos, deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente y también su eventual revocación” (segundo párrafo); ”Tanto del diagnóstico, incluyendo los parámetros físico-psíquicos del paciente que lo sustenten, como del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberá quedar constancia explícita en la historia clínica, con la firma del médico tratante, del segundo profesional si correspondiere, y del paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, del familiar o representante o persona habilitada” (quinto párrafo). Id., Art. 2º, Derechos del paciente, inc, f, “Información sanitaria. Aun en contra de la voluntad del paciente, el profesional de la salud, deberá — bajo su responsabilidad como tratante —, poner en conocimiento de aquél la información sobre su salud, cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de otras personas por causas de salud pública. Deberá dejarse registrada esta circunstancia en la historia clínica del paciente y las razones que la justifican” (quinto párrafo); “Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el paciente mayor de edad y capaz, cuando así lo decida, deberá dejar asentada su voluntad de ejercer su derecho de no recibir información sanitaria vinculada a su salud, estudios o tratamientos, mediante una declaración de voluntad efectuada por escrito, que deberá quedar asentada en su historia clínica...” (séptimo párrafo). Igualmente, en el caso excepcional de limitación del derecho a la información sanitaria de los pacientes por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, el profesional actuante “deberá dejar asentado en la historia clínica esa situación y comunicarla a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, según lo previsto en los artículos 4º y

6° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y esta reglamentación...” (octavo párrafo)⁶.

Por esa senda, la propia reglamentación admite la conveniencia de no judicializar – salvo en caso necesario – la resolución de estos supuestos, estableciendo una interpretación restrictiva al respecto: Art. 5°, Consentimiento informado:

Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente” (quinto párrafo).

Luego, al reglamentar el inc. f) del art. 7°, Instrumentación del consentimiento informado, referido a su vez al inc. g) del art. 5°, Definición del consentimiento informado (ambos agregados por la ley 26.742), establece: “Cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó el mismo. Cuando proceda el consentimiento informado escrito, además de firmarlo el paciente o, en su caso, las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la ley 26.529, mod. ley 26.742, y esta reglamentación, debe ser suscripto por el profesional tratante y agregarse a la historia clínica. Esta obligación comprende también el acta prevista en el inciso g) del

6. Reglamentación legal. Art. 4°: “Autorización: La autorización efectuada por el paciente para que terceras personas reciban por el profesional tratante la información sanitaria sobre su estado de salud, diagnóstico o tratamiento, deberá quedar registrada en la historia clínica del paciente, y ser suscripta por éste” (primer párrafo); “El profesional tratante deberá registrar en la historia clínica del paciente que la información sanitaria se suministró acorde a alguno de los supuestos contemplados en el artículo que se reglamenta y asumir el compromiso de confidencialidad que contempla la ley que se reglamenta” (cuarto párrafo).

artículo 5° de la ley 26.529, mod. ley 26.742” (segundo y tercer párrafos); Asimismo, “Para los casos de una autorización verbal, conforme a la ley, su revocación deberá consignarse por escrito, en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente. Cualquiera sea el supuesto, si no le fuera posible firmar al paciente, se requerirá documentar esa circunstancia en la historia clínica, para lo cual el profesional deberá requerir la firma de dos testigos” (art. 7°, sexto y séptimo párrafos)⁷.

Resulta indudable así la importancia de volcar en la historia clínica tales decisiones, en el marco de los derechos del paciente en el proceso sanitario, ya se considere a aquélla instrumento público o privado. Vale decir, el consentimiento informado del paciente emitido no ya en diferido sino en tiempo presente a la hora de su formalización. Se ha sostenido así que tal constancia instrumental con presunción de veracidad es imprescindible para los profesionales de la salud, en cuanto a la evaluación de las obligaciones, derechos y responsabilidades:

Todo debe estar registrado en la historia clínica – sostiene, aun cuando seguidamente acentúa el rol de la historia clínica en el ámbito jurídico-judicial, al agregar: cómo única arma para los profesionales, en cuanto a calificar su conducta conforme a pautas legales (GHERSI, p. 101-102).

7. Igualmente cabe apreciar en la reglamentación legal: Art. 10: “Revocabilidad. La decisión del paciente o, en su caso, de sus familiares o representantes o personas habilitadas, bajo el mismo orden y modalidades que el previsto en el segundo párrafo de los arts. 4° y 6° de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, y esta reglamentación, relativas a las cuestiones previstas en el art. 10, deberán ser plasmadas en la historia clínica por escrito, con la rúbrica respectiva”. Art. 11: “Directivas anticipadas. Las directivas anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica” (primer párrafo); “No se tendrán por válidas las directivas anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas. En la historia clínica debe dejarse constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones” (séptimo párrafo); “Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos dos testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante” (noveno párrafo).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo en causa “A.N., J.W. s/medidas precautorias”, 1º/6/12, pareció anticipar un criterio amplio en la interpretación a dar en estos casos, al tener por válida la constancia documental de la directiva, acompañada en copia simple, aplicando el art. 11 de la ley 26.529 según el texto anterior a la reforma, con respaldo, según sostuvo, en el art. 19 de la Constitución Nacional. En el caso, el paciente, testigo de Jehová, había firmado de puño y letra un documento ante un escribano público, en el cual manifestó su voluntad de no aceptar «transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto aunque el personal médico las crea necesarias para salvarle la vida». Para el Superior Tribunal dicho acto jurídico fue realizado con total discernimiento, intención y libertad, en cuya virtud –concluyó– “la declaración anticipada de voluntad del testigo de Jehová, tiene plena ‘validez’, por haber cumplido los requisitos exigidos por el actual derecho positivo”⁸.

Art. 60 y concs., Código Civil y Comercial (Ley 26.994)

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (sancionado mediante ley 26.994), que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, sistematiza de manera orgánica lo atinente a los “actos y derechos personalísimos” (cap. III, arts. 51 a 61). Entre ellos, incorpora el concepto de directivas médicas anticipadas. A saber:

Art. 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

8. Ver CAPARROZ (2012).

declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

De tal modo, el nuevo ordenamiento adopta una terminología si se quiere novedosa, delimitando y precisando el tema, hasta aquí reconocido como “directivas anticipadas”, “disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, “declaración de voluntad anticipada”, “declaraciones vitales de voluntad”, “voluntades anticipadas”, “instrucciones o directivas respecto a tratamientos médicos en caso de enfermedad terminal”, “directivas de no sometimiento a tratamientos desproporcionados” y, en el ámbito preponderantemente notarial, “actos de autoprotección, en tanto que en el derecho comparado pueden encontrarse también diversas denominaciones, “*iving will – testament de vie* o testamento vital –, *medical treatment advance directive* – directivas anticipadas para tratamiento médico –, *health care durable power of attorney* – apoderado o representante permanente en cuestiones de salud –, *advance health care documents* – documentos anticipado para el cuidado de la salud –, *health care values oriental history* – historia clínica orientada a valores⁹.

Las directivas médicas anticipadas constituyen, pues, un documento voluntario que contiene instrucciones que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales, con el objeto de que surta efecto cuando no pueda expresar su voluntad.

En otras palabras, se trata de una declaración de voluntad que hace una persona para que se respete su voluntad cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida. Se trata, pues, de un consentimiento informado por anticipación, emitido por, a) persona plenamente capaz (mayor de edad); b) revocable (las directivas médicas anticipadas pueden ser libremente revocadas en todo momento, sin guardar formas anteriores); c) su límite: *prácticas eutanasias*, d) formas: a diferencia de la ley 26.529, el

9. Ver mi comentario ya citado, Nuevo Proyecto de Ley de “Declaración de Voluntad Anticipada” en la Provincia de Buenos Aires, (2009).

Código Civil y Comercial no legisla sobre los aspectos instrumentales de la disposición de voluntad¹⁰.

Como vimos, el art. 60 contempla dos modalidades de directivas médicas anticipadas, según: 1) “Anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad”, otorgando directivas médicas anticipadas que implican dejar instrucciones por escrito; 2) “Designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer la curatela”. Cuestión ésta que es reiterada en el art. 139 del mismo ordenamiento: “La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”.

Se trata de una auto designación de curador mediante directiva anticipada¹¹.

A juicio de Eleonora Lamm (ob. cit., pág. 148), el agregado 2) es sumamente útil ya que el disponente, al momento de redactar las directivas anticipadas, solo puede prever algunas de las situaciones en las que eventualmente pueda verse comprometido. En cambio, si designa a una persona para que exprese el consentimiento, se abre un espectro de posibilidades, permitiendo que decida sobre la salud de la persona sobre la base del conocimiento real del incapaz, una relación de afecto y de acuerdo a la posibilidades de la ciencia médica al momento de la decisión.

10. Para Eleonora LAMM (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, Arts. 1 a 400, Art. 60, págs. 147/149, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, infojus.gob.ar, Buenos Aires, 2015), el nuevo Código regula un núcleo duro en la materia y no deroga la ley anterior; por lo que, “en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos — el Código y la ley — hay que buscar la norma más protectoria de los derechos en juego”.

11. “Art. 139.- Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica”.

Por su parte, Silvia E. Fernández, al comentar los arts. 138 a 140 (Sección Tercera, Curatela)¹², expresa que el nuevo ordenamiento regula la designación de curadores, aplicable también a la elección de figura de apoyos. Si bien el artículo se titula “Personas que pueden ser curadores”, de la lectura del mismo se deriva que deviene aplicable para ambos supuestos de asistencia. Con esta norma se modifica la regulación anterior que establecía determinadas preferencias en virtud del vínculo de parentesco con la persona amparada, en una suerte de orden preestablecido, obviando u olvidando que la realidad muchas veces aparece divorciada de las presunciones legales acerca de quiénes pueden ejercer un mejor cuidado o atención de la persona. El concepto definitorio en el Código Civil y Comercial no es ya el mero dato del parentesco y sus grados — más cercanos o más lejanos —, sino prioritariamente la idoneidad del designado. No son aplicables, entonces, las normas de la tutela, pues existe aquí una norma especial que regula la cuestión. Finalmente, el Código introduce una novedad, la posibilidad de designación de curador y/o figura de apoyo por la propia persona interesada. Es ésta, en realidad, la primera pauta a seguir para la elección y, recién a falta de ella se procede a designar conforme las especificaciones del artículo.

Fernández se refiere luego a “la autodesignación mediante directiva anticipada”, manifestando que el nuevo Código incluye en forma expresa la posibilidad de que el interesado designe, mediante una directiva anticipada, quién ha de ejercer el cargo de su curador o apoyo¹³. Genéricamente,

12. FERNÁNDEZ, Silvia E., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, Arts. 1 a 400, Arts. 138 a 140, págs. 269/282, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, infojus.gob.ar, Buenos Aires, 2015).

13. Fernández (ob. cit., p. 271) examina la actuación de las llamadas figuras de apoyo asimismo reguladas, cuya designación corresponde en caso de restricciones parciales al ejercicio de la capacidad. Si bien lo establecido en el segundo párrafo del citado art. 138 aparece referido a la figura del curador, sostiene que es función de la persona o personas de apoyo procurar la asistencia de la persona protegida para la toma de decisiones, facilitando la comunicación y comprensión, y posibilitar su manifestación de voluntad promoviendo su autonomía en el ejercicio de sus derechos. En tal sentido, la referencia del art. 138 al deber del curador de “cuidar” de los bienes y persona del asistido involucra o abarca también a la actuación de las personas de apoyo: el “modo” de ejercer dicho “cuidado” resulta el de la promoción de la autonomía, diseñado como función central y caracterizante de la figura de apoyo. Dice así

cabe hablar de un derecho al auto dictado de estipulaciones anticipatorias o previsoras de la futura incapacidad. Incluye las diversas manifestaciones de voluntad efectuadas por la persona en ejercicio de su capacidad que son dirigidas a asegurar, prever o anticipar su situación de futura imposibilidad de auto ejercicio de sus derechos, vale decir, todas aquellas cuestiones relacionadas con la toma de decisiones referidas a su tratamiento en salud, actos médicos y tratamientos admisibles o no admisibles, dictadas en la época actual y en previsión de su futura incapacidad, en consonancia con lo dispuesto en el citado art. 60. Igualmente debe interpretarse a la luz del precepto del art. 138 del mismo ordenamiento sobre la función del curador, y también de la figura de apoyo: “La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud”. Para la autora, esta referencia señalada como rol del curador, pero también extensible a la figura de apoyo, debe alejarse de toda interpretación puramente médica o sanitaria. La expresión apunta a la dedicación de la persona que ejerza la curatela o que opere como figura de apoyo, en pos de garantizar el acceso al mayor nivel de salud y calidad de vida de su asistido. Involucra la responsabilidad por parte del curador como también de la figura de apoyo, en relación al cuidado integral de la persona amparada.

Cabe concluir, de acuerdo con los argumentos vertidos por Fernández y en sintonía con los que diéramos al comentar la reforma legal (*Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna* citado en nota al pie 3), que el Código Civil y Comercial amplía y mejora las disposiciones de la ley 26.529 (art. 11, ley 26.742), al incorporar la facultad de designación de un mandatario para la toma de decisiones médicas en situación de futura incapacidad, así como para el ejercicio de su curatela, y omitir lo relativo al modo de otorgamiento de la directiva médica anticipada, que en la Ley de Salud se impone mediante escribano público o juzgados de primera instancia, formalización desacertada por la improcedencia de derivar estas

el art. 43 del mismo Código en su parte pertinente: “... Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos...”

cuestiones a ámbitos ajenos a los estrictamente sanitarios. En esa inteligencia, nada impide aplicar una interpretación favorable y protectoria de los derechos en juego (cf. Lamm, nota al pie 12), celebrando el acto en estos escenarios de salud, si así lo prefiere el declarante, sin perjuicio de la necesidad de garantizar los recaudos necesarios que impidan la mecanización o burocratización del proceso de otorgamiento del acto, tal como ocurre con el consentimiento informado, lamentablemente realizable, muchas veces, mediante la entrega al paciente de un formulario pre-impreso, cuya firma se le exige sin mayor información ni explicación.

Resulta viable, pues, una instrumentación del acto de directivas médicas anticipadas en el propio ámbito sanitario, acentuando en tal caso el rol de la historia clínica respectiva y el consiguiente registro de autoridad sanitaria nacional, alternativa que evita, por un lado, los gastos onerosos que plantea la designación de un mandatario para la toma de decisiones médicas a futuro mediante una escritura pública, que no siempre podrán ser asumidos; y por otro, acudir ante juez competente para tal menester, judicialización innecesaria por tratarse de una autodeterminación sanitaria en ejercicio de la autonomía personal y hallarse ausente cualquier “conflicto de intereses” que deba ser dirimido por un juez¹⁴.

14. En este sentido, puede verse el fallo en causa “R. R. T.” donde se consideró que “... podría resultar asimismo conveniente, en especial para personas sin recursos económicos con atención sanitaria a través de hospitales públicos, que una futura modificación legislativa, o reglamentación en su caso, previera también la posibilidad de instrumentar las directivas anticipadas, con todas las garantías del caso, a través de la propia institución de salud en la cual el paciente pudiera atenderse o encontrarse internado” (J. Tran n° 4, Mar del Plata, “R. R. T.”, 05/07/2012, en La Ley Buenos Aires, 2012, 1068, con nota de PAGANO, Luz María).

Referências

- ARGENTINA. Ley 26.529, mod. ley 26.742, Art. 11 (Directivas anticipadas).
- ARGENTINA. Ley 26.742 (Directivas médicas anticipadas), Art. 60.
- CAPARROZ, Luciano, **El caso “Albarracín” y el reconocimiento a la validez de las directivas anticipadas**, Microjuris.com, 19 jun. 2012.
- NELLY, A. BRANDI, Taiana de; MARITEL, M. La modificación de la ley 26.529, **Revista La Ley**, suplemento especial Identidad de género – Muerte digna, Buenos Aires, mayo 2012.
- FERNÁNDEZ, Silvia E., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, Arts. 1 a 400, Arts. 138 a 140, págs. 269/282, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, infojus.gob.ar, Buenos Aires, 2015.
- GELLI, María Angélica. La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad. Las reformas a la ley 26.529. **Revista La Ley**, suplemento especial Identidad de género – Muerte digna, Buenos Aires, mayo 2012.
- GHERSI, Carlos A. **El consentimiento informado y el médico en la muerte digna**.
- LAMM, Eleonora. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, Arts. 1 a 400, Art. 60, págs. 147/149, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, infojus.gob.ar, Buenos Aires, 2015)
- MANZINI, Jorge Luis; TINANT, Eduardo Luis. Las directivas anticipadas. In: **Bioética en Medicina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- ROITMAN, Adriél J. La muerte digna en el derecho argentino y la ley 26.529, **Revista La Ley**, p. 120-121, 2016.
- SIVERINO BAVIO, Paula. Derechos de los pacientes y muerte digna: comentario a la ley sobre el rechazo o la negativa al soporte vital. **Revista La Ley**, suplemento especial Identidad de género – Muerte digna, Buenos Aires, mayo 2012.
- TINANT, Eduardo Luis. Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna. In: **Muerte digna**. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- TINANT, Eduardo Luis. Acerca del derecho como control social, **Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho**, n. 28, p. 6-7, La Plata, 1985).
- TINANT, Eduardo Luis. Los derechos personalísimos del paciente y las directivas anticipadas para tratamientos médicos. In: **H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires**. La Plata, abril, 2005;
- TINANT, Eduardo Luis. Nuevo Proyecto de Ley de “Declaración de Voluntad Anticipada” en la Provincia de Buenos Aires, **Persona**, n. 80, abr./maio 2009. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona80/80Tinant.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- URBINA, Paola Alejandra. La capacidad de decidir sobre la propia vida. **Revista La Ley**, suplemento especial Identidad de género – Muerte digna, Buenos Aires, mayo 2012.
- ZAMARRIEGO MORENO, Juan José. Autonomía prospectiva: instrucciones previas/voluntades anticipadas. In: **Bioética, religión y derecho**. Madri: Fundación Universitaria Española, 2005.

3

Um novo direito para um novo milênio

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral
Luciana Dadalto

Considerações iniciais

A proteção da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento dos “novos direitos” – antigos direitos ressignificados e firmados sob uma perspectiva humanizada – fazem emergir uma tutela cada vez mais ampla e diversificada para os direitos de personalidade, que se tornam muito mais exigentes neste novo milênio, demandando, a cada dia, novos mecanismos de proteção. Nesse contexto, a dignidade humana alçada de princípio a axioma do ordenamento jurídico passa não só a proteger os direitos até então reconhecidos, mas a blindar novas emanações dos direitos relativos à personalidade humana, albergados na cláusula geral de tutela da dignidade, de forma que qualquer lesão concreta ou ameaça aos direitos de personalidade passam a ser frontalmente repudiadas ou mesmo reprimidas pelo ordenamento jurídico, originando uma categoria diferenciada de “novos direitos”, cujo desrespeito até então não era considerado e, uma vez admitidos como lesões, ensejam os denominados “novos danos”.

A Bioética de Potter, no início da década de 70, preocupada naquele primeiro momento em proteger a pessoa no sentido de criar uma ponte entre a ciência biológica e a ética, crendo que a sobrevivência e a sustentabilidade da espécie humana dependia de um sistema ético, veio a se ocupar mais tarde da morte como ciclo da vida humana também merecedor de estudos.

A adoção do novo conceito de morte a partir da Convenção de Sidney, na década de 1970 – morte como cessação das atividades cerebrais –, foi um

fenômeno que retirou o cenário da morte da esfera familiar para as instituições hospitalares, impondo trazer a pessoa gravemente enferma para os hospitais, a fim de que o óbito fosse atestado pela medicina. Paralelamente, o progresso tecnocientífico aplicado à medicina começa a prolongar a vida humana para além do tempo que seria natural, originando o crescente processo de medicalização da morte. Antes, a própria família constatava a cessação das funções cardiorrespiratórias e podia notificar a morte ao cartório, lavrando desde logo a certidão de óbito.

Vários foram os fatores que concorreram para que a morte humana – reconhecidamente como objeto de estudo da Bioética – passasse a preocupar de forma específica os estudiosos, uma vez compreendida como fase do ciclo vital tão importante quanto as demais e merecedora de cuidados especiais em razão da fragilidade em que a pessoa se encontra ao atravessar os momentos finais da existência. Na tentativa de minimizar a angústia de quem morre e a dor da família que fica e, ao mesmo tempo, tratar a morte com mais objetividade e solidariedade, iniciam-se estudos no sentido de conhecer os mistérios que cercam o momento da morte, tentando compreendê-la como desfecho natural da existência humana e ainda visando proporcionar qualidade de vida àqueles que estão morrendo – o denominado processo de humanização da morte. Na década de 1980, a norte-americana Elizabeth Kübler-Ross realizou inúmeros estudos com pacientes ao final da existência e constatou que a medicina de meados do século XX se tornara fria, mecânica e desumana, capaz de prolongar a vida sem se importar com o sofrimento humano (KÜBLER-ROSS, 2012).

Nessa fase, a conduta médica cotidiana nos hospitais demonstrava que o médico é quem sabia o que era melhor para o paciente, agindo segundo sua consciência profissional em busca de salvar a vida, não se preocupando com os desejos do paciente, que era tratado como uma pessoa sem vontade própria; “paciente” no sentido literal, um ser quase robotizado, privado de si, sem poder de decisões – nunca “agente” de sua existência. Foi necessário um movimento de repersonalização que impusesse a releitura dos clássicos institutos de direito civil à luz dos princípios constitucionais (principalmente a dignidade da pessoa humana), para que os direitos de personalidade fossem solidificados e respeitados nas situações concretas de vida.

Nesse passo, surgem as diretivas antecipadas de vontade (DAV) objetivando proporcionar à pessoa ampla liberdade de escolha a respeito das circunstâncias nas quais deseja morrer, rejeitando tratamentos que lhe sejam fúteis ou extremamente dolorosos, manifestando suas vontades a respeito de como quer ser conduzida a seu próprio destino ao final de sua caminhada terrena. O testamento vital, a exemplo daquele testamento previsto no direito sucessório, é uma manifestação de vontade em tempo de consciência para produção de efeitos mais tarde; diferentemente em seus efeitos, pois enquanto aquele produz efeitos após a morte, o testamento vital tem eficácia ainda em vida (quando a pessoa já não mais está apta a manifestar vontade por inconsciência ou outra causa superveniente que lhe subtraia ou diminua o poder de decisão) e versa sobre questões relativas à vida e à saúde da pessoa que o celebra, sendo, por esse motivo, denominado em algumas culturas, testamento biológico.

Um “novo direito” para um novo tempo

Desde os primórdios dos tempos até o presente, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio do estado democrático de direito passou por várias fases evolutivas dentre as quais se destacam a era cristã, o movimento iluminista-humanista aliado às obras de Kant e o pós-guerra, constatadas as atrocidades cometidas pela pessoa humana, situação que deflagrou a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ROSENVALD, 2007).

Em 1971, o conceito apresentado a respeito da Bioética, por Van Rensselder Potter já apontava para “[...] uma nova disciplina que permitiria a participação do ser humano na evolução biológica e preservação da harmonia universal através do recurso às ciências biológicas, melhorando a sua qualidade de vida” (POTER *apud* SANTORO, 2012, p. 99; 100). Mas a Bioética apresentada em 1971 preocupava-se mais em ligar esses conteúdos eticamente, ainda não se ocupando de forma específica das questões referentes ao final da existência. Já com a nova ordem constitucional de 1988, a dignidade da pessoa humana se assenta sob novo paradigma e,

elencada no ápice da Lei Maior como fundamento desta República Federativa, é consagrada como verdadeiro axioma do Estado Democrático de Direito (ROSENVALD, 2007).

Muitos anos se passaram e vive-se atualmente uma realidade nunca imaginada no que tange à transformação da sociedade em termos de novas tecnologias e evolução científica, uma era que torna possível o prolongamento artificial da vida humana por um lapso temporal quase indefinido. “Nesse contexto, surge uma tendência do homem moderno a dar ênfase à capacidade de superação e reconstrução da natureza, inclusive a humana, através da ciência e da tecnologia” (CABETTE, 2013, p. 48). Por esse motivo, para que a vida não passasse a ser prolongada por meio de procedimentos empregados de forma excessiva, foi necessário que algumas cautelas fossem tomadas em relação a mecanismos ou condutas visando à proteção do momento da morte humana – a fase de vida na qual a pessoa se encontra tão vulnerável quanto nos seus primeiros dias de existência.

Os prejuízos causados à esfera de direitos inerentes à dignidade e que antes não eram entendidos como danos passam agora a ser quantificados, tornando exigível a correspondente reparação. Trata-se dos “novos danos”, as lesões que, embora não se constituam condutas totalmente novas, tornam-se passíveis de reparação, em razão da proteção integral aos direitos de personalidade (SCHREIBER, 2013).

Esses “novos direitos” protegidos de forma especial são direitos fundamentais, direitos humanos em última análise, conforme lição de Anderson Schreiber, explicando que direitos humanos, fundamentais e de personalidade são direitos da mesma natureza – destinam-se a contemplar atributos da personalidade, apenas considerados em dimensões diferentes, alterando-se o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos se refere ao plano internacional; direitos fundamentais designa o âmbito constitucional em um determinado Estado; direitos da personalidade diz respeito aos atributos humanos a exigir especial tutela em face das relações privadas (SCHREIBER, 2014, p. 13).

O ordenamento jurídico e a ética médica passam a valorizar a pessoa, entendida como sujeito autônomo, detentor de direito à autodeterminação. Esse movimento denominado humanização da medicina passa a contemplar a pessoa e suas necessidades, retirando o foco da doença (deixando de buscar obstinadamente a cura), para lançá-lo sobre a pessoa enferma, trazendo em consequência a humanização da morte, que busca oferecer ao enfermo condições psicossociais e de saúde capazes de promover morte serena e com um mínimo de dor, por meio da adoção de cuidados paliativos que visam somente trazer bem-estar ao doente, retirando-lhe as dores e atenuando-lhe o sofrimento.

Norbert Elias explica a necessidade de adequação das condutas médicas para o enfrentamento da morte, entendendo-a como fase da vida humana, promovendo um final agradável e uma despedida mais fácil para o enfermo e para os que o assistem, propiciando ambiente saudável e confortável para o momento da morte, além da necessidade de se debater o assunto da morte em sociedade, em que condições ela deve ocorrer, os cuidados a serem adotados, as preferências e as necessidades do doente (ELIAS, 2001). No mesmo sentido, apresentam-se as indagações da estudiosa Elisabeth Kübler-Ross:

Quais os fatores, se é que existem, que contribuem para a crescente ansiedade diante da morte? O que acontece num campo da medicina em evolução em que nos perguntamos se ela continuará sendo uma profissão humanitária e respeitada ou uma nova, mas despersonalizada ciência, cuja finalidade é prolongar a vida em vez de mitigar o sofrimento humano? [...] O que acontece numa sociedade que valoriza o QI e os padrões de classe mais do que a simples questão do tato, da sensibilidade, da percepção, do bom senso no contato com os que sofrem? (KÜBLER-ROSS, 2012, p. 15).

Paralelamente a essas questões, constatou-se que o momento da morte tem sido expropriado de seu titular, tornando-se evento solitário e desumano; por esse motivo, há um movimento no sentido de humanização e retomada da morte, conforme explica Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

“Hoje se reivindica a reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte” (BORGES, 2007, p. 231), referindo-se ao direito de morrer dignamente. Essas inquietações acerca do tratamento frio e desumano da morte e da expropriação da morte pela própria pessoa provocaram profundas reflexões acerca da humanização da medicina, do processo de morrer e o despertamento a respeito dos direitos da pessoa enferma – fatores que motivaram uma tomada de posição tanto no que se refere à medicina quanto no que diz respeito ao ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, o Testamento Vital ganha importância à medida que a autodeterminação da pessoa passa a ser respeitada, resguardada essa declaração de vontade pela tutela deferida aos direitos fundamentais, mormente após sua consagração expressa no ordenamento jurídico por meio dos Enunciados do Conselho de Justiça Federal (CJF). A ampla tutela dos direitos de personalidade, exige que o Testamento Vital seja reconhecido no ordenamento jurídico e seja efetivado pelos órgãos competentes, a fim de privilegiar a vontade humana e a expressão de sua autonomia, no sentido de validar as escolhas que a pessoa realiza, imprimindo efetividade àquilo que ela mesma decide em relação ao seu futuro, às decisões que toma em plena capacidade a respeito de cuidados médicos futuros, visando à produção de efeitos para dias em que já não mais for agente capaz para decidir. Uma vez respeitadas essas necessidades do paciente por parte da medicina, do direito e da sociedade, restam consagradas a justificativa, a importância e a validade do testamento vital para a afirmação da dignidade da pessoa que deseja fazer disposições de saúde para momento futuro em que lhe falte capacidade.

É preciso ter em mente que o Testamento Vital é o documento em que o paciente define os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos que deseja ou não para si mesmo e que produzirá efeitos quando ele tiver uma doença terminal ou incurável e for incapaz de manifestar sua vontade (THOMPSON, 2015). Com efeito, o Testamento Vital não tem por objetivo legitimar o médico para abreviar a vida (o que seria a prática da eutanásia, repudiada pela deontologia médica e pelos princípios jurídicos brasileiros, inclusive constituindo-se crime contra a vida), nem legitimar

o prolongamento artificial e indefinido da vida biológica (o que seria a prática da distanásia, também repudiada pela deontologia médica e ainda pouco discutida no âmbito jurídico), por fim, não tem o papel de encorajar as pessoas a praticarem condutas contra sua própria vida, apenas permite que a pessoa possa registrar seu desejo de não ter a vida artificialmente prolongada à custa de sofrimento, para além do tempo natural em que ocorreria sua morte.

Conceito e licitude do testamento vital

A Resolução CFM 1995/2012 que adota e disciplina as disposições de vontade em relação à deontologia médica define as DAV:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (BRASIL. CFM. RESOLUÇÃO nº 1995, 2012).

Saliente-se que, ao contrário do que faz parecer o texto da supracitada resolução, as expressões DAV e Testamento Vital não são sinônimas, pois as primeiras não se referem exclusivamente a situações de terminalidade, constituindo-se gênero do qual testamento vital e mandato duradouro são espécies (DADALTO, 2015, p. 88). O mandato duradouro institui um “procurador de saúde” (DADALTO, 2015, p. 88), e o Testamento Vital se refere “a uma espécie de diretiva antecipada adstrita às situações de fim de vida” (DADALTO, 2015, p. 89).

Explica o Professor Eduardo Luis Tinant que a morte digna significa a aceitação ou recusa de tratamentos médicos ou limitação de esforços terapêuticos como boa prática médica em face de excessivo suporte vital. Assevera ainda que a medicina não pode sustentar o princípio de manter a vida humana de qualquer maneira em razão da dignidade humana, que permite morrer de uma forma humanamente digna. Ele enfatiza que não

se trata simplesmente de deixar morrer, mas de permitir morrer com dignidade; ou mesmo de um direito de viver com dignidade a própria morte (TINANT, 2013, p. 130).

O direito de manifestar-se sobre como a pessoa pretende conduzir sua própria finitude se insere na órbita deste espectro de novos direitos que passaram a ser conferidos à pessoa somente após a inserção da dignidade humana como princípio no artigo inaugural da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH, 1948) e, no Brasil, notadamente a partir da consagração da cláusula geral de dignidade da pessoa humana firmada no art. 1º, inc. III da Constituição Federal (BRASIL. CRFB, 1988). Percebem-se assim, retomando Anderson Schreiber, dois planos diferentes de respeito à pessoa (o internacional e o constitucional como direito fundamental), observando-se ainda os reflexos desse direito nas relações médico-paciente e familiares, no caso do cumprimento do testamento vital ou das diretivas da vontade (no âmbito das relações privadas) (SCHREIBER, 2014).

Explica Schreiber que a dignidade humana é o núcleo dos direitos de personalidade e como tal não se limita, nem pode se limitar, como cláusula geral que é, a interesses restritos. Seu conteúdo é abrangente, incluindo aspectos multifacetados da pessoa humana, em franco expansionismo que exige uma tutela cada vez mais ampla, profunda e minuciosa, protegendo de forma cada vez mais efetiva os direitos da personalidade (SCHREIBER, 2013).

Destaca-se que a disposição de vontade contida nas Diretivas Antecipadas é direito bastante recente, formalmente inaugurado no Brasil por meio da Resolução Nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Ainda não positivado por norma jurídica específica no Brasil, encontra-se em aplicação de modo incipiente, exigindo ousadia por parte da equipe médica que, cônica de seu papel, decide respeitar a vontade da pessoa, mesmo que em conflito com o desejo da família. Esse é o ponto crucial: a pessoa que manifesta sua vontade e a faz conhecida por parte de médicos, familiares ou um curador por ela nomeado para a efetivação desses desejos tem possibilidade de ser respeitada em sua vontade. Mas aquela que não se manifesta tem poucas chances de ser atendida, haja vista a fatalidade das

doenças que retiram da pessoa a razão, de um minuto para outro, não lhes reservando tempo para manifestações.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a disciplina do testamento vital pela Resolução N° 1.995/12 representa uma significativa homenagem ao reconhecimento do direito à morte digna, como corolário da vida digna, facultando à pessoa morrer sem sofrimento desnecessário, na medida em que a medicina ainda não encontrou a cura para aquela hipótese (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 382).

As garantias insertas na cláusula geral de tutela da personalidade incluem o direito à escolha e ao não sofrimento. Por isso, a vontade da pessoa, como emanção do princípio norteador do ordenamento jurídico – dignidade da pessoa humana –, reveste-se de especial importância. Ensina Roxana Borges que na dignidade da pessoa humana insere-se o poder de decisão a respeito da própria vida, sendo lícito, então, à pessoa humana escolher o que deseja ou não para sua vida, seu futuro, no que se refere aos direitos existenciais (BORGES, 2007).

Para ter validade, é necessário que a pessoa que o realiza seja capaz (art. 104 do CCB), não sendo exigível que o Testamento Vital seja escrito, pois se não há lei impondo determinada forma, será livre (art. 107 do CCB). Entende-se que a pessoa tem liberdade de escrever em papel comum, lavrar uma escritura pública com essa manifestação de vontade, solicitar o registro de suas declarações em prontuário médico (físico ou virtual) ou simplesmente comentar com parentes, amigos ou pessoas de sua confiança como deseja que se proceda em relação a ela, caso lhe sobrevenha enfermidade ou acidente que a incapacite para decisões a respeito de procedimentos a serem adotados ou a deixe em estado vegetativo permanente. Todavia, a forma escrita, especialmente quando lavrada em Cartório de Notas, dá mais segurança jurídica à vontade manifestada e não deixa o paciente ao alvedrio de seus familiares ou amigos.

O debate acerca de conferir ao paciente o direito de manifestação de vontade no sentido de não postergar a morte foi objeto da Portaria N° 675/2006 do Ministério da Saúde, que aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, permitindo-lhes a recusa de tratamento, mediante

consentimento livre e esclarecido – normativa que tem sofrido alterações, sendo a última realizada por meio da Portaria Nº 1.820/2009, que permite à pessoa direito à informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas e o direito à recusa diante de testemunha.

A licitude do Testamento Vital vem sendo progressivamente reconhecida, logrando maior êxito nos dias atuais – uma fase que teve como marco a sua disciplina pela Resolução Nº 1.995/12 do CFM (BRASIL, Resolução Nº 1.995, 2012), que legitima a aplicação do Testamento Vital na esfera da deontologia médica, embora já encontrasse apoio na Resolução Nº 1.805 de 2006 do CFM (que disciplina a Ortotanásia) e em alguns artigos do Código de Ética Médica (CEM): art. 23 (respeito à dignidade do paciente); 24 (garantia de decisão livre do paciente sobre sua pessoa e seu bem-estar); 25 (veda ao médico deixar de denunciar tratamentos desumanos, degradantes e cruéis); 31 (desrespeitar direito do paciente ou seu representante legal a decidir livremente sobre práticas diagnósticas ou terapêuticas); 41 (levar em consideração a vontade expressa do paciente), todos do CEM, a Resolução Nº 1.931 do CFM (BRASIL. CEM, 2009).

Ainda a Lei Orgânica da Saúde, a Lei Federal Nº 8.080/90, no seu art. 7º, inc. III, reconhece o direito à autonomia do paciente (BRASIL. Lei Orgânica da Saúde, 1990), quando atendido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

No início, o reconhecimento do direito ao Testamento Vital enfrentou certa rejeição na esfera jurídica, inclusive a Resolução própria chegou a ser ameaçada em sua eficácia por uma Ação Civil Pública em que o Ministério Público Federal alegava que o CFM não tem competência para decidir sobre essa temática, que deveria ter disciplina mediante lei própria. Argumentava ele que se estaria dando quase que uma licença ao médico para matar e que, portanto, não se coadunava com o ordenamento jurídico. O Ministério Público expediu uma liminar para suspender a resolução, mas ela foi rejeitada pelo juiz.

A partir do advento da CF de 1988 e consequente inserção da dignidade da pessoa humana logo no art. 1º, inc. III, atribuindo-lhe qualidade de fundamento do estado e garantindo que ninguém será submetido a tratamento

degradante, verificaram-se significativos marcos no sentido da tutela integral da pessoa e de sua dignidade. No mesmo sentido, o vigente Código Civil Brasileiro (CCB) assegura à pessoa o direito de não se submeter a certas práticas terapêuticas ou cirúrgicas, no art. 15 (BRASIL. CCB, 2002). Ainda os Enunciados do Conselho de Justiça Federal (CJF) na V Jornada de Direito Civil, Nº 403 e 527, legitimam a adoção do Testamento Vital, apesar de não deixarem claro a produção de efeitos apenas nas situações de fim de vida. O Enunciado 403 defere ao paciente o direito de se negar a receber determinado tratamento médico; o 527, por seu turno, reputa válida a declaração de vontade em testamento vital dispondo sobre o tipo de tratamento de saúde que a pessoa deseja ou não receber quando se encontrar sem condições de manifestar vontade (AGUIAR, V Jornada de Direito Civil, 2012).

A autodeterminação e a preservação da dignidade da pessoa humana à beira do leito

A autodeterminação é um direito fundamental de todos os indivíduos e a proteção desse direito significa, em suma, o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que permite a co-existência de diferentes projetos de vida na nossa sociedade.

A autonomia da pessoa que atravessa o final da vida deve ser preservada, o que envolve a garantia do direito de manifestar-se previamente (pois o discernimento é requisito essencial) em relação aos tratamentos aos quais ela deseja ou não ser submetida. Esse interesse individual é compatível com o Estado Democrático de Direito que busca a existência digna, garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, preservando a coexistência dos projetos de vida, inclusive os do paciente com doença em estado terminal (DADALTO, 2015, p. 50).

O Testamento Vital ganha expressão na atual perspectiva dos direitos da personalidade, pois, através das disposições nele contidas, a pessoa pode escolher livremente não ser submetida a procedimentos médicos que lhe ponham em risco a dignidade, como, por exemplo, excesso terapêutico, submissão a tratamentos como quimioterapia ou radioterapia quando

o quadro se mostra irreversível, sem mínima chance de cura, ou mesmo ser intubada quando em estado gravíssimo, já com vida vegetativa. Pode ainda decidir não depender de suporte artificial para respirar ou não ser mantida em vida vegetativa com o auxílio de aparelhos que somente são capazes de retardar o processo de morte, adiando-a para além do tempo normal, promovendo ao paciente um tratamento degradante, o que é constitucionalmente vedado, conforme assinala Ribeiro, ao expor:

[...] a suspensão de esforço terapêutico encontra-se na Constituição Federal (art. 1º, III e art. 5º, III) – que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante –, no Novo Código Civil (art. 15) – que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos, na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90, art. 7º, III) – que reconhece o direito à autonomia do paciente – e no Código de Ética Médica – que proíbe o médico de realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora de um quadro de emergência médica de salvação, o que não é o caso de um paciente com quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento (RIBEIRO, 2006, p. 282).

O direito à autodeterminação de que goza a pessoa, conforme já salientado, impõe respeito à sua decisão sobre se deseja ou não se submeter a formas de tratamento reputadas cruéis pela medicina e a própria doutrina contemporânea do direito civil-constitucional. Comenta Roxana Borges que o testamento vital objetiva influenciar os médicos quanto a implementar ou não um tratamento, como vontade do paciente, que pode estar impedido de manifestá-la em razão da doença (BORGES, 2007).

A finalidade é exatamente proteger a autodeterminação da pessoa em relação às decisões que tomar sobre sua própria vida, ao futuro, à saúde e à morte. A grande utilidade em se realizar um Testamento Vital é a pessoa tomar para si a prerrogativa de decidir como e em que circunstâncias deseja passar por certas situações de vida – ou de morte – especificando a que tratamentos quer ou não se submeter, manifestando claramente se

prefere morrer naturalmente ou ser reanimado passando a sobreviver com auxílio de suporte vital (aparelhos que mantêm artificialmente a vida).

Contudo, é preciso ter em mente que esse direito encontra limites na objeção de consciência médica, nas normas jurídicas vigentes e nos cuidados paliativos. Sendo vedadas as disposições que atentem contra esses institutos.

A efetividade deste instrumento consiste em fazer valer no mundo fático o bem jurídico por ele tutelado, que é a garantia de cumprimento da vontade daquele que faz as declarações a respeito de sua vida ou sua saúde para produção de efeitos em momento futuro. A família, os amigos e o médico possuem o dever moral de fazer cumprir as determinações contidas no Testamento Vital, garantindo-lhe a efetividade, privilegiando o respeito à pessoa no exercício do direito fundamental à liberdade de escolha, à autodeterminação.

O respeito ao Testamento Vital privilegia o direito fundamental à escolha, à autodeterminação e à dignidade da pessoa que se preocupa em registrar seus desejos, por entender que certos tratamentos lhe serão absolutamente fúteis, desnecessários e lhe diminuirão a dignidade na derradeira fase da vida, que deve ser tão prestigiada quanto as demais. Se o nascimento – que marca o início da vida – é cercado de tantas cautelas, não seria razoável, lícito nem tampouco solidário, deixar de priorizar o fim da vida, ceifando da pessoa seu poder de escolha e sua possibilidade de decisão em relação ao direito de morrer com dignidade e sem sofrimentos – essa é, com certeza, a mais nobre justificativa para a adoção do Testamento Vital, a fim de que a pessoa seja respeitada à beira do leito.

Considerações finais

O direito de realizar disposições para cumprimento futuro por meio de Testamento Vital se reveste de elevada importância em face dos direitos concernentes à personalidade humana na atual perspectiva dos “novos direitos” reconhecidos à pessoa, albergados na especial tutela da cláusula geral de direitos relativos à personalidade, desde a consagração da dignidade

da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, no artigo inaugural da Constituição Cidadã.

Caminho árduo se percorreu até se alcançar a afirmação dos direitos desta categoria, sendo necessários alguns enfrentamentos, inclusive no que tange à aplicação da Resolução Nº 1.995 pela classe médica, até mesmo em razão de dificuldades em relação à família, que muitas vezes, resiste em aceitar a vontade da pessoa enferma, intentando postergar demasiadamente o processo de morte. Ainda não completamente transpostas as dificuldades dessa natureza, o Testamento Vital vem ganhando aceitação na esfera jurídica e inclusive cumprimento de forma mais efetiva pela medicina.

Trata-se de um instrumento cujo conteúdo é a manifestação de vontade de uma pessoa a respeito de providências a serem tomadas em relação a seus cuidados médicos em tempo futuro. Nesse dispositivo, ela fará constar as espécies de tratamentos e/ou procedimentos clínicos e/ou cirúrgicos aos quais deseja ou não se submeter. Tais condições devem ser elaboradas de forma antecipada (quando ainda em estado de plena consciência e discernimento) objetivando produção de efeitos em momento futuro, quando essa pessoa já não mais estiver lúcida para decidir a respeito de sua finitude. Reconhece-se a importância da consagração desse instrumento como um verdadeiro avanço no sentido da proteção e garantia dos direitos pessoais daqueles que se encontram aos cuidados médicos, na difícil fase de finitude da existência humana.

A afirmação deste novo direito para um novo tempo insere-se na proteção da autodeterminação individual que é tão cara às sociedades ocidentais contemporâneas. De igual modo, a sua aplicação vem efetivar a tutela dos direitos de personalidade e os mais nobres ideais de cidadania contidos nos princípios e normas agasalhados na vigente Lei Maior, demonstrando que o direito acompanha a evolução da sociedade e que já não mais é alheio ao sofrimento da pessoa que padece de inconsciência superveniente, mas que tem o seu desejo respeitado e constitucionalmente protegido por aqueles que se encontram à beira de seu leito rumo à travessia final.

Referências

- AGUIAR, Ruy Rosado de (Coordenador Científico). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. CCB. Código Civil Brasileiro. **Lei Federal Nº 10406, 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12.08.16.
- _____. CEM. Código de Ética Médica. **Resolução CFM Nº 1.931, 2009**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf. Acesso em: 14.08.16.
- _____. CFM. **Resolução CFM Nº 1.805, 2006**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1995_2006.pdf. Acesso em: 14.08.16.
- _____. CFM. **Resolução CFM Nº 1.995, 2012**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 14.08.16.
- _____. CRFB. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14.08.16.
- _____. Lei Orgânica da Saúde. **Lei Federal Nº 8.080, 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 15.08.2016.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000), Desprovida por unanimidade**. Relator: Des. Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 de novembro de 2013. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-concede-paciente-direito.pdf>. Acesso em: 15.08.16.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia – Comentários à Resolução 1.805/06 CFM – Aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2013.
- DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Atlas, 2015.
- ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos – seguido de “Envelhecer e morrer”**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Tradução: Plínio Dentzien.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 1 Parte geral e LINDB. Salvador: Jus Podivn, 2016.
- KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer**. São Paulo: WMF Marins Fontes, 2012.
- LIPPMANN, Ernesto. **Testamento Vital: o direito à dignidade**. São Paulo: Matrix, 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2009.
- _____; BARCHIFONTAINE, Christian de P. de. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 2014.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. **Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.
- TINANT, Eduardo Luis. **Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna**. In: DOMINGUEZ, Andres Gil (director). **Muerte digna**. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- THOMPSON, AE. **Advanced Directives**. JAMA. 2015;313(8):868.

4

Autodeterminação da pessoa humana na perspectiva da psicologia fenomenológico-existencial

Ieda Tinoco Boechat

Carlos Henrique Medeiros de Souza

Fernanda Castro Manhães

Considerações iniciais

No cotidiano da vida comum, muitas pessoas seguem vivendo como se as coisas fossem como são, porque simplesmente acontecem daquele determinado modo. Subjugadas pelos condicionantes e determinantes com os quais convivem, algumas delas habitua-se à impressão de que tudo já está dado e que basta deixar a vida seguir seu curso sem nele interferir. Mas será mesmo que uma pessoa pouco pode escolher, (re)definir, (re)direcionar ou determinar em sua existência? Partindo desta indagação, discute-se a faculdade de a pessoa humana se autodeterminar na perspectiva da Psicologia Fenomenológico-Existencial e formula-se, assim, o problema ao qual tenta responder este texto: de que modo pode a pessoa humana se autodeterminar?

A fim de encontrar respostas para este questionamento, busca-se diferenciar existência autêntica de existência inautêntica, à luz da Psicologia Fenomenológico-Existencial; investigar a autodeterminação da pessoa humana, segundo a mencionada abordagem psicológica; exemplificar, através da história de Temple Grandin, o que se postula a partir das conjecturas teóricas que aqui se propõem.

Considerando que a presente obra tematiza as diretivas antecipadas de vontade (DAV) e o Testamento Vital, justifica-se essa discussão, neste capítulo, por questionar justamente a possibilidade que a pessoa humana tem de, em boa medida, escolher quem ela quer ser e como ela quer viver, em última

instância, de escolher escolher-se, ou seja, de autodeterminar-se. A relevância do tema reside, assim, em propor uma reflexão sobre da liberdade fundamental e da responsabilidade individual e social da pessoa humana sobre suas escolhas, suas decisões e seus posicionamentos enquanto existe, bem como acerca de seu engajamento nas questões de seu tempo.

A metodologia de pesquisa escolhida para conduzir as investigações neste trabalho é a pesquisa bibliográfica, que encontra aporte teórico nos fundamentos da Psicologia Fenomenológico-Existencial, cujas bases se assentam nas formulações filosóficas de Sartre e, em especial, de Heidegger e Kierkegaard, aplicadas à Psicologia. Então, as obras de autores como Martin Heidegger (2012), Jean-Paul Sartre (2013) e Le Blanc (2003) são revisitadas para a fundamentação das proposições teóricas, além das obras de Temple Grandin (2010; 2015) e do filme *Temple Grandin*, de Jackson (2010), que são tomados a título de ilustração daquilo que se discute neste capítulo.

A pessoa humana: existência autêntica e inautêntica

Heidegger (2012) distingue o homem dos demais entes, porque ele, diferentemente dos “seres simplesmente dados”, pergunta pelo sentido do ser. Por isso, Heidegger o nomeia *Dasein*¹, para falar do ente que possui o modo de ser dos homens. Penha (2001) esclarece o postulado heideggeriano ao dizer que as pedras e os animais são, mas não existem, assim como Deus é, mas não existe, pois somente ao homem é dado algo como existir. Existir significa, na concepção existencialista, movimento para fora, refere-se a um lançar-se, um tornar-se, um vir-a-ser. A essência do homem se faz enquanto ele existe. Assim, na concepção heideggeriana, se há uma essência humana, esta é seu devir, ou seja, a possibilidade de vir-a-ser enquanto existe.

1. Vocabulo alemão que se traduz por “presença”, cunhado por Heidegger, a fim de “[...] substituir a palavra sujeito, que implica um conceito que tende para o fechamento, por um termo que caracteriza o ser em relação, portanto, abertura” (FEIJOO, 2000, p. 73).

O filme *Sempre ao seu Lado*, de Hallström (2009) exemplifica essa distinção heideggeriana entre o *Dasein* e os “seres simplesmente dados”, ao retratar a história verídica da relação entre Parker, um professor de música, e Hachiko, seu cão. Hachiko acompanhava Parker todas as manhãs até a estação ferroviária, onde tomava o trem para a cidade em que trabalhava. No fim da tarde, Hachiko voltava àquele lugar para encontrar seu dono no desembarque. Da raça akita, uma raça que se distingue pela lealdade, Hachi, assim, carinhosamente, apelidado por Parker, repete esse comportamento por dez anos após a morte de seu dono. Hachi viu Parker tomar o trem, mas, obviamente, não o viu desembarcar, porque ele falecera na Universidade. Como Hachi não perguntava pelo sentido do ser, postava-se ante a estação todos os dias, de inverno a inverno, aguardando o retorno de Parker, até o dia de sua própria morte, sustentado por sua lealdade que não se deixava questionar. Diferentemente do cão, algumas pessoas, certas de que não fazia sentido aquela espera, tentaram, em vão, afugentá-lo dali, a fim de liberá-lo daquela inútil expectativa.

O homem corre o risco de se tomar por um “ser simplesmente dado”. Segundo Heidegger (2012), o conviver cotidiano, que se dá em um horizonte de sentidos e significados que é o mundo, é atravessado pela historicidade – tradições, costumes, Referências de uma época –, constituindo esse contexto impessoal no qual o *Dasein* desde sempre se encontra. Se o *Dasein* se identifica tão fortemente às Referências do impessoal, a ponto de acreditar que o seu poder-ser restringe-se a elas, passa a viver tão somente imerso no impessoal, cada um sendo como o outro, em sua cotidianidade.

Este conviver dissolve inteiramente a própria presença no modo de ser dos “outros”, e isso de tal maneira que os outros desaparecem ainda mais em sua possibilidade de diferença e expressão. O impessoal desenvolve sua própria ditadura nesta falta de surpresa e de possibilidade de constatação. Assim nos divertimos e entretemos como *impessoalmente se faz*; lemos, vemos e julgamos sobre a literatura e a arte como *impessoalmente se vê e se julga*; também nos retiramos das “grandes multidões” como *impessoalmente se retira*; achamos “revoltante” o que *impessoalmente se considera revoltante* (HEIDEGGER, 2008, p. 184, grifos do autor).

Importa salientar que, para Heidegger (2012), o impessoal é um existencial que pertence à constituição do *Dasein*, e não uma condição que em algum momento possa ser superada, não cabendo, portanto, atribuição de valoração. Estar no impessoal faz parte daquilo que o *Dasein* é, não sendo possível se libertar desta condição, pois ela o constitui. Desse modo, o impessoal parece desresponsabilizar o *Dasein* por sua existência. Entretanto, ele pode escolher entre permanecer dissolvido no impessoal, adotando uma existência inautêntica ou pode escolher existir e viver autenticamente.

O *Dasein* inautêntico, absorvido pelo impessoal, acredita ser aquilo que lhe é dado. Ele considera que as Referências retiradas do impessoal são tudo o que lhe cabe ser, tomando-se, em sua existência cotidiana, por um “ser simplesmente dado”.

A ausência de surpresas e a evidência caracterizam a preocupação e a ocupação cotidianas. O modo de falar e escrever descomprometido (falatório e escritório), a forma despersonalizada e insaciável de lidar com o novo para preservar o conhecido evitando as transformações (curiosidade), expressam o modo de ser desta cotidianidade mediana do *Dasein* (SÁ, p. 2).

O *Dasein* decadente consome-se no pensar angustiado acerca da sua aparência, da sua escalada profissional, dos bens materiais que deve conquistar, das relações afetivas que deve estabelecer, enfim, nas possibilidades de ser ditadas pelo impessoal, e difícil torna-se-lhe refletir sobre essas possibilidades e perceber que podem comportar outras mais. Na opinião de Sartre (2013), age de “má-fé” aquele homem que se oculta nas desculpas de suas paixões e inventa um determinismo; de modo inautêntico, ele escolhe sem de fato escolher, para não se comprometer, ou seja, para não ter de se responsabilizar pela escolha feita. Em contrapartida, a autenticidade sartriana refere-se a um estilo de vida em que a pessoa faz livremente suas escolhas e assume os riscos pelas decisões responsáveis.

O conceito de existência autêntica, em Heidegger (2012), diz respeito à assunção da existência de modo próprio e pessoal, uma “decisão existencial”.

que confronta o homem em sua liberdade de se encontrar ou não consigo de modo mais próprio e pessoal, uma liberdade que o caracteriza como ser de possibilidades. Assim, o *Dasein* consegue retirar-se, ainda que parcialmente, da sua inclinação inicial a tomar-se pelo impessoal e alcançar um modo de ser singular, desvelando-se para si de forma transparente. Ao clamar o *Dasein* para sua condição mais essencial, o “clamor” provoca uma indeterminação, uma estranheza, a perda da familiaridade do seu mundo cotidiano, já que ele se encontra em “débito” – modo de ser da presença, fundamento de um ser determinado por um não às suas possibilidades mais próprias. Por isso, o homem se angustia. “A angústia remete o homem para o seu poder-ser mais próprio. Coloca-o frente a frente com sua possibilidade de escolher a si mesmo, assumindo-se na sua escolha” (FEIJOO, 2000, p. 86). Na concepção de Sartre (2013), a angústia refere-se à ausência completa de toda justificação.

Autenticidade, então, remete à responsabilidade e implica o fato de a pessoa escolher-se, ou seja, adotar uma postura diante da vida e decidir de modo que possa se reconhecer nas suas escolhas, assumindo os “riscos da existência”: “[...] Kierkegaard diz que não se trata de escolher isso ou aquilo, mas ‘escolher querer’, ou seja, em primeiro lugar, assumir uma responsabilidade” (LE BLANC, 2003, p. 52). Considerando o exposto, pode-se cogitar que a assunção de uma existência autêntica pode ser uma escolha, mas autodeterminação parece não ser uma escolha.

A autodeterminação da pessoa humana

A existência é o modo específico de ser do homem, na visão heideggeriana. A vida humana constitui-se de escolhas feitas a cada instante. A principal delas, obviamente, é a escolha de si mesmo.

A passagem do impessoal, ou seja, a modificação existencial do impessoalmente si-mesmo para o ser si-mesmo de maneira *própria* deve se cumprir como *recuperação de uma escolha*. Recuperar a escolha significa *escolher essa escolha*, decidir-se por um poder-ser a partir de seu próprio si-mesmo. Apenas

escolhendo a escolha é que a presença *possibilita* para si mesma o seu poder-ser próprio (HEIDEGGER, 2012, p. 346, grifos do autor).

Existindo e se lançando no mundo, o homem escolhe, escolhe quem ele é: “[...] os seres não são nada além de possibilidade (KIERKEGAARD *apud* LE BLANC, 2003, p. 49).

O “possível” de Kierkegaard não remete a um juízo sobre o advir das coisas ou o sobrevir de um estado de coisas, mas caracteriza o *existir* do homem. A vida não é apenas *bios*, que tem seu movimento do nascimento à morte. A vida do homem é existência, é relação com o mundo e com os outros; é preocupação com sua sobrevivência, é antecipação e projeto, desenvolvimento de um programa que está se escrevendo, saída fora de *si* da vida, é essa continuidade contrariada por descontinuidades, as das escolhas que é preciso efetuar todo o tempo. O existir é contingência absoluta: o existir não conhece outra necessidade a não ser a das escolhas exigidas por um existir livre sem determinação (LE BLANC, 2003, p. 48, grifos do autor).

Sartre (2013) afirma que o homem nada mais é que seu projeto. Para ele, a condição humana coloca os limites que delineiam a situação fundamental do homem no universo. Mesmo admitindo que sua existência seja influenciada por condicionantes, como a história, seu trabalho, o convívio com outros homens e a sua mortalidade, isso não isenta o homem de sua liberdade fundamental de sempre escolher, pois o homem, ao não escolher, também escolhe; então, “[...] o homem está condenado a ser livre” (SARTRE, 2013, p. 33), devendo responder por suas decisões. “E quando dizemos que é responsável por si mesmo, não queremos dizer que ele é responsável estritamente por sua individualidade, mas que é responsável por todos os homens” (SARTRE, 2013, p. 26).

Sartre (2013) aponta, assim, além da responsabilidade pessoal, a responsabilidade social, quando afirma que, escolhendo, o homem escolhe por uma geração ao criar uma imagem do homem como julga que deve

ser, uma imagem que vale para todos e para toda uma época: “[...] o homem encontra-se em uma situação organizada, em que ele mesmo está engajado, em que ele engaja, com sua escolha, a humanidade inteira, e em que não pode evitar escolher” (SARTRE, 2013, p. 51). O trabalho de Daniela Arbex (2013) exemplifica essa proposição sartriana. A jornalista usa a expressão “socialmente mudos” para aludir àqueles que experienciaram o “holocausto brasileiro”: eram epiléticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, pessoas que se rebelavam ou que se tornaram incômodas para outras pessoas com mais poder na esfera social; dentre os “pacientes” encontravam-se meninas grávidas violentadas por seus patrões, esposas confinadas por seus maridos, filhas de fazendeiros que perderam a virgindade antes do casamento, homens e mulheres que tiveram extraviados os seus documentos.

A “barbárie do século XX”, que aconteceu no hospício em Barbacena (MG), denominado Colônia, consoante a autora, trata de um genocídio cometido, sistematicamente, pelo Estado brasileiro, com a conivência de médicos, funcionários e também da população, já que a sociedade se omitiu. Estima-se que 60 mil pessoas que, em sua maioria, foram internadas à força, tenham morrido na Colônia. Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Alguns eram apenas tímidos e, pelo menos, 33 pessoas eram crianças.

Sobre responsabilidade social ensina, também, Viktor Frankl (2008). No campo de concentração, o autor empenhou-se em evitar que companheiros fossem “para o fio”, isto é, em se esforçar para que eles não se suicidassem, dedicando-se a auxiliá-los a encontrarem um sentido na vida, por mais catastróficas que lhes fossem as vivências em Auschwitz, por acreditar que nem no campo de concentração a pessoa está privada de “[...] sua liberdade última de assumir uma atitude alternativa frente às condições dadas” (FRANKL, 2008, p. 88) e, por acreditar também que, a despeito das circunstâncias, o homem se determina a si mesmo.

O ser humano não é completamente condicionado e determinado; ele mesmo determina se cede aos condicionantes ou se lhes resiste. Isto é, o ser humano é autodeterminante, em última análise. Ele não

simplesmente existe, mas decide qual será sua existência, o que ele se tornará no momento seguinte (FRANKL, 2008, p. 153).

“A coragem de ser, em todas as suas formas, tem, por si mesma, caráter revelador. Mostra a natureza do ser, mostra que a autoafirmação do ser é uma afirmação que supera a negação” (TILLICH, 2001, p. 138), uma vez que, metaforicamente falando, *ser* inclui *não-ser*, ou seja, ser e não-ser se pertencem. Para o existencialismo, o não ser é espaço de criação, é espaço em que a possibilidade de vir-a-ser acontece, trazendo à existência o que ainda não existe, tal como na poesia: “Em geral, se denomina criação ou poesia tudo aquilo que passa da não-existência à existência” (PLATÃO *apud* POMPEIA; SAPIENZA, 2004, p. 157).

Existir é criar(-se). Tendo que lidar com determinantes e condicionantes, ou seja, transcendendo limites e se adaptando às circunstâncias que não pode mudar, a pessoa humana se faz essência apesar e a partir de sua herança genética, de suas próprias idiossincrasias, das leis e regras de sua sociedade, das tradições e costumes de sua geração, das imposições políticas e socioeconômicas de seu tempo histórico e dos, por vezes, bruscos e repentinos contratemplos que a vida lhe impõe. Consoante Feijoo (2000), no “movimento dialético do existir” kierkegaardiano, o homem não precisa paralisar ante “opostos”, mas pode integrá-los, transitando dialeticamente por eles.

Consoante Feijoo (2000), baseando-se em Kierkegaard, o homem escolhe transitar ou paralisar diante dos “paradoxos da existência”: finito/infinito; necessidade/possibilidade; eterno/temporal. Se o “eu” se perde no finito, vive eterna repetição das realizações do impessoal; o perigo está em ousar ser. Quando o “eu” se perde no infinito, atua no imaginário e não realiza, afastando-se de si mesmo. Se o “eu” está preso ao necessário, justifica o não fazer na ameaça do externo; determinista e fatalista, não parte, porque “partir é tornar-se”. Se o “eu” se prende às possibilidades, esquece-se dos seus limites, nada no mundo o detém; debate-se sem mudar de lugar na “luta” para tornar-se algo que não é; não concretiza seus projetos. Quando o “eu” se perde no eterno, sente-se imortal e especial; nada o

atinge, não se protege; projeta-se no futuro, impedindo-se de vivenciar o imediato. Mas se o “eu” se perde no temporal, precavê-se ao máximo para evitar ou adiar sua morte, paralisando no presente ou no passado, tentando controlar o devir.

No entanto, existir implica transitar pelos paradoxos da existência. Como apresenta Le Blanc (2003), diferentemente da dialética hegeliana, que é o “processo do consenso”, a evolução na lógica, a dialética kierkegaardiana não é feita de sínteses consensuais, mas de rupturas; admite o paradoxo e a impossibilidade de conciliar os opostos como forma de uma verdade superior. Para Kierkegaard, “o eu se constitui na dialética de finito e infinito, do possível e necessário e de eterno e temporal. O existente resulta de uma lógica provocada pela tensão entre os contrários e encontrar o eu consiste muito mais em aceitá-los do que em eliminá-los” (FEIJOO, 2000, p. 58).

Nesse sentido, afirma Frankl (2008) que o ser humano tem a liberdade de mudar a qualquer instante, pois sendo a personalidade imprevisível, uma pessoa pode se elevar acima das condições biopsicossociais e ir além delas. “O ser humano é capaz de mudar o mundo para melhor, se possível, e de mudar a si mesmo para melhor, se necessário” (FRANKL, 2008, p. 153). Desse modo, não há um *script* a ser seguido em nível individual nem em nível social em termos dos rumos que pode tomar a Humanidade.

De acordo com Le Blanc (2003), contestando Hegel, Kierkegaard assevera que é impossível prever o futuro da História, pois o seu sentido não se deixa estabelecer, por não haver uma lógica necessária que liga o passado; caso isso acontecesse, a mesma lógica ligaria o futuro e nada poderia mudar o seu curso. No entanto, vontade e liberdade de ação podem fazê-lo. “Se o devir da crisálida é a borboleta, o devir da História é *isto* ou *aquilo*. O devir da História é a *alternativa* (LE BLANC, 2003, p. 94, grifos do autor).

De fato, algumas pessoas, ao traçarem sua trajetória existencial, criam um curso para sua história pessoal e para a história de seus iguais, confirmando o que se discute neste texto, em conformidade com o que, também, sugere o poeta Antonio Machado, no *site* <http://poesiaspreferidas.wordpress.com>:

*Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace el camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino
sino estelas en la mar.*

Temple Grandin: (re)criando histórias

O filme biográfico *Temple Grandin*, dirigido por Jackson (2010), retrata a história de Temple, uma menina que não foi detida pelo autismo, uma vez que, precocemente, sua mãe não se ateuve ao diagnóstico médico e rejeitou a indicação de institucionalizar a filha, providenciando-lhe educação formal. Encorajada, em especial, pela mãe, por sua tia Ann e seu professor Dr. Carlock, que reconheceu seus interesses e habilidades em “*pensar imagens e conectá-las*”, prosseguiu seus estudos, repetindo para si mesma, quando se deparava com determinantes e condicionantes: “*sou diferente, mas não inferior*”. Ainda na Faculdade, para aliviá-la quando experimentava os sintomas do pânico, projetou e construiu a “*máquina do abraço*”, inspirando-se no brete que conheceu na fazenda de sua tia no Arizona, onde foi passar férias de verão. cursando Mestrado, Temple realizou pesquisas empíricas durante seu estágio no Curral, onde foi humilhada, ridicularizada, considerada pervertida e incapaz, quando fazia suas considerações de modo espontâneo. Ergueu-se acima de si mesma e, dando um cunho científico a seus postulados, propôs sua tese de que o animal merecia dignidade para morrer, já que o estresse experimentado pelo animal no

processo de abate comprometia a qualidade da carne bovina. Alcançando respeito e reconhecimento, Temple dedicou-se a projetar instalações de aço e concreto para manejo de gado.

No filme de Jackson (2010), pode-se ver Temple escolhendo escolher-se. Ela escolheu-se pesquisadora: fez da sua “máquina do abraço” um experimento científico, validado pelo meio acadêmico, legitimando sua capacidade e garantindo sua permanência na Universidade. Escolheu-se autêntica ao vestir-se de homem para entrar no Curral e ali permanecer, conquistando o respeito dos peões ao declarar: “*Já comi testículos bovinos e isso aqui é desperdício*”. Escolheu-se psicóloga ao conseguir “*sentir o que o animal sentia*”, e trabalhou duro pela dignidade dele durante a vida e também na hora da morte: “*a natureza é cruel, mas nós não precisamos ser*”. Escolheu-se projetista ao imprimir suas teorias em um projeto para currais e abatedouros. Quando observou que percebia o que outras pessoas não percebiam, ela escolheu-se mestrande e doutoranda, colocando a trabalho sua percepção diferenciada para reformular suas primeiras observações em uma linguagem valorizada pela ciência, pela imprensa e pelo mercado de trabalho. Escolheu-se palestrante no Congresso sobre Autismo. Escolheu-se autora ao lutar por uma credencial em uma Revista especializada para manter seu passe livre no Curral, necessitando, a partir daí, publicar artigos. Escolheu-se consultora da indústria pecuária em comportamento animal. Escolheu-se ativista do autismo, trabalhando para que crianças autistas descobrissem seus talentos e se tornassem “menos estranhas”.

Temple (2010) escolheu-se, ainda, escritora, e publicou sua autobiografia no livro *Uma menina estranha*, título inspirado na opinião de seu primeiro neurologista, para quem ela era “[...] mesmo uma menina estranha” (GRANDIN; PANEK, 2015, p. 11). Assim, Temple Grandin, apropriando-se de modo pessoal de sua existência, imbuí-se todos os dias da “coragem de ser”, transita por fortes condicionantes e dribla determinantes, para seguir existindo, ou seja, lançando-se, indo além de si mesma, autodeterminando-se numa atitude autêntica. PhD em Zootecnia, ela atua como professora universitária ocupando a cadeira de Ciência Animal da Colorado State University.

Grandin e Panek (2015), na obra *O cérebro autista*, mostram o engajamento de Temple na continuidade de estudos específicos sobre o autismo, não apenas como pesquisadora, mas também como pesquisada, submetendo-se a investigações por meio de testes diversos e ressonância magnética nuclear, mais recentemente, ressonância magnética nuclear funcional, mantendo-se sempre atenta às publicações que possam trazer contribuições para a compreensão do comportamento autista. Evidenciando sua origem neurológica, os autores mostram a compatibilidade do comportamento autista com as funções cerebrais e afirmam que o autismo não está na mente, mas no cérebro, o que lhes aponta dois caminhos que julgam confiáveis: a neuroimagem e a genética. Considerando arriscado que o diagnóstico de autismo seja baseado apenas na observação do comportamento, Grandin e Panek (2015) mencionam que Temple dedica suas pesquisas a transtornos sensoriais frequentemente desconhecidos e propõe tratar o autismo através de cada um dos seus sintomas, em vez de agrupá-los em um mesmo diagnóstico.

Como se pode verificar, o que caracteriza uma existência autêntica não é, necessariamente, escolher isto ou aquilo, mas escolher escolher-se, de modo livre e responsável. Vidas que assim decidem existir (re)criam sua história e se engajam responsabilmente com outras vidas, deixando, como Temple Grandin, seu legado de responsabilidade social para a presente geração e para as futuras, ao contribuir para mudar o curso da história de outros autistas, bem como do autismo.

Aplicando-se esses princípios referentes à autodeterminação como poder-dever de escolha ao Testamento Vital, torna-se imperioso evidenciar a possibilidade que a pessoa tem de decidir, quando ainda em estado de plena capacidade e lucidez, que tipo de tratamento deseja ou não se submeter em tempo futuro, quando já não puder tomar essa decisão a respeito de seu próprio destino. Caso ela permaneça inerte, no sentido de não se posicionar, estará escolhendo tacitamente colocar seu próprio futuro em mãos de terceiros, pois outras pessoas decidirão o que lhe será feito, quando acometida de inconsciência, em substituição à sua vontade para aplicação em si mesma.

Considerações finais

A pessoa humana se autodetermina por suas escolhas todos os dias. Até quando pensa não estar fazendo isso, ela o está. Não há como não se posicionar. Um não posicionamento é também um posicionamento. A autodeterminação da pessoa humana, portanto, é um acontecer. Nessa perspectiva, vir-a-ser é uma possibilidade. Se, paradoxalmente, escolher não é uma opção, resta a opção de escolher com liberdade e responsabilidade ou não. Pode-se vir-a-ser de modo autêntico ou inautêntico.

Autodetermina-se de modo pessoal aquela pessoa que tem a coragem de ser, a coragem de se conhecer e de ver o não-ser no ser, para trazer à existência o que ainda não existe, para (re)criar-se em uma opção por ela (re)criada, em uma escolha na qual se reconheça, habitando-a com liberdade e responsabilidade, mesmo que cause estranheza a alguns e até a si mesma, inicialmente. A fim de não deixar margem a equívocos e reconhecendo que cada um sabe os desertos que, estranho e sozinho, atravessa, conforme Duncan, salienta-se que este estudo tem por maior intento provocar a ampliação de autoconsciência acerca da autodeterminação humana como fato.

As pessoas têm liberdade e autonomia para escolherem, individualmente, quem querem ser. Outrossim, em nível social, elas têm autonomia e liberdade para decidirem se assumirão suas existências de modo pessoal e responsável ou se continuarão sendo “socialmente mudos”, surdos e cegos para questões que assolam seus iguais. Diferentemente dos profissionais e políticos que se engajaram para promover a “barbárie do século XX”, Temple Grandin se engaja para promover saúde e qualidade de vida para pessoas autistas e suas famílias e qualidade de morte para animais, por meio de estudos, pesquisas e produção de literatura específica que transpõem gerações.

A história de Temple Grandin confronta e promove novas reflexões. Se uma pessoa se autodetermina de modo autêntico durante toda a sua existência, escolhendo responsabilmente a forma pela qual viver, o que a impediria de escolher a forma como vai experienciar seus últimos dias

de vida? O que pode impedir uma pessoa de antecipar diretivas de vontade em relação à forma pela qual viverá seus últimos instantes em sua enfermidade intratável, se com ou sem excessos terapêuticos, através de um Testamento Vital? Este tema amplamente discutido e problematizado nesta obra suscita controvérsias e questionamentos que merecem redobrada atenção, uma vez que se apresenta atravessado por questões jurídicas, sociais, éticas, morais, políticas, entre outras. Se o homem em sua liberdade última pode assumir uma atitude alternativa ante as condições dadas e se o devir da História é a alternativa, os capítulos próximos e os dias vindouros talvez tragam algumas respostas (e novas perguntas) para a presente geração quanto ao tema central desta obra: DAV e o Testamento Vital.

Referências

- ARBEX, D. **Holocausto brasileiro** – genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração, 2013.
- DUNCAN, Z. **Catedral**. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/zelia-duncan/catedral.html>. Acesso em: 27 ago. 2016.
- FEIJOO, A. M. L. C. de **A escuta e a fala em psicoterapia: uma proposta fenomenológico-existencial**. São Paulo: Vetor, 2000.
- FRANKL, V. E. **Em busca de sentido: um psicólogo no campo de concentração**. 25. ed. São Leopoldo: Sinodal; Petrópolis: Vozes, 2008.
- GRANDIN, T. **Uma menina estranha**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- GRANDIN, T.; PANEK, R. **O cérebro autista**. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012.
- LE BLANC, C. **Kierkegaard**. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.
- MACHADO, A. **Caminante**. Disponível em: <https://poesiaspreferidas.wordpress.com/2013/09/17/caminhante-antonio-machado>. Acesso em: 17 ago. 2016.
- PENHA, J. da. **O que é existencialismo**. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- POMPEIA, J.A.; SAPIENZA, B.T. **Na presença do sentido: uma aproximação fenomenológica a questões existenciais básicas**. São Paulo: EDUC; Paulus, 2004.
- SÁ, R. N. de. **A analítica heideggeriana da existência em “Ser e Tempo”**. Disponível em: http://www.ifen.com.br/jornada/roberto-analitica_heideggeriana.pdf. Acesso em: 06 ago. 2016.
- SARTRE, J-P. **O existencialismo é um humanismo**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

Filmes

- Sempre Ao Seu Lado**. Direção: Lasse Hallström. Produção: Richard Gere, Bill Johnson, Vicki Shigekuni Wong. Roteiro: Stephen P. Lindse. Elenco original: Richard Gere, Joan Allen, Sarah Roemer, Jason Alexander. Gênero: drama. Idioma original: inglês e japonês. Edição: Kristina Boden. Lançamento: EUA, 13 de junho de 2009 e Japão, 08 de agosto de 2009, 93 min, son., cor.
- Temple Grandin**. Direção: Mick Jackson. Produção: Scott Ferguson. Produção Executiva: Alison Owen, Paul Lister, Anthony Edwards, Dante Di Loreto, Emily Gerson Saines, Gil Bellows. Roteiro: Christopher Monger, Merritt Johnson. Elenco original: Claire Danes, Julia Ormond, Catherine O’Hara, David Strathairn. Gênero: biográfico, drama. Idioma original: inglês. Música: Alex Wurman. Diretor de arte: Meghan C.Rogers. Diretor de fotografia: Ivan Strasburg. Figurino: Cindy Evans. Edição: Leo Trombetta. Distribuição: HBO. Lançamento: 6 de fevereiro de 2010, 109 min, son., cor.

5

Regime legal de diretivas antecipadas de vontade no Brasil

Cristian Ricardo Ferreira Júnior
João Romário Gomes da Silva
Margareth Vetis Zaganelli

Considerações iniciais

Há tempos, os seres humanos acalentam o sonho da imortalidade, ou, ao menos, de uma vida longa, livre de enfermidades. E, nessa busca incansável, evoluiu a expectativa de vida com a descoberta de novas tecnologias e com o enorme desenvolvimento biomédico. Em meio à longevidade, conseguimos “domesticar” a morte, fazendo com que escolhêssemos quando e onde morrer.

Todavia, muitos pacientes não desejam prolongar suas vidas para além do termo natural, haja vista que tratamentos médicos podem trazer sofrimento ao próprio paciente e a seus entes queridos. Querendo expor, de maneira livre e consciente, da vontade de submeter-se ou não a tratamentos médicos em casos de doenças terminais, surgiram as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) e a necessidade de regulamentá-las no ordenamento jurídico pátrio, o que será debatido neste capítulo. As DAV adquiriram grande importância no Brasil em 2012, com a edição da Resolução nº. 1995/12, do Conselho Federal de Medicina (CFM), publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 31 de agosto de 2012. Esta Resolução define as DAV como um

[...] Conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (CFM, 2012).

Salienta-se que, mesmo com as resoluções do CFM, inexistente norma infraconstitucional que tutele especificamente a validade e aceitabilidade das DAV perante o ordenamento brasileiro. Todavia, a necessidade de “legalização” das diretivas refere-se intrinsecamente à própria dignidade da pessoa humana, considerando que as DAV prezam pela autonomia da vontade do paciente, conferindo-lhe o poder de decisão se quer ser submetido, ou não, a tratamentos médicos em casos de incapacidade ou terminalidade.

Outro ponto crucial da regulamentação é a compatibilização entre vida e morte dignas, haja vista que a Carta Política de 1988 veda a antecipação do termo final dos pacientes, quando coloca em primeiro plano o direito à vida, em seu artigo 5º, impondo óbices à aplicabilidade da Resolução elaborada pelo Conselho Federal de Medicina.

Direito à vida *versus* dever de viver

Com a redemocratização brasileira, os constituintes de 1988 buscaram, na Carta Magna, assegurar os mais amplos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, sem distinção de qualquer natureza, de maneira quase que absoluta. No *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, temos o direito inviolável e inalienável à vida, sendo este um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sob o qual todos os demais direitos fundamentais devem ser pautados.

Com a atribuição de caráter constitucional do direito à vida e, sobretudo, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, como conciliar a ambiguidade do direito à vida face à dignidade da pessoa humana no momento de sua morte? Será possível conciliarmos as DAV com o artigo 5º da Magna Carta? Como garantir ao indivíduo seu direito de morrer com dignidade? Nesse diapasão, a Carta Republicana vigente garante, em seu artigo 5º, inciso III, que nenhum cidadão será submetido a tratamento degradante ou desumano, corroborado pelo artigo 15, do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a liberdade do paciente ao próprio corpo, trazendo que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

Isso posto, podemos concluir, que o princípio da dignidade da pessoa humana sobressai-se face aos demais princípios e direitos, afastando-se a lesão ao direito à vida diante da adoção das DAV. Em síntese, Sá esclarece este dilema ao afirmar que

A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indivisível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer (SÁ, 2001, p. 59).

Com a evolução dos tratamentos médico-terapêuticos, o paciente adquire um papel ativo na tomada de decisões acerca das condutas que o médico deve ou não adotar. Segundo Boechat Cabral,

[...] deixando de ser *paciente* e passando à qualidade de *agente*, decide ele se deseja ou não se submeter à determinada intervenção cirúrgica ou mesmo técnica terapêutica indicada pelo profissional da Medicina (BOECHAT CABRAL, 2011, p. 25).

Concluimos que, por mais preciosa que a vida seja, ela só terá importância se conjugada com o conceito de dignidade da pessoa humana. Não nos parece razoável transformar o direito de viver em dever de viver. Considerando esse paradigma, devemos abordar que a garantia de morte digna está intimamente relacionada com o princípio de vida digna, ao passo que toda a esfera vital pauta-se pelo encerramento do ser no plano material.

Diretivas antecipadas de vontade no ordenamento brasileiro

É cediço que no Brasil inexistia uma legislação infraconstitucional que tutelasse as DAV. Todavia, o Conselho Federal de Medicina (CFM) vem, nos últimos anos, editando resoluções com fito de estreitar a relação entre médico e paciente, garantindo que este tenha uma vida digna desde seu nascimento até sua morte e, ao mesmo passo, buscando humanizar o tratamento do profissional da Medicina.

Primeiramente, faz-se necessário ressaltar que as resoluções do CFM não possuem força de lei perante o ordenamento brasileiro, somente determinando condutas a serem seguidas pela classe médica. Atualmente, necessitamos de regulamentação legal das DAV, pois o CFM não possui competência legislativa para determinar pontos importantes como os abordados em suas resoluções. Em novembro de 2006, o CFM publicou a Resolução nº. 1.805/06, autorizando que o médico suspenda ou limite tratamentos extraordinários que prolonguem, inutilmente, a vida do paciente em estado terminal, quando acometido por enfermidade grave e incurável.

Ao expor os motivos da Resolução supracitada, o Conselho reafirmou a importância da atuação lado a lado entre a sociedade civil e a classe médica, visando garantir uma morte digna àqueles que se encontram em fase terminal. Embora contenha apenas três artigos, a Resolução representa um marco da Bioética no Brasil por ser o primeiro texto a reconhecer a necessidade de preservarmos a autonomia e a dignidade do paciente mesmo no momento da morte. Ao dispor que o “paciente terminal” pode requerer a suspensão ou a limitação de tratamentos extraordinários, o CFM abriu campo para discutirmos a licitude e a adoção da abreviação da vida de pacientes terminais.

A Resolução nº. 1805/06 foi questionada, em maio de 2008, pelo Ministério Público Federal (MPF) por meio da Ação Civil Pública nº. 2007.34.00014809-3, movida em face do Conselho, requerendo a nulidade da referida norma médica, argumentando que o Conselho Federal de

Medicina não poderia definir como conduta a ser seguida pela classe médica uma conduta que é tipificada como crime, arguindo que o direito à vida é um bem indisponível e, sendo assim, só poderia ser restringido por lei em *stricto sensu*, e não por uma Resolução daquela Autarquia Federal.

No julgamento em sede de antecipação de tutela, o Magistrado reconheceu que a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas apenas permite que o paciente morra de forma natural, sem o prolongamento artificial por meio dos novos tratamentos extraordinários, que adiam o termo final por meio de sofrimentos e angústias ao paciente e seus familiares. Todavia, mesmo reconhecendo que a ortotanásia permite tão somente a morte natural do indivíduo sem ter o condão de antecipá-la, o Juiz Federal suspendeu os efeitos da supracitada Resolução, como foi requerido pelo Ministério Público Federal.

Porém, no curso da Ação Civil Pública, o Ministério Público Federal reconheceu a confusão terminológica entre ortotanásia e eutanásia, requerendo, em sede de alegações finais, a revogação da tutela anteriormente deferida e o reconhecimento da validade da Resolução nº. 1805/06, que não impõe conduta criminosa, mas tão somente permite ao médico a tomada de decisões que minimizem a dor e o sofrimento dos pacientes terminais com tratamentos desnecessários e degradantes. Nessa toada, manifestou-se o Juiz Federal:

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta Ação Civil Pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, 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. Alinho-me, pois, à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina (Ação Civil Pública nº. 2007.34.00014809-3, 2007).

Outro passo importantíssimo para avançarmos na regulamentação das DAV no Brasil foi o advento do Código de Ética Médica de 2010, por meio da Resolução do CFM nº 1931/2009. Esta resolução do Conselho Federal traz, em diversos momentos, a importância dos tratamentos paliativos do paciente em final de vida associados ao abandono da obstinação médica em curar o enfermo a qualquer custo, reafirmando os propósitos da Resolução nº. 1805/06. Com o novo Código de Ética, a classe médica mostra que inexistente a obrigação dos profissionais da saúde em prolongar, indefinidamente, a vida do paciente que se encontra em estado terminal, preferindo-se a adoção de métodos paliativos, quando assim desejar o paciente, que deverá ser informado – por seu médico – sobre as possibilidades clínicas de tratamento que poderá escolher.

Isso posto, a Resolução nº. 1931/2009, do CFM, buscou valorizar os princípios regidos pela Constituição Republicana da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, sem abrir mão dos direitos e deveres dos médicos, conferindo maior amparo normativo às DAV no Brasil. Com discussões sólidas sobre o direito à morte digna, o Conselho Federal de Medicina editou, em 2012, nova resolução abordando a não responsabilização dos médicos na abreviação de vidas quando assim desejam os pacientes terminais.

A Resolução nº. 1995/12 estabeleceu e conceituou as DAV no Brasil, consagrando a prevalência da autonomia da vontade do paciente e a dignidade da pessoa humana na hora da morte por meio das DAV. Diante disso, os nomeados “tratamentos médicos extraordinários” foram rechaçados da ética médica, constituindo novos paradigmas à classe, que agora visa primordialmente o bem-estar e a vontade do paciente, mesmo em estado terminal. Essa resolução representa um enorme avanço na discussão bioética sobre as DAV. Entretanto, possui força normativa reduzida por não ter sido promulgada pelo Poder Legislativo. Contudo, mesmo que não tenha força legal, não há empecilhos para que se reconheça a validade das DAV, em consonância com a interpretação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade.

Assim como ocorreu em 2008, esta Resolução do CFM foi questionada por meio de Ação Civil Pública pelo MPF, que alegou que a Resolução nº. 1995/12 estaria eivada de inconstitucionalidade e de ilegalidade, pois extrapolava os limites normativos conferidos ao Conselho pela Lei nº. 3.268/57, ao violar a ética médica e estabelecer instrumento inidôneo para o registro das DAV sem fornecer qualquer segurança jurídica à sociedade. Quanto à ausência de segurança jurídica, afirma Santos (2014), que “a Resolução nº. 1.995/2012 carece de regulamentação legislativa principalmente no tocante a aspectos relativos à formalização, conteúdo e capacidade dos outorgantes”. Para a supracitada autora, o texto do CFM não expressa os requisitos formais, tais como se as DAV deverão ser por escrito ou, ainda, se necessitam de registro em cartório, embora o artigo 1º, §4º, da Resolução exprima que “o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente”.

Contestando as acusações Ministeriais, o CFM alegou que a Resolução atacada apenas concretiza a autodeterminação individual estipulada pela Resolução nº. 1805/06, validada pela Ação Civil Pública nº. 2007.34.00.014809-3, não se podendo falar em inconstitucionalidade. Em 2013, a Justiça Federal reconheceu que o CFM agiu estritamente dentro de sua competência, garantindo tão somente ao paciente o poder de decidir se quer ou não ser submetido a tratamentos excepcionais para prolongamento artificial da vida que, muitas vezes, pode vir a ser doloroso e desnecessário, guardando-se estreita relação com a autonomia da vontade e com a dignidade da pessoa humana.

A decisão da Justiça Federal é considerada um marco no direito brasileiro, em relação às DAV, considerando ser a primeira vez que o Poder Judiciário pátrio reconhece a autodeterminação da pessoa em final de vida, ressaltando a validade e a importância das DAV, cujo objetivo é conferir o direito à morte digna àqueles que assim desejarem. Assim como o direito à vida é defendido, o direito de morrer com dignidade deve ser sobrelevado. E as DAV surgem como um instrumento facilitador para garantir a livre expressão da vontade daquele que não deseja se submeter a um prolongamento inútil da sua própria vida.

Validade e eficácia das diretivas antecipadas de vontade no Brasil

Apesar de já estarem previstas em diversos ordenamentos estrangeiros e, outrossim, do reconhecimento do Poder Judiciário, as DAV ainda não possuem legislação própria na República Federativa do Brasil, por falta da devida regulamentação legislativa do instrumento em foco. Deste modo, a adoção da vontade antecipada do paciente encontra um novo paradigma: poder-se-iam adotar as DAV com a presente lacuna normativa ou este ato constituiria crime?

Sob o espectro das legislações estaduais, há previsão normativa de que usuários dos sistemas de saúde recusem tratamentos dolorosos ou extraordinários que visem tentar prolongar a vida destes, assegurando o direito de escolha do paciente. Essas normas legais estão previstas nos estados de São Paulo (Lei Estadual nº. 10.241), de Minas Gerais (Lei Estadual nº. 16.279) e do Paraná (Lei Estadual nº. 14.254).

Segundo o Direito Constitucional, poderíamos sim aplicar as DAV com base no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988. Além deste, os princípios da autonomia privada, da legalidade e à proibição de tratamento desumano, todos descritos no artigo 5º, e seus incisos, da Constituição Federal, autorizam, por si só, a validade das DAV no Brasil, considerando que este instrumento jurídico objetiva o respeito da autodeterminação do paciente em fim de vida quanto à sua submissão, ou não, a tratamentos médico-terapêuticos excepcionais. Sob o espectro infraconstitucional, o artigo 15, do Código Civil de 2002, legisla que nenhum indivíduo pode ser constrangido a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, por disposição da autodeterminação do paciente.

Comentando acerca do supracitado artigo do Código Civil, Azevedo e Nicolau (2007, p. 60) afirmaram que

[...] o maior problema não foi enfrentado pelo artigo e corresponde justamente às pessoas que – por convicções pessoais e religiosas – não queiram se submeter

a determinadas espécies de tratamento médico, ainda que tais tratamentos não as coloquem em risco. [...] Impingir-lhe a um tratamento forçado equivaleria a uma violência que – apesar de salvar sua vida – não lhe daria um futuro feliz e digno por conta da violação de sua intimidade e consciência. Como sempre o Direito Civil deve se submeter às normativas e preceitos constitucionais, assegurando a dignidade do paciente.

Portanto, a inexistência de norma jurídica específica abarcando as DAV no Brasil não inviabiliza que os pacientes terminais profiram, antecipadamente, suas vontades em submeter-se, ou não, a tratamentos que prolonguem suas vidas, valendo-se da interpretação conjunta das normas constitucionais e infraconstitucionais supracitadas, constituindo base fundamental para que defendamos a validade e a eficácia deste instrumento que visa a autonomia do paciente.

As DAV devem, sim, receber regime legal no Brasil que facilitem sua aplicabilidade, de modo claro e indene de dúvidas. Mas, como vimos, na escassez legislativa, as DAV podem ser aceitas, desde que não contrariem as normas do Código Civil ou da Constituição Federal. Tal como o direito de viver é defendido, o direito de morrer de forma digna também deve ser garantido pelo ordenamento pátrio. E as DAV nos mostram, por meio das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, serem um instrumento garantidor da livre expressão da vontade do indivíduo que não desejar submeter-se a tratamentos que prolonguem, inutilmente, sua existência vital.

Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a liberdade individual, que apenas será plena se pudermos conferir ao paciente o poder da autodeterminação por meio das DAV, restando claro que todo indivíduo, na condição de paciente, merece ser respeitado no que concerne a sua decisão perante a adoção, ou não, de um tratamento médico, com fulcro nos princípios constitucionais da autonomia individual e da dignidade da pessoa humana. Todavia, a escolha não deve ser desrespeitada com a imposição de um tratamento ou método médico-terapêutico não aprovado pelo paciente, considerando que o indivíduo tem o pleno direito, segundo

nosso Código Civil, de ser informado e consentir, ou não, se irá se submeter a tal procedimento intervencionista.

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 reconhece a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada e a liberdade como princípios basilares da República, rechaçando a adoção de tratamentos desumanos ou cruéis. E, apesar da permissão do Código Civil, em seu artigo 15, do paciente decidir se deseja, ou não, se submeter a tratamentos médicos, faz-se necessário regulamentar as DAV por meio de norma jurídica própria, para que os pacientes gozem da dignidade da pessoa humana desde sua concepção até sua morte, sem que haja controvérsias acerca dos requisitos formais e materiais das Diretivas, possibilitando, deste modo, sua eficácia plena, ante ao limbo jurídico ora existente.

Dadalto (2013), defende a lavratura das Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente em cartórios civis, mediante escritura pública, semelhante aos testamentos sucessórios, considerando a lacuna legislativa pátria. A pesquisadora defende, ainda, a criação de um Registro Nacional das DAV em todo o território brasileiro, como ocorre na Espanha e em Portugal, para assegurar ao paciente que sua vontade será informada ao paciente e, assim, será garantida sua efetividade.

Sendo a vida um direito, não a devemos enxergar como “dever”. Mesmo que a Carta Magna de 1988 garanta o direito à vida, não se deve obrigar um paciente a permanecer “vivo” ligado a aparelhos ou com sofrimento tão grande que seja maior que a própria morte, pois muitas enfermidades podem provocar dores insuportáveis ou mesmo a perda da dignidade daquele ser humano, ainda mais em estado terminal.

Considerações finais

O presente capítulo buscou, em apertada síntese, trazer a importância de regulamentação jurídica acerca das DAV, humanizando a relação médico-paciente e conferindo dignidade desde a concepção do ser humano até seu termo final.

Abordamos, também, a dualidade do direito à vida *versus* o dever de viver, argumentando que todos os seres humanos têm autonomia para decidir quando e como morrer, resvalando-se na capacidade de decisão do paciente quando este ainda se encontra consciente e livre para tomar suas próprias decisões.

Esperamos, após estas discussões, que o ordenamento pátrio ajuste-se às novas abordagens bioéticas e permita a autodeterminação do paciente e o direito à morte digna, de acordo com as convicções de cada indivíduo e respeitando-se sua autonomia privada. Nesse ponto, temos o pensamento de Adriano Marteleto Godinho, que defende que não podemos impor o dever de viver a todo custo, revelando que morrer dignamente é a própria essência da dignidade da pessoa humana ao longo de toda a vida, afirmando que a regulamentação das DAV no ordenamento brasileiro visaria conferir validade e eficácia às vontades antecipadas do paciente que assim desejar.

Espera-se, igualmente, o reconhecimento do ser humano não só como paciente – muitas vezes já incapaz – mas também, como afirma Boechat Cabral (2011), um paciente que possui, como todos nós, sentimentos, garantindo-se a dignidade da pessoa humana, desde seu nascimento até seu último sopro de vida, de modo a respeitar a liberdade de suas decisões, tomadas de forma consciente e autônoma.

Referências

- ALVES, Cristiane Avancini. **Linguagem, Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: uma interface nacional e internacional.** In: Revista Bioethikos. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1810.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2016.
- ANDORNO, Roberto. **“Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?** In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73-93.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil Comentado**, v. I. São Paulo: Atlas, 2007.
- BOECHAT CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais: uma visão interdisciplinar.** Itaperuna: Hoffmann, 2011.
- BRASIL. **Constituição Federal (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2016.
- _____. **Lei Federal nº. 10.406/02, de 10 de Janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 ago. 2016.
- CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução nº. 1995, de 31 de agosto de 2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012>. Acesso em: 14 ago. 2016.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DADALTO, Luciana. **Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade.** In: Revista Civilistica.com. Ano 2, n. 4. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade>. Acesso em: 11 abr 2017.
- GANTHALER, Heirich. **O direito à vida na medicina.** Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento jurídico brasileiro. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, nº. 2545, 20 jun 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/15066>. Acesso em: 23 set. 2016.
- GOMES, Alessandra Dias Baião. **Entre a cruz e a espada: Diretivas Antecipadas de Vontade e consentimento.** In: Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, v. 2. mar/abr. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 23-32.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** Parte geral, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NERI, Demetrio. Dignità della persona ed eutanasia. In: Associazione Thomas International. num. 5 jan. 2005. Disponível em: www.thomasinternational.org/it/assthomint/qdb/200801/200801neri01.htm. Acesso em: 23 set. 2016.
- PENALVA, Luciana Dadalto. **As Contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/testamento_vital_-_contribuicao.pdf. Acesso em: 23 set. 2016.

- _____. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009, p. 55-56. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Penalva LD_1.pdf. Acesso em: 23 set. 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988.** In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole:** tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer:** eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SILVA, João Romário Gomes da; FERREIRA JÚNIOR, Cristian Ricardo; *et. al.* Conceito e constatação da morte. In: **Mistanásia:** a “morte miserável”. ZAGANELLI, Margareth Vetis; BOECHAT CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco (Orgs.). Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016, pp. 48-65.
- VILLAS BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial:** aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ZAGANELLI, Margareth Vetis; BOECHAT CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco (Orgs.). **Mistanásia:** a “morte miserável”. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

6

Requisitos de validade e forma das diretivas antecipadas de vontade

Ari Gonçalves Neto
Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral
Shirlena Campos de Souza Amaral

Considerações iniciais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aclamada pelo Dr. Ulisses Guimarães como máximo instrumento efetivador do direito à cidadania, elencou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro a Dignidade da Pessoa Humana. Assim, neste modelo de Estado, o indivíduo se tornou o centro do ordenamento jurídico, que desde a promulgação da Lei Maior, voltou seu manto de proteção às liberdades individuais e, por consequência, às múltiplas concepções individuais de vida digna.

Todavia, os projetos que cada cidadão traçou para si, expressão última da autonomia privada, não podem se sobrepor aos dos demais integrantes da sociedade legalmente constituída. Nesta perspectiva, torna-se necessário aos operadores do Direito e também da Ciência Médica habilidades para lidar com as questões atinentes aos direitos do paciente, especialmente daqueles que se encontram na fase última da vida. Este tema tem sido diuturnamente debatido por especialistas nas áreas do direito e da saúde nos Estados Unidos da América, em especial, e nos países europeus de igual modo, a ponto de já contarem nesses Estados com legislações específicas sobre o instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV). Não é o caso do Brasil.

O presente capítulo objetiva destacar que as DAV possuem tratamento apenas no que tange à deontologia médica, por meio da Resolução n. 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina (CFM) que, entretanto, na ausência de Lei

específica, tem servido de base a doutrina e jurisprudência para as resoluções do caso concreto. Conta-se apenas com a existência de dois enunciados do Conselho de Justiça Federal que ratificam a validade das DAV previstas na resolução própria do CFM.

Assim, de maneira a não pretender esgotar o tema, o presente capítulo analisará como a Declaração Prévia de Vontade do paciente em fim de vida se constitui instrumento efetivador do direito à morte com dignidade.

Requisitos de validade

O grande desenvolvimento que a ciências médica obteve, especialmente a partir da primeira década deste terceiro milênio, provocou pontuais mudanças no mundo jurídico. Eis que o prolongamento artificial da vida, bem como os medicamentos amenizadores dos infortúnios causados pelas dores, levantou profundos questionamentos acerca dos direitos assegurados à pessoa do paciente. Essas indagações, foram, pode-se dizer, a mola propulsora da defesa das denominadas DAV, que, além de assegurar o pleno exercício de um direito, “[...] são o melhor instrumento de apoio à tomada de decisões relativas a pacientes incapazes” (GONZÁLES, 2006, p. 91-137).

O referido instrumento, em linhas gerais, diz respeito a um documento redigido por pessoa capaz, com a finalidade de deixar registrados a quais tratamentos deseja se submeter ou não. Assim, as DAV são gênero e suas espécies, o mandato duradouro e a declaração prévia de vontade do paciente em fim de vida. Por mandato duradouro, entende-se o documento no qual nomeia o paciente um procurador, ou procuradores, que deverão ser indagados pelo médico nos momentos em que lhe sobrevier incapacidade, em estado de terminalidade ou não, com a finalidade de decidir(em) a quais tratamentos será submetido. Registra-se que os procuradores de saúde fundamentarão suas decisões de acordo com a exclusiva vontade do paciente, sem ingerências pessoais de cada representante ou mesmo de familiares.

Neste diapasão, verifica-se que a existência simultânea do mandato duradouro e da declaração prévia de vontade do paciente em fim de vida em um único documento é essencial para o enfermo, entretanto, ante o fato do mandato duradouro não se restringir às situações de terminalidade da vida, torna-se necessária a declaração prévia de vontade, inclusive nomeando um procurador e, concomitantemente, o mandato duradouro, indicando o mesmo procurador, com vistas a evitar conflitos entre os referidos documentos – e, em última análise, possibilitar ao mandatário agir em situações que não apenas as de terminalidade de vida do mandante.

Já a declaração de vontade do paciente em final de vida é, segundo Joana Teresa Betancor, “[...] um documento que deve estar ao alcance de todos, no qual qualquer pessoa possa indicar seu desejo de que se deixe de lhe aplicar um tratamento em caso de enfermidade terminal” (BETANCOR, 1995, p. 98). Esse documento enquadra-se na configuração de pura autonomia, eis que expressa a manifestação da real vontade daquele que por se encontrar na fase última da vida não possui mais condições de se expressar.

Postas essas considerações sobre as espécies de DAV, passa-se à análise dos requisitos de validade desse instituto sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, na perspectiva do Estado Democrático de Direito. As DAV são semelhantes ao testamento civil, pois constituem também negócio jurídico. Amaral leciona neste sentido que “Declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece” (AMARAL, 2006, p. 367).

Se por um lado, pode-se dizer que as DAV também se constituem negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, por outro, distancia-se do testamento civil por duas peculiaridades essenciais: primeira, a produção de efeitos *post mortem*; segunda, a solenidade. Por isso, torna-se inadequada a utilização da nomenclatura ‘testamento vital’ para se fazer referência à declaração de vontade da pessoa com pleno discernimento sobre os tratamentos aos quais não deseja ser submetida quando em estado de terminalidade e impossibilitada de se expressar. No mesmo sentido, diz Andruet:

Os testamentos vitais de modo algum se podem orientar como disposições de última vontade, uma vez que se indica nos mesmos o que aqueles que estejam manipulando os confins da vida, mas a vida no fim, têm que realizar ou abster-se de realizar (ANDRUET, 2002, p. 190).

Dessa forma, ante a ausência de adequação da nomenclatura “testamento vital” às especificidades do instituto civil, e ao se constatar que inexistem no Brasil sólidas análises sobre esta questão, não havendo sequer previsão sobre o instrumento adequado a ser utilizado para sua celebração, os doutrinadores da ainda incipiente declaração optaram por substituir a expressão por outra mais apropriada e que expressa com fidelidade, as suas características e objetivos. Adotou-se assim, DAV, ou mesmo declarações prévias de vontade, sendo que esta última, como visto, trata-se de espécie da primeira, contudo, albergam idênticos objetos. Sobre a validade desse documento, os eminentes civilistas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald comentam:

[...] o paciente terminal que, no pleno gozo de sua faculdade mental, declarou a sua vontade, deve ter a sua autonomia privada respeitada, a fim de que se efetive a sua dignidade na plenitude. Agora, com o advento da Resolução CFM nº 1.995/12, é válida e eficaz a declaração prévia de vontade em face da premente necessidade de respeitar a autonomia privada do paciente terminal, a partir de preceitos éticos e jurídicos e da terminalidade inexorável da vida humana (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 311-312).

Ainda no que tange aos requisitos de validade, é importante frisar a obrigatoriedade de serem as DAV escritas por pessoa com discernimento, para que possua eficácia nas situações de terminalidade de vida, quando não mais puder o paciente em final de vida expressar sua vontade em razão de incapacidade. No que diz respeito à capacidade, muito embora não constitua requisito essencial para que o paciente possa redigir o documento, e sim o discernimento, importantes alterações foram promovidas em virtude do advento da Lei n. 13.146/2015 – Estatuto da

Pessoa com Deficiência. E, por essa nova legislação, modificou-se amplamente a teoria das capacidades disposta especificamente nos artigos 3º e 4º, do Código Civil, ante o que, passa-se a analisá-las, sem contudo pretender esgotar o tema.

Visando assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa possuidora de deficiência e, em última análise, a sua inclusão social e o exercício da cidadania, a nova Lei considera possuidor de deficiência as pessoas acometidas de impedimentos de longo prazo, seja de qualquer natureza (física, mental, intelectual ou sensorial), as quais, em interação com uma ou mais barreiras do dia a dia, obstruem a plena e efetiva participação em sociedade e em igualdade de condições com os demais cidadãos (BRASIL, Lei n. 13.146/2015); ou seja, não fez a nova norma distinção entre as mais variadas formas de deficiências.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald concluem que o rol das pessoas consideradas incapazes sofreu significativa alteração pelo advento da Lei nº 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que concretizou no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, via Decreto Legislativo nº 186/08, de cunho humanista e inclusivo visando “[...] promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência (física ou mental) e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 325).

Verifica-se assim, que às pessoas com deficiência é assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme dispõe o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nos casos excepcionais em que se constatar necessário, a pessoa possuidora de deficiência será submetida à curatela, sendo facultado, ainda, a adoção do processo de tomada de decisão apoiada previsto no artigo 1.783-A, acrescentado ao ordenamento civil pela referida legislação. Corroborando essa percepção, ensinam Farias e Rosenvald:

Assim, ao contrário do que afirmava a redação original do Código Civil (que, em visão simplista, permitia a retirada da plena capacidade de alguém pelo simples fato de ter uma conformação mental diferenciada), o direito constitucional à dignidade, à igualdade e à não discriminação traz a reboque o direito à singularidade, que não é outra coisa senão o direito de ser diferente. Por isso, deficiência (física ou psíquica), por si só, não gera incapacidade jurídica; e nem toda pessoa incapaz juridicamente é, necessariamente, deficiente (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 329).

Registra-se, por oportuno, que, conforme prescreve o artigo 85 da norma sob análise, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Portanto, a curatela não alcança o direito ao próprio corpo, muito menos à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto; constituindo medida extraordinária, devendo constar da sentença declaratória as motivações de sua concessão, preservando, em última análise, os direitos e interesses pessoais do curatelado. Assim, verifica-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não cria óbice quanto à elaboração, por pessoa possuidora de deficiência, das DAV.

Em relação aos limites da curatela, Farias e Rosenvald lecionam que o juiz deve observar, casuisticamente, que atos são comprometidos, preservando a dignidade da pessoa, ao reconhecer sua plena capacidade para a prática dos demais atos e para o exercício de seus direitos fundamentais (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 362). O Estatuto revogou parcialmente a incapacidade absoluta, hipótese aplicável atualmente somente em relação ao menor de dezesseis anos. Em suma, não há mais presunção de absoluta incapacidade para os que, por enfermidade ou deficiência mental, tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos, bem como os que, mesmo por causa transitória, puderem exprimir a sua vontade.

Já em relação aos relativamente incapazes, revogaram-se as hipóteses das pessoas com deficiência mental com discernimento reduzido e dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; ou seja, quando essas

pessoas puderem exprimir sua vontade poderão praticar os atos da vida civil. Assim, deixou de existir a presunção de relativa incapacidade em relação a essas pessoas. Pode-se dizer que o critério subjetivo auferidor da capacidade civil deixou de existir, sendo as pessoas consideradas capazes para a prática dos atos da vida civil, com exceção daquelas taxativamente previstas na legislação civil, inclusive o possuidor de deficiência. Excepcionalmente, serão representadas ou assistidas para a prática de atos estritamente de natureza patrimonial e negocial, devendo, em suma, terem suas vontades respeitadas e efetivadas.

É de se concluir que, em uma interpretação sistêmica dos artigos 83, 84, §§ 1º e 2º, 85, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, combinada com os artigos 3º, 4º e 1.767, I, todos do vigente Código Civil Brasileiro (BRASIL. CCB. Lei Federal Nº 10.406, 2002), os notários e registradores dos Cartórios, especialmente os do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, deverão reconhecer a capacidade plena às pessoas possuidoras de deficiência, desde que possam exprimir diretamente sua vontade sobre o objeto de deliberação, inclusive no que diz respeito à celebração das DAV, com a sua regular lavratura, quando realizada por instrumento público.

Importante registrar, ainda, que, caso uma pessoa com idade inferior a 18 anos queira redigir uma declaração prévia de vontade, deverá primeiramente postular a autorização judicial, que por sua vez só poderá ser negada se comprovada a ausência de discernimento para a prática desse ato. Ao revés, não havendo requerimento neste sentido, entende-se que, depois de alcançada a maioria civil, a DAV deverá ser ratificada pessoalmente pelo outorgante (LIPPMANN, 2013). O que se pretende com essas considerações é defender a noção de que o discernimento não está diretamente vinculado à idade e que a liberdade de autodeterminação da pessoa não pode ser averiguada ou mesmo constatada exclusivamente pelo que dispõe a letra fria na legislação.

Prosseguindo na análise dos requisitos de validade da declaração prévia de vontade do paciente em final de vida, verifica-se que produz efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, parentes do enfermo e eventual procurador de saúde ao conteúdo das disposições. Nessa linha de intelecção, leciona Rodotà:

[...] o caráter vinculante das diretivas parece ser necessário para evitar uma perigosa “jurisdicionalização” do morrer, que inevitavelmente ocorreria quando o médico se recusasse a executar as diretivas antecipadas, decisão que precluiria uma impugnação da sua decisão pelo fiduciário ou pelos familiares (RODOTÀ IN BORASCHI E MANCONI, 2007, p. 29).

Destaca-se ainda que os óbices que os autores indicam em relação à aplicação das DAV são: primeira, a discordância do profissional médico em levar a efeito os termos da declaração prévia de vontade, ante suas concepções religiosas, morais e filosóficas; segundo, a proibição de cláusulas contrárias à legislação brasileira; terceiro, a disposição contraindicada à patologia do paciente ou mesmo tratamento, superados pelo desenvolvimento das ciências médicas.

Há que se registrar também que, mesmo inexistindo, no Brasil, norma que trate especificamente das declarações prévias de vontade, a teleologia das regras insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nas normas infraconstitucionais fornecem toda a proteção necessária para a defesa da validade desta declaração.

Com base nos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, da CRFB/88), considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro e o princípio da autonomia privada implícito no artigo 5º da Carta Magna são satisfatórios para a defesa, repita-se, das DAV, eis que o objetivo deste instituto é assegurar ao paciente em final de vida dispor, quando ainda ciente de seus atos, sobre a submissão a tratamentos médicos quando já se encontra em fase terminal da vida.

O artigo 15 do CCB (BRASIL, CCB, Lei Federal Nº 10.406, 2002) preleciona que é vedado o constrangimento de alguém a fim de submetê-lo, com risco de vida, a tratamento médico ou mesmo intervenção cirúrgica devendo ser, em última análise, interpretado à luz da Carta Magna de 1988 (BRASIL, CRFB, 1988). Corroboram essas verificações as afirmações de Ribeiro:

[...] ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos que não concebeu, contudo, um direito fundamental à imortalidade (RIBEIRO, 2005, p. 113).

Somam-se a essas normas legais as resoluções do CFM, especialmente a de n. 1.995/2012, que trata do comportamento ético-médico frente as vontades do paciente em final de vida e o próprio Código de Ética Médica, a Resolução n. 1.931/09, que validam as declarações prévias de vontade do paciente em final de vida no Brasil, muito embora, repita-se, inexistam norma específica neste sentido. Dessa forma, diz-se que as DAV são válidas no atual ordenamento jurídico brasileiro, ante a legitimação dos princípios constitucionais. Entrementes, a regulamentação por Lei é de salutar importância, inclusive para que haja disposição sobre as questões de validade e também formais, o que facilitará sobremodo sua implementação em todo o território nacional.

Conteúdo e forma

Em relação às disposições referentes à submissão ou não a tratamentos médicos quando o paciente já se encontra em fase terminal da enfermidade, verifica-se que, para que se tornem válidas na ordem jurídica brasileira, elas não poderão dispor sobre a recusa das terapêuticas paliativas, visto serem estas garantidoras do supraprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dessa forma, tão somente vontades que correspondam à recusa de tratamentos inúteis serão tidas por válidas, considerando como fútil a inexistência de benefícios de um determinado tratamento para o paciente em final de vida. Neste mesmo sentido, ensina Luciana Dadalto:

Quanto às disposições de recusa e/ou aceitação de cuidados e tratamentos, esta pesquisa entende que, para serem válidas perante o ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispor acerca da recusa dos cuidados paliativos, vez que estes são

garantidores do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, do direito à morte digna, bem como por afrontarem a própria filosofia dos cuidados paliativos, que orienta a prática médica no tratamento de pacientes terminais no Brasil (DADALTO, 2015, p. 182).

Quanto à materialização das DAV, Cabral e Souza dispõem que a exteriorização se dá por meio de um documento escrito que limita a atuação médica e da família, refletindo a vontade livre e consciente expressa anteriormente. Não se exige solenidade quanto à forma, pois o CCB prevê no artigo 107 que a declaração de vontade não dependerá de forma especial para ser válida, a menos que a lei o exija, o que não é o caso, fato que não dispensa a capacidade do declarante (art. 104 do CCB). Assim, o titular da vida tem liberdade para redigir as DAV por documento particular ou por escritura pública, sem que a forma comprometa sua validade, produção de efeitos e efetividade, ou ainda solicitar ao médico que sua declaração de vontade verbal seja lançada no prontuário, sem que a forma oral invalide suas decisões. Pode ainda solicitar ao médico que registre no prontuário a decisão de não se submeter a procedimentos ou utilização de suporte vital e ou outros meios artificiais de manutenção da vida, datando e assinando a manifestação de vontade. Quando se tratar de prontuário virtual, poderá escanear um escrito de próprio punho assinado e datado pelo paciente com a finalidade de se proteger de eventuais dúvidas por parte da família ao tempo da terminalidade da vida do paciente (CABRAL; SOUZA, 2015, p. 116).

Neste diapasão, pode-se dizer que o Brasil adota a forma livre, podendo o paciente inclusive se valer de declarações orais manifestadas ante parentes e amigos a respeito do desejo sobre como a pessoa deve morrer. A forma livre desonera a pessoa, facilitando a efetividade, diferentemente da Argentina, conforme salienta o Dr. Eduardo Luis Tinant: com o advento da nova lei de morte digna, tornou-se oneroso realizar diretivas antecipadas, pois impõe a lei a forma pública, devendo ser realizada diante de escrivão público, com a presença de duas testemunhas, o que dificulta o acesso por parte da população à realização das diretivas (TINANT, 2015).

Há que se registrar, ainda, que, desnatura o instituto das DAV disposição sobre doação de órgãos, vez que o instituto em análise é, essencialmente, negócio jurídico com efeitos *inter vivos*, tendo por principal objetivo a garantia da autonomia do paciente quanto aos tratamentos a que deseja ser submetido quando em terminalidade de vida. Além disso, a doação de órgãos é disciplinada pela Lei n. 9.434/97, alterada pela Lei n. 10.211/01, que possui ditames específicos autorizadores de tal procedimento (DADALTO, 2015).

A doutrina, em especial a da lavra de Luciana Dadalto consubstanciada em seu livro intitulado “Testamento Vital”, dispõe sobre a necessidade criação de um Banco Nacional de Declarações de Vontade dos Pacientes Terminais, o que facilitaria e muito o cumprimento da vontade do enfermo, garantindo que não se torne a DAV inócua (DADALTO, 2015). Havendo a disposição formal das declarações prévias de vontade, o Cartório de Registro das Pessoas Naturais deverá enviar a declaração ao Registro Nacional (órgão especializado no trato das declarações de última vontade que deverá ser criado pelo Poder Executivo Federal), com o escopo de assegurar a sua efetividade, podendo ser materializada, ressalta-se, somente se se constituir de forma pública.

Deve a declaração de última vontade, repita-se, ser anexada ao histórico clínico do paciente, a denominada anamnese, que está contida no prontuário médico. Assim, recomenda-se que ser anexada a DAV ao prontuário, com a finalidade de informar à equipe médica sobre a sua existência para que seja a manifestação de vontade do enfermo efetivada em todos os seus termos. E, em sendo de competência exclusiva do profissional da medicina o preenchimento do prontuário, este, ao ser informado, exclusivamente pelo paciente, quanto à existência e conteúdo das declarações, deverá proceder à devida anotação.

Por fim, Dadalto prescreve que “O testamento vital no Brasil também não poderá conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, o que torna ineficazes as disposições que prevejam a eutanásia” (DADALTO, 2015, p. 184).

Prazo de validade e eficácia

Sánchez, dentre outros doutrinadores, sustenta que as declarações prévias de vontade do paciente em fim de vida devem possuir prazo de validade e, para isso, alega que se trata de documento dinâmico, que não pode ser esquecido após redigido, bem como o fato das ciências médicas evoluírem quase diariamente, sendo, assim, perfeitamente crível que uma específica doença tida por incurável quando da declaração deixe de sê-lo, tornando-se curável a partir do instante da utilização dos novos procedimentos descobertos ou mesmo dos já existentes, mas aperfeiçoados.

Como dito, as DAV possuem como característica a revogabilidade, portanto, a fixação de prazo de validade para este tipo de documento seria despicienda, eis que a qualquer momento pode ser desfeita pelo outorgante. A alegação do grande desenvolvimento da medicina torna-se um argumento vago e ineficaz ante a constatação do campo de atuação da declaração prévia de vontade que são, repita-se, a inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, vontades contraindicadas para a enfermidade do paciente e a recusa a procedimentos modificados pela medicina (DADALTO, 2015).

Assim, a análise de que a ciência médica progrediu e que os tratamentos elencados nas DAV do paciente em final de vida não são mais prescritos, ocorre a revogação tácita destas disposições e, por tais razões, com base na interpretação de parcela da boa doutrina, conclui-se que não há motivos para a estipulação de prazo de validade para as DAV.

Nos Estados Unidos da América, as DAV só se tornam eficazes após o transcurso do prazo de 14 dias de sua elaboração, período este estabelecido pelo legislador americano para que o paciente reflita sobre os termos da declaração referentes às suas últimas vontades. Já na Espanha, inexistente prazo, autorizando-se o outorgante a qualquer momento revogar a vontade manifesta. Neste sentido, Luciana Dadalto defende que, no Brasil, a declaração prévia de vontade do paciente em final de vida se torna eficaz a partir do momento da sua inscrição no prontuário médico, que deve ser, como dito, registrado pelo profissional médico, após

receber a informação pelo Registro Nacional de Declarações Prévias de Vontade do Paciente Terminal – quando existir, ou mesmo pelo próprio paciente (DADALTO, 2015).

Registra-se que é importante a lavratura de escritura pública pelo notário, a fim de se garantir o efeito da oponibilidade *erga omnes* das DAV. Ressalta-se que, o cônjuge ou companheiro e demais familiares do enfermo, bem como o procurador devidamente constituído, estão vinculados aos termos da declaração prévia de vontade. Luciana Dadalto ainda considera:

Vincula ainda as instituições de saúde e os médicos, contudo, estes podem valer-se da objeção de consciência, com fulcro no artigo 5º, VI, da Constituição da República, caso tenham fundado motivo para não realizarem a vontade do paciente. Ressalta-se que o paciente deve ser encaminhado para outro profissional, a fim de que sua vontade seja respeitada (DADALTO, 2015, p. 191).

Considerações finais

O direito constitucionalmente assegurado à morte digna está garantido, como visto, pelos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Autonomia Privada, bem como pelo princípio da Liberdade Individual. Por isso, é muito importante garantir a todos os cidadãos o livre direito de optar pela submissão ou não a certos tipos de medicamentos e procedimentos quando já se encontrar em estado de terminalidade de vida. Nesse sentido, as DAV se constituem instrumento garantidor da morte com dignidade, expressando, em última análise, a real vontade do paciente em fim de vida.

No Estado Brasileiro, a DAV é quase desconhecida, inclusive pelos próprios médicos e operadores do Direito. O presente capítulo buscou abordar os requisitos de validade, capacidade, conteúdo, forma, prazo de validade e eficácia. Entretanto, trata-se de documento válido e eficaz, pois apresenta íntima ligação com os princípios constitucionais, notadamente a Dignidade da Pessoa Humana, o valor maior do ordenamento jurídico que visa proteger a pessoa em todas as suas manifestações. A validade, conforme se

destacou, foi preconizada por meio da Resolução n. 1.995/2012, do CFM, que disciplinou a matéria no âmbito da deontologia médica, mais que passou a nortear as reflexões na seara jurídica em relação a doutrina e a jurisprudência, em especial a partir do reconhecimento da validade dessas disposições consagradas pelo Enunciado n. tal e tal, do CJF.

Evidenciou-se que a capacidade para se celebrar DAV encontra-se circunscrita às questões relativas ao discernimento da pessoa declarante e independente, portanto, de certas limitações dispostas pela revogada teoria das capacidades, inclusive livre de qualquer ingerência de terceiros. Salientou-se, por derradeiro, que as DAV não estão sujeitas a um prazo de validade, sendo revogadas ou modificadas a qualquer tempo pelo seu titular.

Por fim, ressalta-se que, em relação às especificidades de forma, verifica-se que é importante a regulamentação por Lei, pois, embora sejam utilizados os requisitos de validade explicitados no Código Civil Brasileiro, é necessária uma lei específica a fim de se evitar quaisquer tipos de controvérsias, possibilitando a máxima efetividade das DAV.

Referências

- ANDRUET, A. **Breve exégesis del llamado “testamento vital”**. Derecho y salud 2002, 10(2):190.
- AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2006. p. 367.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei Federal Nº 10406, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 12.08.16. Acesso em: 20 out. 2016.
- _____. CEM. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM Nº 1.931, 2009. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf. Acesso em: 20 out. 2016.
- _____. CRFB. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2016.
- _____. **Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2016.
- _____. **Lei Federal Nº 13146 de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 20 out. 2016.

- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **As diretivas antecipadas de vontade e a efetividade da ortotanásia**. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. *Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e Direitos de Personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 1 Parte geral e LINDB. Salvador: Jus Podivn, 2016.
- LIPPMANN, Ernesto. **Testamento Vital: o direito à dignidade**. São Paulo: Matrix, 2013.
- MAS, Gonzáles. **O novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas**. In: Bastos EFB, Sousa AH, organizadores. *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey; 2006. p. 91-137.
- BETANCOR, Joana Teresa. “El testamento vital”, *Eguzkilore – Cuadernodel Instituto Vasco de Criminologia*, San Sebastián, n. 9, p. 98, dez. 1995, e André Gonçalo Dias Pereira, **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**, p. 59-60.
- Ribeiro DC. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia. **Bioética**, 2005, 13(2):113.
- Rodrigues RL. **Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do estado democrático de direito**. [Dissertação]. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito; 2005. p. 169-70.
- Rodotà S. La legge i dilemmidellalibertà. In: Boraschi A, Manconi L, organizer. **Il dolore e la política**. Milão: Bruno Mondadori; 2007. p. 29.
- TINANT, Eduardo Luis. Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna. In: DOMINGUEZ, Andres Gil (director). **Muerte digna**. Buenos Aires: La Ley, 2013.

7

Consciência médica e diretivas antecipadas de vontade: o caminho para a dignidade

Samuell Santos Ferreira

Tatiane da Silva Santos

Marlene Soares Freire Germano

Considerações iniciais

Com a revolução na biotecnologia e na medicina nos últimos tempos, surgem assuntos que merecem uma análise ética e jurídica, para que a ciência alcance seus objetivos sem, porém, infringir os direitos humanos essenciais. Nesse sentido, as diretivas antecipadas de vontade (DAV) é um tema que merece destaque, pois, vieram para dar a qualquer indivíduo capaz, e em pleno estado de consciência, o direito de determinar quais procedimentos se nega a submeter-se caso, futuramente, seja vítima de enfermidade terminal, que não tenha cura, com quadro clínico que não pode reverter e seu estado de saúde não lhe dê condições de expor sua vontade.

Assim, foi criada a Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que tem por legítimo honrar a autonomia do paciente estabelecendo regulamento no instituto das diretivas. Diante deste contexto surgiu uma questão problema: quais são as consequências éticas, procedentes da relação médico e paciente, estabelecidas no cumprimento ou descumprimento das DAV? O foco principal desse tema é perceber a importância do consentimento livre e esclarecido dos sujeitos, destacando aspectos bioéticos.

A função do médico

A atribuição principal dos profissionais de medicina, sempre foi cuidar e tratar dos doentes. Nesta atribuição, o ato médico funda-se essencialmente na exposição com precisão do diagnóstico e na prescrição do tratamento mais indicado para o paciente. Segundo Rezende (2009), nos tempos rudimentares, quando a medicina tinha o caráter mágico-sacerdotal e as enfermidades eram atribuídas às causas sobrenaturais, a função do médico fundamentava-se de magias, cerimoniais e feitiçarias de toda ordem, ligadas às práticas baseadas nas práticas tradicionais.

De acordo com Hanna *et al.*, (2011, p.589),

A sociedade atribui ao médico a função de ser o responsável por debelar e vencer a morte; é o ser tanatolítico (grego: *tanatos* = morte, *litis* = destruição) que decide o instante da morte e o contexto do morrer. Torna-se, assim, onipotente e como primazia tem-se o salvar a qualquer custo, a fim de corresponder às expectativas projetadas de um preservador de vidas. Assim, pesa sobre os médicos uma alta expectativa social que se expressa de diversas formas. Dentro desse contexto e na vigência de doenças incuráveis, o médico se defronta com sua insignificância diante de quadros irreversíveis.

Com a evolução da medicina, pôde-se mudar a história natural das enfermidades. Foi possível prolongar a vida e postergar a morte. Isso, de certo modo, levou à elaboração de um novo modelo médico em que existe a necessidade de viver juntamente e interessar pelos pacientes gravemente doentes, situação muitas vezes que vem com muito sofrimento (REZENDE, 2009).

A medicina só foi fundamentada a partir da Idade Média, depois que se criaram a escola de Salerno e as primeiras universidades europeias (BULLOUGH, 1966 *apud* REZENDE, 2009). Dentre elas destacou-se a de Pádua, onde se formaram Vesalius, Morgagni, Harvey e outros grandes nomes da medicina. Também teve destaque a medicina árabe do

Oriente, que se encontrava no auge em plena Idade Média. Eles preocuparam com a institucionalização e fiscalização da profissão médica e, no ano 931 d.C., as autoridades governamentais realizaram em Bagdá o primeiro exame público para credenciar os médicos em exercícios (MAJOR, 1954 *apud* REZENDE, 2009).

A presença atuante do médico no Brasil só se tornou realidade no século XIX. Nesse período, poucos médicos atuavam. Eram denominados de físicos e tinham, em sua maioria, segundo Rezende (2009), “como cristãos-novos, ou seja, judeus recém-convertidos ao catolicismo para fugir à Inquisição”. Os cirurgiões eram a maioria, e pertenciam a três categorias: os cirurgiões-barbeiros, os cirurgiões aprovados e os cirurgiões diplomados. Sobressaiam os cirurgiões-barbeiros, que dominavam a prática da medicina nos séculos XVI e XVII. Os nativos, mestiços ou mulatos, adquiriram o conhecimento do ofício e se tornaram também cirurgiões-barbeiros.

Com a vinda de D. João para o Brasil, em 1808, foram criadas duas escolas médico-cirúrgicas, uma na Bahia e outra no Rio de Janeiro, que, na concepção de Rezende (2009, p. 01),

Somente a partir de 1832, quando as duas escolas foram transformadas em faculdades de medicina, começaram a formar médicos brasileiros, os quais, aos poucos, foram assumindo o exercício da medicina em concorrência com os cirurgiões-barbeiros e os curandeiros. As famílias mais abastadas mandavam seus filhos estudar na Europa e muitos médicos brasileiros formaram-se em Coimbra, Salamanca, Montpellier e Edimburgo.

Assim, a quantidade de médicos no Brasil só cresceu no século XX, com a inauguração de novas escolas médicas. Em 1900 havia apenas três faculdades de medicina: a do Rio de Janeiro, a de Salvador e a de Porto Alegre, esta última fundada em 1898. Em 1950 contabilizavam-se quinze escolas de medicina, que formavam cerca de dois mil médicos por ano (SANTOS FILHO, 1991).

A Associação Médica Brasileira, inaugurada em 1951, teve a iniciativa de organizar o I Congresso na cidade de Ribeirão Preto, em 1956, sob a gestão dos professores Hilton Rocha e Jairo Ramos. Tentaram fundar a Ordem dos Médicos, semelhante à Ordem dos Advogados, mas a ideia não teve sucesso e foi substituída pela dos Conselhos de Medicina Federal e Regionais, originados no governo do presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira pela Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1957. Somente a partir da criação desses conselhos, os médicos passaram a contar com um fórum apropriado para discutirem as questões éticas da medicina (SANTOS FILHO, 1991).

Diante desse contexto, a função do médico se firmou na exposição precisa do diagnóstico fundamentado na história clínica passada e presente do paciente que, de acordo com Rezende (2009), deve considerar “a anamnese, o exame físico do paciente, a evolução do quadro clínico e a interpretação crítica dos exames complementares porventura necessários, sejam estes exames de laboratório, registros gráficos ou métodos de imagem”. Realizado o diagnóstico de acordo com os sintomas e histórico de cada paciente, o ato médico subsequente é a tomada de decisão quanto à melhor conduta terapêutica a ser seguida, que poderá ser de ordem clínica, cirúrgica ou mesmo psiquiátrica.

Relação médico e paciente

A interação do médico e cliente supõe a existência de um contexto que estabelece limites e possibilidades e determina papéis e funções dos participantes. Andolfi (1996) afirma que “não se pode falar do encontro entre o médico e seu cliente como algo em abstrato, como um processo isolado e descontextualizado entre duas pessoas”, deve-se falar em relações médico-enfermidade-cliente, ou médico-família-cliente, ou ainda médico-instituição-cliente. Segundo Soar Filho (1998, p. 01),

Compete ao médico procurar entender o sentido que a doença adquire para cada cliente e em cada contexto familiar, sem o que será mais difícil promover a mobilização de recursos terapêuticos necessários à mudança dos padrões comportamentais

estabelecidos. Num primeiro momento, poderá ser imprescindível que o profissional atenda às demandas mais dependentes e primitivas do paciente, até que se estabeleça uma sólida relação de confiança e cooperação entre ambos. Mas se essas demandas continuam sendo sistematicamente atendidas de forma paternalística, isso poderá contribuir para a manutenção de um tipo de vínculo de dependência para com o profissional e/ou a instituição.

A diversidade de fenômenos psicológicos e físicos que envolvem o processo de adoecimento e de tratamento não indica a adoção de padrões rigorosos de conduta. Não existe uma regra válida para todos os clientes e situações, apenas a possibilidade de o médico manter uma disposição, ou um conjunto de atitudes, que pode cooperar para o estabelecimento de um bom laço no trabalho.

Observa-se que a prática médica tem passado por grandes mudanças nas últimas décadas. O avanço tecnológico na área de diagnose, a vinda da informática e a intermediação do trabalho médico causaram forte impacto, com muitas mudanças na relação médico e paciente, alterando e trazendo dificuldades aos dois lados dessa relação. De acordo com Marques Filho (2003, p.01), “a bioética clínica, ramo da bioética que se ocupa do relacionamento entre paciente e o profissional da saúde, tem apresentado grande desenvolvimento, discutindo e propondo diretrizes para os dilemas éticos, cada vez mais frequentes na atualidade.

A relação médico e paciente com finalidade terapêutica é tão antiga quanto à história da medicina. Essa relação exige do médico muito conhecimento e habilidade. É essencial conhecer as ciências do comportamento, particularmente dos elementos delas que são relevantes para o exercício da medicina. Tendo como base os conhecimentos na atualidade, as características dessa interação podem ser entendidas com maior profundidade, tornando possível descrever, ensinar e aprender os princípios dessa relação. O médico deve ter muita ética para impedir, até onde for capaz, que seus preceitos perturbem a formação e o emprego da relação médico e paciente com fins terapêuticos (MARQUES FILHO, 2003).

Assim, o paciente deve ter confiança no médico, que, na consulta deve ser cuidadoso para que o laço se firme e se torne duradouro para que possa conduzir com ética o diagnóstico e o tratamento. É essencial também que o médico observe com cuidado se o paciente demonstra medo, se está ansioso na consulta; deve-se sempre preocupar com o conforto do paciente, a segurança e a autoestima (VIANNA; BEZERRA, 2010).

Diretivas antecipadas de vontade

As DAV certificam a vontade do paciente em falecer com dignidade quando é chegada a fase terminal de doença e frente aos grandes avanços na medicina, principalmente com o desenvolvimento de tratamentos que visam prolongar a vida. Diante desse tema, foi colocada a discussão sobre o direito do paciente em expor a sua vontade em relação à morte em situações de incapacidade (BOMTEMPO, 2010). Confirma-se, assim, a probabilidade de se construir um instrumento que consiste no interesse ou não do ser humano em se submeter a tratamentos médicos, o qual tenha legitimidade caso o paciente esteja sem capacidade de declarar a sua vontade. De acordo com Bomtempo (2010, p. 01),

As Diretivas Antecipadas, denominadas de *Advances Directives*, estão previstas na PSDA – *The Patient Self-Determination Act* ou Ato de Autodeterminação do Paciente, lei aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos que entrou em vigor a partir de 1º de dezembro de 1991. Esta lei reconhece a recusa do tratamento médico, reafirmando a autonomia do paciente, em que da sua entrada nos centros de saúde, serão registradas as objeções e opções de tratamento em caso de incapacidade superveniente do doente.

No Brasil, a Resolução 1995/12 do Conselho Federal de Medicina (CFM) incitou o interesse desse assunto polêmico, repercutindo na mídia opiniões pró e contra de médicos célebres sobre a pertinência da resolução (NUNES, 2014). O estudioso Nunes (2014, p. 242) afirma que,

Em vigor desde agosto de 2012, a Resolução 1995/12 estabelece os critérios para que qualquer pessoa possa definir junto ao seu médico quais os limites terapêuticos na fase terminal desde que maior de idade e plenamente consciente. A DAV é documento facultativo e poderá ser elaborado, modificado ou revogado em qualquer momento da vida.

Conforme a Resolução, o registro da DAV pode ser efetuado pelo médico na ficha médica ou no prontuário do paciente, desde que tenha autorização deste. Não exige assinaturas nem testemunhas, pois se entende que o médico em sua profissão tem fé pública e seus atos possuem efeito legal e jurídico. A Resolução diz ainda, de acordo com o Conselho Federal de Medicina (2012), que “o médico deixará de levar em consideração as DAV do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica”. As manifestações de vontade, diretivas antecipadas, são realizadas de três formas, segundo o Conselho Federal de Medicina (2012): *living will* – testamento em vida; o *durable power of attorney for health care* – poder duradouro do representante para cuidados com a saúde e o *advanced care medical directive* – diretiva do centro médico avançado.

Percebe-se que nos últimos vinte anos as diretivas antecipadas foram motivo de muitas publicações e discussões, principalmente no que diz respeito à falta de conhecimento sobre elas e sua legalidade, que não facilita as relações entre médico, paciente e família. A despeito do debate sobre a efetividade e os prós e contras de sua utilização, a credibilidade das DAV vem crescendo, sendo que nos EUA, atualmente, 70% de idosos realizaram uma DAV (NUNES, 2014).

Indiscutivelmente, a medicina deve atender humanamente o final da vida, não somente lutar contra a morte. Humanizar o morrer é uma questão básica que está submetida à DAV. O compromisso para desenvolver a cultura da responsabilidade pela própria condição de finitude deve caracterizar quem alcança enxergar que é mortal e não queira existir mediante a negação dessa verdade (BOMTEMPO, 2010). Observa-se que, estando saudável, o indivíduo não reflete sobre o fim de sua vida e só irá refletir

sobre o assunto quando for impossível evitar, geralmente quando estiver com doença terminal. Assim sendo, faz-se necessário criar uma cultura que enfrente o processo da morte e do morrer de forma construtiva.

As DAV ajudam o sujeito a refletir sobre na doença e na morte e a discutir com o médico e família sobre essas questões; manifestam como o indivíduo prefere que seja o processo de morrer e registram se autoriza participações clínicas como suporte de vida quando não há mais expectativas de cura. Dão, a saber, também sobre a vontade de receber cuidados e tratamentos que irão atenuar a dor e sintomas que não são agradáveis, destacando que nesse processo é essencial a comunicação entre as partes e que os profissionais de saúde dão informações e aconselhamentos adequados aos pacientes (BOMTEMPO, 2010). Nunes (2014, p.243) ressalta ainda que

A DAV não pode ser uma espécie de lista de aprovação ou recusa de determinados tratamentos que não respondem às reais necessidades do paciente. Embora não seja imprescindível, a pessoa pode também indicar um representante que, caso necessário, tomará as decisões por ela, baseando-se naquilo que sabe serem os seus desejos e expectativas.

É importante que a tomada de decisão seja compartilhada pelo profissional de saúde que dá o atendimento ao paciente, levando a qualidade do cuidado e seus resultados. A participação do paciente no tratamento leva a resultados satisfatórios, cuja base da manutenção da saúde de um doente é o cuidado, e o que mais contribui para isso é uma relação boa e confortável entre o médico e o paciente (NUNES, 2014). Fagerlin e Schneider (2004, p. 42) dizem que para elaborar com precisão a DAV o “sujeito tem que não somente ter informação adequada sobre a natureza da doença e seus tratamentos, mas também conhecer e entender as circunstâncias não previstas que poderão influenciar os futuros tratamentos e preferências do paciente”.

O imprevisível constitui elemento principal e inevitável do humano/vida social. O desafio é descrever diretivas antecipadas da vontade que levam em consideração a possibilidade de mudança nas respostas e uma forma seria rever o documento com frequência com o paciente, quando a

saúde piorar. Porém, decidir qual a frequência, ou qual o evento ou indicador que deveria estimular o retorno para essa discussão, não é tarefa fácil (NUNES, 2014).

Consciência médica frente à morte e ao atendimento às DAV

A morte é um acontecimento que está sempre presente no cotidiano das pessoas, entretanto, observa-se certa dificuldade, não apenas em aceitar, como manejar de modo adequado tal situação, sobretudo quando envolve uma criança e sua família. No que tange a essa questão, Poles e Bousso (2006, p. 01) ressaltam que

A morte é um fato inevitável, contudo, é difícil aceitar que aconteça precocemente, ou seja, nos primeiros anos de vida de uma pessoa. Então, lidar com a morte é uma questão difícil, muito pior para famílias, cuja pessoa, que tem a vida em risco, é uma criança, isso porque a morte é considerada um evento natural em uma idade mais avançada. Dessa forma, a morte de uma criança é uma situação que não pode sequer ser pensada pela família, pois o natural seria que os pais morressem antes das crianças, na perspectiva do ciclo vital.

Quando se refere à morte em sua forma biológica e racional, torna-se relativamente fácil diagnosticá-la como um acontecimento diário, que completa o ciclo da vida: nascer, crescer, envelhecer e morrer, contribuindo na continuidade da espécie (POLES; BOUSSO, 2004). Mas, quando ela sucede de maneira inesperada, não está privada de um contexto emocional, ao representar a quebra de um vínculo com alguém que se ama. Além de tudo, é uma ocasião em que é possível refletir a respeito de vários aspectos da pessoa e da existência humana (KOVÁCS, 2003).

Vivenciando a questão da morte qualquer indivíduo têm muitas dificuldades em lidar com doentes que estão à beira da morte. A morte é interpretada como uma interrupção de ciclo biológico, o que provoca na

equipe médica sentimentos de frustração, impotência, tristeza, dor, angústia e sofrimento. Por isto, os médicos devem ter preparo ético para saber lidar com desafios que surgirão no trabalho, em seu dia a dia.

Simoni e Santos (2003, p.03) ressaltam que “para a medicina, assim como para o senso comum, existem diferenças em cada tipo de morte: se é a morte de uma criança, ou de um adulto, ou de um idoso; se é uma morte súbita ou anunciada; qual o tipo de sofrimento antecedente.” Diante de tantas situações consideradas complexas ou por vezes extremas de serem enfrentadas, os médicos muitas vezes se afastam do paciente que está à beira da morte e de sua família, a fim de evitar danos pessoais durante o processo morte/morrer, por falta de preparo.

Conviver diariamente com o morrer faz com que os médicos encarem muitas vezes a morte com naturalidade, ou ainda, com certo indiferentismo e, dessa maneira, muitos tentam proteger-se. Acontece o isolamento de medos e angústias e assim o profissional recusa seus sentimentos por entender que o bom profissional, para Kuster e Bisogno (2010, p. 11),

É aquele que com o passar dos anos passa a aceitar a morte em suas ações profissionais e necessita de preparo para lidar com assuntos relacionados ao processo da morte, pois durante a graduação é enfatizada somente a cura. Nesse sentido, a morte acaba sendo uma ameaça à função de salvar vidas sempre. Muito embora os mecanismos usados pelos médicos visem somente a evitar prejuízos pessoais e psicológicos, estes com o passar dos anos podem fracassar diante de doenças estigmatizantes e o profissional acaba sofrendo com a situação e não sabe como lidar com a mesma.

Aos médicos cabe realizar as decisões, monitorar os sinais vitais, proceder às trocas necessárias (soros, sondas, roupas), além de ir ao leito quando chamados pelo paciente, esse último, muitas vezes em situação de extremo sofrimento e dor. É nesse profissional que, geralmente, é descarregada toda a raiva e tristeza; é ele quem acompanha a trajetória dos pacientes e sofre as consequências da revolta deles.

De acordo com Nunes (2010), o trabalho dos médicos é examinar o paciente de maneira holística, ou seja, analisá-lo de forma global, sobretudo com um enfoque biopsicossocial. Esses profissionais estão sujeitos a ameaças que a situação de crises os coloca. Nesse caso, não são vulneráveis a crises apenas paciente e família, mas também os profissionais de saúde envolvidos, afinal cada membro é também um ser humano, também tem sentimentos, sente dor e sofre, assim como outras partes envolvidas. Com isso é necessário um equilíbrio emocional e uma boa interação na equipe para que o atendimento para família e paciente seja adequado e de boa qualidade e que possa ser reestruturado diante da fase crítica do paciente.

Para conscientizar os pacientes sobre a DAV, frente às questões de enfrentamento da morte durante todo o seu processo, é imprescindível afirmar que existe a necessidade de um maior envolvimento e esclarecimento diante da temática, de forma aberta e não mascarada com espaços reais de discussão no ambiente de trabalho para que sejam evitados prejuízos aos profissionais de medicina e na atenção dos seus pacientes e familiares. Os médicos devem sempre ter uma boa comunicação e um trabalho mais sistematizado para que a família aceite melhor a doença e posteriormente a morte; e não somente a família, mas também o paciente precisa sentir nos enfermeiros certa segurança e acima de tudo receber um cuidado humanizado e ter um bom diálogo.

A partir do momento em que os médicos tiverem atitudes que facilitem o processo da morte, é possível amenizar o sofrimento tanto dos que ficam quanto daqueles que estão prestes a morrer, pois a morte é uma fase da vida, um ciclo natural. O vínculo entre o paciente e o médico é muito importante e o profissional deve falar a verdade e não omitir informações a respeito do estado de saúde do paciente à sua família. Essa é melhor forma de obter o respeito mútuo e de confiança entre a equipe que está atendendo aquela pessoa e seus familiares. Não se deve tratar o doente como um ser incapaz de tomar decisões a respeito do seu estado de saúde e do que ele gostaria que fosse feito por ele.

Kuster e Bisogno (2010, p. 10) dizem que “atitudes de zelo, cuidado, olhar atento, é imprescindível por parte do médico para que possa

acompanhar os enfermos em sua decisão, ouvindo-os, esclarecendo-lhes dúvidas e principalmente sabendo respeitá-los”. Dar atenção, cuidar de doentes em fase terminal vai muito além de realizar os procedimentos necessários, pois requer também a humanização, pois todos os pacientes têm que ser tratados com carinho, respeito, dignidade e sem distinção de raça, cor, sexo, situação socioeconômica e religião. Por isso é muito importante que os médicos tenham um maior convívio com os pacientes terminais, pois precisam passar confiança, segurança e ter muito diálogo com o paciente, já que esse momento é bastante complicado e requer muito cuidado e preparo. É válido lembrar que cada paciente é diferente do outro, pois cada um tem seu jeito de ser e um grau maior ou menor para suportar as dores e dificuldades (KUSTER; BISOGNO, 2010).

Existem critérios para manifestar as DAV. Pode fazê-lo qualquer pessoa com idade igual ou maior a 18 anos ou que esteja emancipada judicialmente. O interessado deve estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, lúcido e responsável por seus atos perante a Justiça. Menores de idade, que estejam casados civilmente, podem fazer testamento vital, pois o casamento os emancipa automaticamente. Crianças e adolescentes não estão autorizados e nem seus pais podem fazê-lo em nome de seus filhos. Nestes casos, a vida e o bem-estar deles permanecem sob a responsabilidade do Estado (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

No texto, o objetivo deverá ser referido pelo médico, de modo detalhado, que o paciente está lúcido, consciente de seus atos e entende a decisão tomada. Também dará o limite da ação terapêutica estabelecido pelo paciente. Neste registro, se considerar necessário, o paciente poderá nomear um representante legal para garantir o cumprimento de seu desejo (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). Se o paciente manifestar interesse poderá registrar sua diretiva antecipada de vontade também em cartório. Entretanto, este documento não será exigido pelo médico de sua confiança para cumprir sua vontade. O registro no prontuário será suficiente. Independentemente da forma, se em cartório ou no prontuário, essa vontade não poderá ser contestada por familiares. O único que pode alterá-la é o próprio paciente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). Diante das DAV, o Código de Ética Médica, em vigor desde abril de 2010, cita:

É vedado ao médico abreviar a vida, ainda que a pedido do paciente ou de seu representante legal (eutanásia). Mas, atento ao compromisso humanitário e ético, prevê que nos casos de doença incurável, de situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico pode oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis e apropriados (ortotanásia).

O Código de Ética Médica orienta que o profissional atenda à vontade expressa do paciente, sem lançar mão de ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas. O médico deixará de levar em consideração as DAV do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica, aponta a resolução do Conselho Federal de Medicina (2012). No Brasil, em 2011, foi realizado um estudo pela Universidade do Oeste de Santa Catarina e verificado um alto índice de adesão à possibilidade de cada pessoa estabelecer sua diretiva antecipada de vontade. Após ouvir médicos, advogados e estudantes verificou-se que 61% dos entrevistados levariam em consideração o desejo expresso pelos pacientes (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Pesquisas realizadas no exterior apontam que, em outros países, aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas dos pacientes no momento em que estes se encontram incapazes para participar da decisão. A compreensão da sociedade e dos profissionais, no entendimento do Conselho Federal de Medicina (2016), no que concerne às descobertas e equipamentos, devem proporcionar melhoria das condições de vida e de saúde do paciente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012). D'Avilla (2010, p. 01) ressalta:

Essas novidades não podem ser entendidas como um fim em si mesmo. A tecnologia não se justifica quando é usada apenas para prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano, também entendida como o direito a ter uma morte digna.

O médico deve registrar no prontuário as DAV que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. Pode ser cancelada a DAV desde que

o paciente esteja lúcido para fazer isto. Portanto, deve procurar o médico para manifestar esta mudança, bem como alterar no cartório, caso seja registrado. Conforme o Conselho Federal de Medicina (2012),

As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Por fim, não conhecendo as DAV do paciente, nem existindo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico deve recorrer ao Comitê de Bioética da instituição, caso haja; na falta deste, recorre à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para expor sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender que esta medida é necessária e conveniente.

Considerações finais

Sabe-se que a morte é a finitude da vida, com ausência dos sinais vitais e comandos cerebrais, com cessão definitiva e absoluta das atividades biológicas do organismo. A morte é o final da vida, e o enfrentamento depende das crenças pessoais, valores culturais e sociais.

O enfrentamento do doente e dos familiares em relação ao processo de morte depende das circunstâncias envolvidas no processo, mas apesar de suas dificuldades nesse enfrentamento tudo indica que a utilização das DAV será cada vez maior, o que faz com que o foco do debate se desloque para seu uso de maneira efetiva.

Deve haver um preparo dos profissionais da saúde, especialmente dos médicos sobre doentes terminais e morte. Eles devem ter um diálogo aberto com paciente e seus familiares, de modo que os levem a refletirem a realidade, suas necessidades, crenças, valores, metas e preferências de cuidado.

A despeito da Resolução CFM 1995/12, destaca-se a necessidade do Brasil em aprender com as experiências de outros países para a certificação de uma legislação que incentive relacionamentos positivos e bem informados entre a equipe médica e seus pacientes a respeito de suas preferências por cuidados ao final de vida, ou seja, pelas DAV.

Nesse processo, entende-se que é importante que as DAV sejam repassadas e compreendidas para que possam corroborar para a qualidade do cuidado médico a se prestar ao paciente no final da vida, e que sejam de fato usadas a serviço da autonomia possível dos pacientes em seu processo de morte. Para que isso aconteça de forma positiva, urge a realização de estudos no Brasil que venham esclarecer os vários pontos de vista desse tema complexo, de maneira a colaborar para uma proposta mais ampla de instituir uma cultura que enfrente o processo da morte e do morrer de forma mais construtiva, e a morte digna não seja somente um conceito, mas se torne uma realidade.

Referências

- ANDOLFI, M. **A linguagem do encontro terapêutico**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.
- BOMTEMPO, T. V. **O dever de informar na relação médico-paciente inserido no código de defesa do consumidor**. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13169&revista_caderno=10. Acesso em: 25 de agosto de 2016.
- BULLOUGH, V. L. **The development of medicine as a profession**. Basel, S.Karger, 1966.
- CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA – CEM. **Novo Código**. 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **A Resolução 1.995, do Conselho Federal de Medicina** (CFM). 2012. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida. Acesso em: 23 de agosto de 2016.
- D'AVILLA, R. **Diretivas antecipadas de vontade**. 2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2016.
- FAGERLIN A, SCHNEIDER CE. **Enough: the failure of the living will**. Hastings Cent Rep. 2004;34 (2):30- 42.
- FERRARI, D. **Pensador. Frases**. 2016. Disponível em: http://pensador.uol.com.br/autor/douglas_ferrari/. Acesso em: 25 de agosto de 2016.
- HANNA, S. A.; ARRUDA, F. F.; ABRE, C. E. C. V.; CORREA, S. M.; SILVA, J. L. F. **Médico onipotente tanatolítico: um status a ser analisado**. Diagn Tratamento. 2011; 16(2): 95-6. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2011/v16n2/a2068.pdf>. Acesso em: 21 de agosto de 2016.
- KOVÁCS, M. J. **Educação para a Morte. Temas e Reflexões**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.
- KUSTER, D. K.; BISOGNO, S. B. C. **A percepção do enfermeiro diante da morte dos pacientes**. Disc. Scientia Série: Ciências da Saúde. Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 9-24, 2010.
- MAJOR, R. H. **A history of medicine**. Oxford, Blackwell Scientific Publications, 1954.
- MARQUES FILHO, J. **Relacionamento médico-paciente**. Rev. Bras. Reumatol. v. 43, n. 4. São Paulo. July/Aug. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?> Acesso em: 21 de agosto de 2016.
- NUNES, M. I.; ANJOS, M. F. **Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites**. Rev. bioét. (Impr.). 2014; 22 (2): 241-51. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/06.pdf>. Acesso em: 21 de agosto de 2016.
- POLES, K.; BOUSSO, R. S. **Compartilhando o processo de morte com a família: a experiência da enfermeira na UTI pediátrica**. Rev. Latino-am Enfermagem, março-abril, 2006.
- REZENDE, J. M. **À sombra do plátano: crônicas de história da medicina**. São Paulo: Unifesp, 2009.
- SANTOS FILHO, L. **História geral da medicina brasileira**. São Paulo, Hucitec/Edusp, 1991.
- SIMONI, M.; SANTOS, M. L. **Considerações sobre cuidado paliativo e trabalho hospitalar: uma abordagem plural sobre o processo de trabalho de enfermagem**. Psicol. USP, v.14, n. 2. São Paulo, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000200009. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

SOAR FILHO, E. J. **A interação médico-cliente.** Rev. Assoc. Med. Bras. Mar., 1998, v. 44, n. 1, p. 35-42.

VIANNA, L. G.; BEZERRA, C. **Relação médico-paciente idoso: desafios e perspectivas.** Rev. bras. educ. med. 2010, v. 34, n.1. pp. 150-159.

8

Medicina e direito: importante diálogo para a proteção da vida e da saúde

Gabriela Coutinho Chequer Cabral

Juçara Gonçalves Lima Bedim

Rogério Boechat Chequer

Considerações iniciais

O direito à saúde, proclamado na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em 1948, constituiu-se uma referência significativa para a dignidade da vida humana. No Brasil, gerado no seio do movimento social brasileiro pela democratização, com sustentação jurídica na Constituição de 1988, representou uma grande conquista, um marco histórico na construção da cidadania brasileira, considerando-se que a formação da nossa sociedade perpassou longos períodos de escravidão, regimes políticos alternados por ditadura, entre outros percalços. No panorama da saúde, dentre os inúmeros temas que permeiam o palco dessa discussão, ressalta-se a integração entre as áreas da Medicina e do Direito, cujo diálogo tem como perspectiva assegurar a dignidade dos atores sociais e a valorização dos seus direitos no que tange à promoção da saúde, numa perspectiva mais justa e mais igualitária.

A Medicina e o Direito constituem-se saberes dos quais emanam benefícios à humanidade. Nesse pressuposto, o presente capítulo tem por objetivo tecer reflexões sobre a importância do entrelaçamento e da comunicação entre essas ciências para promoção da vida com qualidade e, igualmente, sobre como a atuação dialógica entre esses saberes pode contribuir para a tutela da vida e da saúde.

O estudo se justifica pela proposta de (re)pensar a necessidade atual da Medicina, aliando-se ao Direito, em promover atendimento, ensino, pesquisa e assistência que não seja meramente técnica e pautada em fins econômicos, nem distanciada de um atendimento de caráter integral, defendendo-se a aplicação

de valores sociais previstos nos direitos humanos, com justiça e fidedignidade, prodigalizando o bem-estar de toda a coletividade.

Quanto à metodologia, por sua própria natureza, é de cunho qualitativo, alicerçado na pesquisa bibliográfica, com levantamento seletivo e não sistemático da literatura concernente ao objeto do estudo. Para a realização do levantamento bibliográfico foram consultados livros técnicos, artigos científicos, periódicos, resumos publicados em congressos científicos. Os artigos foram rastreados (por meio de leitura crítica e reflexiva) em bases de dados em plataformas como: Google Acadêmico, Scielo, Bireme, LILACS, os quais foram analisados individualmente, classificados por relevância, sendo incluídos aqueles a critério dos pesquisadores do presente estudo, com base no assunto e tipo de estudo empregado. Para tanto, foram utilizados descritores como, Medicina, Direito, direitos humanos, Bioética, interdisciplinaridade, transdisciplinaridade.

Humanização do Direito

Os fatos históricos descrevem o passado da humanidade e ajudam a planejar um futuro que possibilite uma vida digna aos seres humanos. Algumas décadas atrás, a vida humana foi colocada à prova na Primeira e Segunda Guerras Mundiais, sendo evidenciado que a tecnologia, já mais avançada, na Segunda Guerra teve proporções e efeitos em um grau elevado. As crueldades cometidas foram vistas como uma falta de consideração à vida humana, mesmo em se tratando de um estado de guerra.

Em um âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou uma subdivisão: a Declaração Universal Dos Direitos Humanos (DUDH), que teve início em 1946, sendo sua primeira etapa concluída em 1948. Foi criada com o objetivo primordial de proteger os direitos considerados essenciais à vida humana – uma vida digna. Desde sua fundação, a DUDH tem sido traduzida em várias línguas e seguida por muitos países, pois tem um propósito claro de tratar as pessoas de forma igual independente da sua forma física, classe social ou etnia (RODRIGUES, 2016).

A Constituição Brasileira, através da carta política de 1988, descreve e garante o direito de todos os cidadãos, incluindo os estrangeiros residentes no Brasil a uma qualidade de vida boa, digna, e tratamento de qualidade à saúde, como reza o Art. 196:

Art. 196: a saúde é um direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Todavia, a realidade vivenciada por muitos é bem diferente da descrita na lei. Portanto, em um mundo capitalista onde o dinheiro e os bens materiais representam grande parte da cultura existencial, os brasileiros enfrentam graves problemas nos hospitais, como atendimento rápido e, muitas vezes, ineficaz, ou seja: recursos tecnológicos que não funcionam por falta de manutenção, falta de medicamentos básicos, falta de leitos para os enfermos, dentre outros.

A tecnologia é uma ferramenta poderosa que os médicos têm para fazer um diagnóstico preciso e ajudar em grande parte dos tratamentos realizados, porém os hospitais têm exagerado no uso da tecnologia, em virtude de o retorno financeiro ser maior do que o recurso humano. Sendo assim, com o avanço da tecnologia, tornou-se mais fácil realizar muitos procedimentos, contudo por serem mais onerosos, concorrem para que surjam críticas alegando-se a desumanização da medicina.

Tendo em vista que a grande maioria da população brasileira não tem como arcar com custos altos do setor médico privado, tem-se o recurso do Sistema Único de Saúde (SUS) que provê medicamentos e tratamentos às parcelas mais carentes da população, em alguns casos nem mesmo o SUS se nega a pagar por tratamentos ou remédios que são muito caros. Em busca de se fazer valer a lei CF, art. 196, anteriormente citado, a jurisprudência aparece, constituindo-se num termo de decisão judicial usada para garantir que a teoria se operacionalize na prática; por conseguinte, contribuindo para uma melhor qualidade de vida da população.

O direito humanista vem com intuito de garantir a qualidade de vida à população no tocante às questões médico-hospitalares, condições de tráfego, segurança pública, ausência de efeitos colaterais dos remédios de uso contínuo e a realização profissional, bem como de usufruir do lazer e ter cultura e educação. O Brasil vive, hoje, uma época de reestruturação política, cultural e social, buscando eliminar a corrupção, colocando em foco uma medicina humanista, procurando resgatar a virtude e a honra descrita em nossa Constituição.

Interdisciplinaridade e transdisciplinaridade: Direito e Medicina na tutela da vida e da saúde

Ao adentrar o assunto a ser abordado neste tópico, mister se faz trazer à baila os conceitos de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade, para melhor entendimento do entrelace dos campos da Medicina e do Direito – disciplinas cuja magnitude se exalta na luta pela vida, pelo direito à saúde, como bens primordiais da dignidade humana. E, dessa forma, refletir criticamente sobre o quanto esses campos do conhecimento interligados podem proporcionar proteção à vida humana.

No bojo dessa questão, os referidos termos envolvem uma polissemia, provavelmente, por serem muitos os determinantes e as aplicações existentes em torno dos conceitos em tela, encontrando várias definições nos diversos estudiosos do assunto, tanto no que tange a semelhanças quanto a divergências. O que esses termos têm em comum é o fato de serem norteados por procedimentos flexíveis e atuais, propiciando transformações profundas na “reformulação” do próprio pensamento.

Interdisciplinaridade refere-se a uma espécie de integração entre as disciplinas ou áreas do saber, como aponta Fazenda (2008), vindo substituir a visão fragmentada do conhecimento – instalada pelo positivismo de Augusto Comte, cujas ideias valorizavam as ciências consideradas formas por excelência do conhecimento humano – para estabelecer uma integração das disciplinas, ou seja, todo conhecimento mantém um diálogo permanente com outros saberes, os quais podem ser de questionamento, de confirmação,

de complementação, de negação ou de ampliação. E a estudiosa supracitada chama atenção para o fato de que a interdisciplinaridade supõe um eixo integrador que pode ser objeto de conhecimento, um projeto de investigação, um plano de intervenção.

Posto isso, a interação entre as disciplinas pode originar transferência de preceitos de uma disciplina para a outra, resultando, em alguns casos, novas disciplinas, como a Bioquímica ou a Psicolinguística, por exemplo (ZABALA, 1998 *apud* SOMMERMAN, 2005); podendo-se apontar, no contexto deste estudo, a Bioética. Ou, como propõe Japiassu (1976, *apud* SOMMERMAN, 2005) – pioneiro de produções significativas sobre o tema no Brasil – interdisciplinaridade constitui-se um método de pesquisa através do qual duas ou mais disciplinas interagem entre si e cuja interação pode implicar desde a simples comunicação de ideias até a integração recíproca de conceitos epistemológicos e metodológicos.

Nesse contexto, Fazenda (2008, p. 26) aponta que Japiassu, em seu estudo, “Interdisciplinaridade e Patologia do Saber”, “coloca como condição para efetivação dessa metodologia interdisciplinar uma nova espécie de cientista, o interdisciplinar”, cuja formação demandaria uma “formação própria de capacitação, aquela que o torne participante do nascimento de uma ‘nova consciência’ [...]” (FAZENDA, 2008, p. 26). E, essa estudiosa, ao desenvolver suas pesquisas sobre interdisciplinaridade, ressalta que pôde verificar em seus registros o quanto as conclusões de Japiassu foram procedentes, apesar de algumas críticas, embora esparsas, que tenham sido feitas à sua metodologia, na época.

No tocante à transdisciplinaridade, é um termo criado por Jean Piaget durante um encontro realizado, em 1970, pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico de Países (OCDE), em Nice (França), cujo mote era discutir sobre interdisciplinaridade. Nesse acontecimento, Piaget elucidou que havia uma etapa superior que iria além dos trabalhos interdisciplinares, nos quais as interações e os compartilhamentos entre os saberes transcenderiam as fronteiras disciplinares. Nesse sentido, como evidencia Furtado (2007, p. 242), para alguns estudiosos, dentre eles Fazenda, “esse termo seria um horizonte inalcançável, tendo como função o direcionamento

do caminho, tensionando os esforços em busca de modos de entrosamentos mais profundos entre campos disciplinares”. E, ainda nesse contexto, de acordo com Silva (2006 *apud* FURTADO, 2007), outros estudiosos veem a transdisciplinaridade como a única forma de interação entre as áreas do conhecimento, bem como a mais eficaz para sobrepujar as limitações confrontadas na interdisciplinaridade. Por conseguinte, este conceito tem como cerne a transcendência da integração das relações interdisciplinares; e, por resultar no desaparecimento das fronteiras entre as disciplinas, suscita a investigação de pontos de vista interativos, instituindo espaços que as façam sair de sua unidade, logicamente, respeitando as diferenças, em busca de novas concepções nos mais variados campos do saber; donde, com respaldo nos autores revisitados, pode-se depreender que a transdisciplinaridade é multirreferencial e multidimensional, a qual, por sua vez, é constituída por marcadores do conhecimento, da sociodiversidade cultural, que respeita, que suscita a criatividade e a construção dos saberes contextualizados. Para tanto, necessária é a tolerância, ou seja, o (re)conhecimento “do direito às ideias contrárias às nossas” (Carta da Transdisciplinaridade, I CONGRESSO MUNDIAL DE TRANSDISCIPLINARIDADE, 1994). [O I Congresso Mundial da Transdisciplinaridade foi organizado pelo CIRET (Centro Internacional de Pesquisas e Estudos Transdisciplinares, sediado em Paris) com a parceria da UNESCO, em Arrábida (Portugal), de 2 a 6 de novembro de 1994, produziu um documento chamado *Carta da Transdisciplinaridade*, que foi assinado por 62 participantes, de 14 países.]

Nos meandros dessas concepções de cunho filosófico, ressaltam-se os princípios éticos do Direito e da Medicina como proposta de um diálogo inter- e transdisciplinar na tutela da vida e da saúde, posto que, como já elucidado, o direito à vida está acima de tudo e, neste argumento, a “dignidade humana e o direito à saúde são essenciais a todo e qualquer ser humano, não importa onde se encontre” (RODRIGUES, 2016, p. 255).

Os avanços científicos e tecnológicos têm propiciado o desenvolvimento de estudos interdisciplinares que abarcam a Medicina, a Biologia, o Direito e a Ética. Nesse panorama, sobressai-se a Bioética – uma área do conhecimento em evolução contínua, justamente, em consonância com o percurso permanente dos progressos que marcam a sociedade contemporânea.

E, nesse contexto, no referencial da inter- e da transdisciplinaridade, chama-se atenção para a importância da Bioética, disciplina esta que é comum a ambas ciências, convergindo para proteção dos bens jurídicos, vida e saúde. Como elucida Boechat Cabral (2011, p. 94):

ambas são corresponsáveis pela efetividade da tutela dos direitos existenciais [...] que se prestam à garantia de determinado direito ou bem jurídico de natureza diversa, protegido pelo ordenamento jurídico, quer pela Constituição, quer por outras estruturas legislativas.

De fato, os progressos nos terrenos da Biologia e da Medicina têm causado repercussões no cenário jurídico, ecoando também na sociedade, em cujo contexto a doença, as famílias dos indivíduos doentes, os comitês de ética e as decisões jurídicas passam a ter grande expressividade, os quais, por conseguinte, apontam o caráter pragmático da Bioética como disciplina resolutive para a compreensão dos direitos fundamentais dos indivíduos, como a defesa, a garantia e a dignidade da vida humana.

A Bioética agrega um conjunto de práticas e pesquisas interdisciplinares, visando buscar respostas para questões éticas surgidas mediante os avanços da tecnologia no campo das ciências biomédicas. Segundo definição da *Encyclopedia of Bioethics* (apud VIEIRA, 2000), a Bioética constitui-se um estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências biológicas e da atenção à saúde. Nessa conjuntura, a conduta do homem é avaliada à luz de valores e princípios morais, emanando, então, um conceito mais complexo que o da Ética Médica, não só tratando da vida humana, mas, igualmente, da flora e da fauna. Por conseguinte, a Bioética vai além da área biomédica, incorporando disciplinas como Direito, Biologia, Psicologia, Antropologia, Sociologia, Teologia, Filosofia, entre outras.

Deduz-se, assim, a possibilidade de apontar a Bioética como um campo transdisciplinar; e, no tocante ao diálogo entre Medicina e Direito, contemplá-la como área de suma importância para a tutela da vida e da saúde, priorizando-se a proteção do ser humano, colocando-o acima das corporações biomédicas, pressupondo-se que o mote da Ciência seja a subsistência e não uma ameaça à vida humana.

Reflexos no contínuo processo da humanização da medicina e adoção das diretivas antecipadas de vontade

A Medicina é uma ciência que constantemente passa por transformações, sendo possível, com o decorrer do tempo, perceber uma dessas mudanças através do reflexo da relação médico-paciente. Os profissionais da área de saúde, sobretudo médicos, passam por um exaustivo treinamento para salvar vidas, gerando neste tipo de profissional uma grande responsabilidade e criando assim uma cultura massificada em que perder um paciente, muitas vezes, pode ser sinônimo de frustração. Para entender um pouco mais da humanização da medicina, primeiramente, é preciso compreender que a morte é um processo natural e que todos inevitavelmente passarão por ela. O papel do médico é adiar, prevenindo que esse momento ocorra antecipadamente. Com o advento de novas tecnologias sendo inseridas no ambiente médico, a possibilidade de cura aumentou, mas junto a ela cresceu também uma incansável vontade de curar a qualquer custo, prolongando assim o evento morte, tornando esse momento, muitas vezes, mais doloroso do que realmente deveria ser.

E é nesse contexto que a dignidade da pessoa humana vem ganhando importante papel e ascensão nos últimos anos, pois se tornou um garantidor permanente da vida digna, e através de sua compreensão é possível promover o processo de humanização. Dessa forma, para que isso fosse viável e se tornasse real, os direitos humanos foram parte fundamental; e, por meio desses direitos é viabilizada a preservação da dignidade. Conforme Grubba,

Aquilo que entendemos atualmente por Direitos Humanos é uma construção cultural cujo início da produção data do século XV, e que surgiu como forma de reação a um contexto específico de relações humanas, a que predominou na Europa-ocidental (GRUBBA, 2011, p.17).

A dignidade da pessoa humana tornou-se um bem jurídico em nível supremo, carregando consigo a responsabilidade de proteger e preservar os demais direitos que emanam dela, indo além de um simples princípio, consagrando-se como um valor. Entende-se que tal direito é contemplado

a todos os indivíduos pelo simples fato de serem humanos, e isso os faz detentores destes recursos, que os tornam iguais perante a lei, apesar da individualidade. Ainda sobre a dignidade, ela é compreendida como um conjunto de direitos existenciais em que cada indivíduo pode gozar de suas atribuições de forma igualitária. O conceito de dignidade está baseado em alguns fundamentos filosóficos, sendo um desses pilares o exercício à liberdade. Desta forma, é oferecida ao paciente a possibilidade de escolha de seu tratamento e todos os procedimentos pelo qual irá passar. Daí a importância de o médico informar com clareza e garantir que seja compreendida, por parte da pessoa que sofrerá o procedimento, a forma como ocorrerá, estando ela em pleno uso de sua faculdade mental. Essa nova prática torna a relação entre médico e o próprio paciente mais cooperativa, além de suscitar a tão desejada “medicina humanizada”, por meio da qual o profissional escuta o desejo do paciente e, na medida do possível, faz-se cumprir. A preservação da dignidade da pessoa humana é o caminho para se alcançar a completa humanização da medicina. Sendo assim, torna-se necessário suscitar nos profissionais a conscientização para que isso possa ocorrer com frequência, inserindo-se futuramente como valor cultural consagrado. A humanização no ambiente hospitalar deve partir do princípio de que cada paciente necessita continuar vivendo como ser humano; ou seja, deve levar em consideração seus valores de referência, solicitando ao máximo o conjunto de suas possibilidades de funcionamento, não somente as fisiológicas, mas igualmente as mentais. Deve evitar que o paciente seja desorganizado pela angústia e submergido por suas reações emocionais e facilitar seu acesso à palavra é a possibilidade de unir e de simbolizar seus afetos (JEAMMET e CONSOLI, 2000 *apud* MOTA, MARTINS, VÉRAS, 2006).

Como instrumento facilitador e promovedor do processo que preciniza a vontade do paciente e a preservação de sua dignidade no fim da vida, surgiram as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) que consistem em um documento feito por pessoa capaz, lúcida, descrevendo os procedimentos pelos quais possivelmente poderá submeter-se caso haja a necessidade de intervenção médica futuramente, podendo também abdicar daqueles que são tidos como indesejáveis pelo enfermo. Esse documento

tem validade no momento em que a pessoa estiver limitada de fazer sua própria escolha, seja por doença incapacitante ou por qualquer outro motivo. De acordo com o artigo 1º da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.1995/2012, entende-se por DAV:

Art.1º [...] conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Esse documento dispõe de dois subtipos que o compõem, isto é, o mandato duradouro e o testamento vital. O primeiro compreende-se pela nomeação de uma pessoa para a qual será transferido o poder de escolha, tomando decisões pelo paciente no momento em que este não puder mais fazer, considerando assim a melhor opção de tratamento em sua visão. Já o testamento vital é feito pela própria pessoa, onde é declarada sua vontade em relação à situação de terminalidade de vida. Dessa maneira, o paciente pode prevenir que não seja submetido a determinadas intervenções médicas, abrindo mão de tratamentos considerados extraordinários. À união desses dois documentos, dá-se o nome de DAV, onde o paciente manifesta o seu desejo o qual é executado por uma pessoa nomeada, garantindo o seu cumprimento e exercendo o papel de um procurador. Em suma, as DAV são um instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente.

Nesse viés, o documento torna-se uma poderosa forma de estreitar os laços de relacionamento entre médico e paciente. As diretivas compreendem-se pela maneira pela qual todo ideal de preservação da dignidade da pessoa humana deixa de ser apenas uma teoria e se torna prática, materializando-se. Através dessa medida, os profissionais passaram a desenvolver maior sensibilidade para perceber e entender os sentimentos da pessoa que está vivendo um momento de complicação ou terminalidade. Isso gerou um olhar e uma escuta mais apurada, tornando assim essa relação mais próxima e humanizada, tirando o médico do papel de “tomador” único de decisões e compartilhando assim a situação com a parte mais interessada: o paciente. Esse contato, além de aproximar ambas as

partes, na maioria das vezes, também tem um caráter de envolvimento familiar, proporcionando um sentimento de proteção e segurança à pessoa envolvida. Lutar pela vida é dever e dom do médico, porém é preciso ter a mesma sensibilidade para saber o momento adequado para permitir que o outro vá, cumprindo assim o ciclo natural da vida. Salvar vidas a todo custo nunca foi nem será a prioridade e o papel do médico, nem mesmo com as inovações tecnológicas sendo usadas a favor da medicina. Outra característica observada na relação na qual são adotadas as diretivas é a forma como cada paciente é tratado exclusivamente, tornando-se mais específico, retirando-o do contexto genérico e inserindo-o em cenário personalizado para respeitar sua vontade. Cada paciente é único, e entender isso é o que faz toda diferença no processo da humanização. E, nessa visão, cabe ressaltar o clamor de Exupéry (*apud* BOECHAT CABRAL, 2011, p. 28) ao conclamar o fato de que

Cada um que passa em nossa vida, passa sozinho, pois cada pessoa é única e nenhuma substitui outra. Cada um que passa em nossa vida, passa sozinho, mas não vai só nem nos deixa sós. Leva um pouco de nós mesmos, deixa um pouco de si mesmo. Há os que não levam muito, mas não há os que não levam nada. Essa é a maior responsabilidade de nossa vida, e a prova de que duas almas não se encontram ao acaso.

Com base nos aspectos apresentados nas reflexões aqui tecidas, pode-se perceber que o processo de humanização da Medicina está envolvido em um contexto longo e gradativo que se torna mais próximo do modelo que realmente deveria ser através da preservação da dignidade da pessoa humana, mantendo assim a autonomia e a vivacidade do paciente quando essas já não se fazem de forma tão presente mais. As DAV foram o meio pelo qual foi possível concretizar legalmente o anseio do paciente em questão, constituindo-se por uma busca constante e incansável de uma Medicina mais sensível, próxima do paciente e da família

Dessa forma, a medicina acompanha as transformações sofridas pelo homem ao longo dos anos e, de maneira apropriada, ajusta-se para encaixar-se em seu perfil, pois esse processo é contínuo, nunca acaba, encontra-

-se sempre em constante metamorfose, sendo aperfeiçoado, para que cada vez mais seja possível “tocar a alma” do paciente em uma posição de ser humano para ser humano, estando ambos de igual para igual.

Considerações finais

Na trilha das proposições abordadas nos tópicos acima (de modo sucinto, porém esclarecedoras), pode-se observar que convergem para o mesmo ponto: a preservação da vida e da saúde, sendo o paciente o principal motivador para a busca intensa da melhoria da Medicina que, como instrumento para tal, entrelaça-se aos referenciais do Direito em busca da defesa da vida e da preservação da dignidade da pessoa humana. Conceito esse, mais reconhecido atualmente, que teve seu auge após a Segunda Guerra Mundial e que suscitou a Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual funcionou como uma primeira tentativa para assegurar tais direitos e tem perdurado ao longo do tempo por sua eficácia, sofrendo apenas algumas modificações para aparar arestas e (re)significá-la. Como o ser humano não é um ser setorizado, mister se faz fundir conhecimentos de áreas diversificadas para alcançar o resultado almejado. Em tal contexto, a interdisciplinaridade funciona como uma ponte entre as duas ciências – Medicina e Direito – criando a possibilidade de unir conhecimentos médicos, éticos e legais nos meandros da Bioética, assim, ampliando o alcance de sua atuação na proteção da vida e da saúde. Enfoca-se, ainda, nesse enunciado, a pretensão de assinalar o valor positivo das evidências médicas como possibilidade de aprimoramento do direito à saúde. De fato, as reflexões inter- e transdisciplinares são importantes e fundamentais para a tomada de decisões em ambas as áreas, cujos resultados destinam-se exclusivamente ao cuidado e à proteção dos seres humanos.

Como consequência desse processo, surgiram as DAV – poderosa ferramenta que tanto viabilizou que o desejo do paciente prevalecesse, como também respaldou juridicamente o profissional médico, que se encontrava vulnerável sem esse documento, pois, em algumas situações, a conduta dele pode ir de encontro ao seu juramento, que preconiza a vida sobre todas as

coisas, não compreendendo, por vezes, que se faz necessário não interferir no processo natural da vida, fechando o ciclo de maneira honrosa. Por conseguinte, pode-se perceber uma mudança no comportamento do médico que vem perdendo o medo de ceder ao paciente a autonomia de também interferir em seu tratamento e escolher a conduta que lhe é mais desejável.

Neste postulado legal consagram-se valores que garantem os direitos do ser humano como pessoa detentora de vida digna, saúde e preservação de quesitos conceituados universalmente que se entrelaçam para conseguir alcançar a tão desejada preservação da pessoa humana, em suas variadas esferas sociais.

Referências

- BOECHAT CABRAL, Hildeliza L. Tinoco. **Consentimento informado no exercício da Medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar. Itaperuna: Hoffmann, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1995/2012. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012.
- FAZENDA, Ivani. **Interdisciplinaridade**: história, teoria e pesquisa, 15. ed. Campinas: Papirus, 2008.
- FURTADO, Juarez Pereira, Equipes de referência: arranjo institucional para potencializar a colaboração entre disciplinas e profissões. **Interface – Comunic., Saúde, Educ.**, v. 11, n. 22, p. 239-245, mai./ago. 2007. [links]
- GRUBBA, Leilane Serratine. **O discurso dos direitos humanos para a humanização**: uma análise da concepção tradicional dos direitos humanos à luz da Teoria da Reinvenção de Herrera Flores. Florianópolis, 2011. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Universidade de Santa Catarina. [links]
- MOTA, Roberto Araújo; MARTINS, Cileide G. de Melo; VÉRAS, Renata Meira. Papel dos profissionais de saúde na política de humanização hospitalar. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 11, n. 2, p. 323-339, mai./ago. 2006. [links]
- RODRIGUES, Victor Martins Ramos. Saúde pública e direitos humanos no Brasil: perspectivas. In: BOECHAT CABRAL, Hildeliza L. Tinoco; ZAGANELLI, Margareth Vets (Orgs.). **Mistanásia**: a “morte miserável”. Campos dos Goitacazes: Brasil multicultural, 2016. p. 254-261.
- SOMMERMANN, Américo. **A Inter e a Transdisciplinaridade**. In: X SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO: “Interdisciplinaridade como forma de inclusão numa educação mundial”. 2005. Cachoeira do Sul (RS) – Brasil. 2005.
- VIEIRA, TEREZA RODRIGUES. **Bioética e Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 37, n. 145, p. 197-200, jan./mar. 2000. [links]

9

Dignidade humana e autonomia nas diretivas antecipadas de vontade

Guilherme da Gama Lacerda
Luís Fernando Gonçalves de Castro
Leandro Silva Costa

Considerações iniciais

O direito à vida é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal Brasileira. É do direito à vida que emanam os demais direitos. O direito à vida é o direito basilar e próprio à condição de ser humano.

Como, um direito de tamanha importância, mencionado inclusive no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, sua discussão merece especial atenção. Conflitos são inerentes à sociedade e seus diversos grupos e, por vezes, são levados ao Judiciário para que este solucione as lides apresentadas.

Entre as mais atuais discussões cujo centro é o direito à vida, encontram-se as Diretivas Antecipadas de Vontade, (DAV). Estas referem-se à possibilidade de um paciente manifestar previamente sua vontade acerca de quais tratamentos médicos quer ou não se submeter, no caso de, futuramente, estiver em estado de incapacidade.

Reafirma-se, portanto, a possibilidade de se constituir um instrumento que ateste o interesse ou não de certo indivíduo em se submeter a terapêuticas médicas, eivado de legalidade, caso o paciente esteja incapaz de manifestar a sua vontade à época dos acontecimentos.

Na presente leitura, analisar-se-á a aplicação das DAV na sociedade contemporânea, de acordo com dois pilares do ordenamento jurídico pátrio: a dignidade da pessoa humana e a autonomia do próprio indivíduo.

O primeiro funciona como uma tábua axiológica, inserta de valores que tornam ou não determinado instituto compatível com a Constituição. Já quanto à autonomia, esta é fundamental para a validade dos atos emanados pela pessoa que deseja realizar o ato em questão.

Breve Histórico

Há quarenta anos, aproximadamente, o advogado Luis Kutner propôs o testamento vital (também conhecido como living will) como opção eficaz para promover a resolução dos conflitos que surgem entre o paciente e o médico em relação às preferências deste por determinados tratamentos. As “diretivas antecipadas” são definidas como uma declaração feita com antecedência pelo paciente, na qual está competente e apto para decidir a respeito do seu cuidado, informando sua preferência ou autorizando outra pessoa a decidir por ele, caso lhe sobrevenha a incapacidade.

Nos Estados Unidos da América, o Congresso aprovou o Patient Self Determination Act (PSDA), vigente a partir de dezembro de 1991, enfatizando que todos os hospitais e instituições de longa permanência teriam a obrigação legal de desenvolver normativas e capacitar os profissionais de saúde sobre a questão, levando ao conhecimento do indivíduo que ingressa numa instituição de saúde se o mesmo já tem uma DAV ou informá-lo de que tem o direito de elaborá-la. O PSDA foi aprovado com base em um caso polêmico, conhecido como o “caso Cruzan”, e os tribunais forneceram um meio legal para facilitar a tomada de decisão nessas situações.

Já no Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM 1.995/12 é que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade, definindo-a como um documento, de caráter facultativo, que pode ser assinado em qualquer momento da vida e, que de igual forma, também pode ser modificado ou revogado a qualquer instante, e contém o conjunto de desejos, expressados de forma prévia e direta pelo futuro paciente, sobre cuidados e tratamentos que deseja e/ou aceita receber no momento em que estiver incapacitado de expressar de forma livre e autônoma, seus desejos, ou ainda, se não deseja receber quaisquer tratamentos a lhe serem oferecidos.

A resolução preconiza que o registro da DAV pode ser feito inclusive pelo médico, tanto em seu registro médico ou ainda no prontuário do paciente, desde que por ele autorizado. Contudo, ressalta-se que a resolução determina que o médico jamais considere conteúdos das Diretivas Antecipadas de Vontade que se mostrem contrários aos ditames do Código de Ética Médica.

Dignidade como axioma da CF e do ordenamento jurídico

A dignidade, desde os tempos antigos, é mencionada em relação aos seres humanos, aos membros de uma sociedade. Todavia, o sentido que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro atual não é o mesmo que este termo carregava nos tempos mais remotos. *Dignitas hominis* era o termo utilizado nas primeiras aparições deste tema na antiguidade. Esta característica, contudo, não era atribuída a toda e qualquer pessoa, mas sim àquelas pertencente a determinado grupo social elevado. Isto se torna claro quando se observa que escravos, por exemplo, não eram considerados cidadãos nas culturas greco-romanas.

Durante o curso da história até os dias atuais, o tema título deste tópico em especial e do próprio capítulo passou por diversas interpretações a partir de grandes filósofos e mesmo a partir do Livro Sagrado do cristianismo: a Bíblia. Segundo o “livro dos livros”, já em Gênesis, todo homem é feito à imagem e semelhança do Criador, sendo todo ele portador de dignidade inerente à sua natureza.

A Idade Média, um dos períodos de maior influência do pensamento oriundo da Igreja, teve com um de seus principais expoentes Tomás de Aquino. Para o filósofo, a característica da dignidade de cada indivíduo estava relacionada à sua racionalidade, a qual o torna diferente de qualquer outro ser existente no planeta. O marco da secularização do pensamento filosófico na história tem nome e sobrenome: Immanuel Kant (1724-1804). O alemão exerceu e ainda exerce enorme influência sobre o pensamento ocidental. Não é por acaso, contudo, sua importância. Em

qualquer obra acerca da dignidade da pessoa humana estará o pensamento kantiano sobre este tema.

Para o expoente iluminista supracitado, haveria um reino dos fins. Neste reino, haveria uma divisão entre aquilo que permite preço, que admite algo equivalente, e aquilo que, diversamente do primeiro, está acima de todo e qualquer valor apreciável. Trata-se aqui, neste último caso, das coisas que possuem dignidade. Passada esta construção histórico-filosófica, de inegável relevância, adentra-se especificamente do tema do tópico: a dignidade da pessoa humana como axioma da Constituição Federal de 1988 e de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que haja divergências quanto ao conceito do tema trabalhado no capítulo, principalmente por sua abstratividade, não se pode olvidar de fazê-lo. O mais completo dos conceitos é, sem dúvidas, o elaborado pelo ilustre professor e atual desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ingo Wolfgang Sarlet:

Entende-se por dignidade da pessoa humana 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 assegurem 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, 2002, p. 62).

Disposta na atual Carta Magna como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), a dignidade apresenta-se como um dos principais pontos da vigente Lei Maior. Isto porque é a ela que cabe conferir unidade axiológica a todo o ordenamento jurídico pátrio, pois todos os demais pontos colocados pelo constituinte são permeados por este princípio. Há que se deixar claro, contudo, que a dignidade não é a única medida, o único parâmetro, para a interpretação dos demais

valores insertos na Constituição. Todavia, é o principal, o que lhe garante proeminência axiológica quando se põem em conflito questões do cotidiano e outras que merecem maior destaque, como é o caso das DAV.

O que leva à conclusão desta função é, primordialmente, a enorme relevância que se atribui aos direitos e garantias fundamentais. Elencados, não exaustivamente, no Título II da Carta Política, foram objeto de destaque pelo poder constituinte originário. Constituem, outrossim, cláusula pétreia, impossibilitando sua modificação durante a vigência da “constituição cidadã”. Admitir a dignidade da pessoa humana como principal valor axiológico hodiernamente é, sobretudo, cobrar do Estado uma dupla atuação: positiva e negativa. Quanto à primeira, cabe ao Poder Público promover ações que assegurem o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais. Em contrapartida, como face da mesma moeda, cabe também ao Poder Público não agir de modo a infringir tais direitos.

Dignidade e proteção à autonomia

Inicialmente, antes de adentrar-se na questão concernente aos limites da autonomia da vontade, em tópico ulterior, cabe entender o que vem a ser esta autonomia. É, pois, “o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa” (BARROSO, 2014, p. 81). Partindo deste conceito, a autonomia destaca-se como elemento de vontade, exercido por cada indivíduo. Alguém que a possui, tem plena capacidade para desenvolver e emanar suas próprias decisões, inclusive aquelas que fazem referência à vida da pessoa e suas últimas vontades, como a que tratamento deseja ou não se submeter.

A influência do pensamento kantiano não está apenas no conceito de dignidade humana, mas também quando se fala em autonomia. Estes dois constituem grandes pilares do sistema das ideias do filósofo alemão, cercados por sua teoria moral, o que torna mais complexo o tema sob o viés do eminente filósofo. Um sujeito autônomo é, pois, aquele governado por suas próprias leis, por sua própria vontade. Entretanto, para Kant e suas

ideias, a conduta do indivíduo é orientada pela lei moral que carrega dentro de si. É a chamada *ética*, é ela quem deve nortear as atitudes do ser racional, conjugando a vontade e a razão.

A autonomia da qual se trata neste tópico não é esta autonomia moral, mas sim a autonomia pessoal. Diferencia-se, pois, em crítica àquela, no que ponto em que as pessoas estão inseridas em determinados grupos sociais. Destarte, a moral é condicionada sob diversos aspectos, de acordo com as influências que recebe. Convém, deste modo, tornar clara a divergência entre liberdade e autonomia. Segundo Barroso, “a liberdade tem um alcance mais amplo, que pode ser limitado por forças externas legítimas. Mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas [...]” (BARROSO, 2014, p. 82).

O exercício desta exige algumas condições para que possa se tornar perfeita. Pode-se citar, por exemplo, a independência, a razão e a escolha. São características que livram de vícios a emissão de vontade. Isto porque a primeira significa a inexistência de qualquer tipo de coerção; a segunda, a possibilidade de tomar decisões consciente; e a última, alternativas de fato para se possa decidir.

Há, além dos limites jurídicos, os limites impostos pela própria sociedade. São valores, muitas vezes sem nenhum alicerce, que impedem o indivíduo inserido em determinado grupo social, de exercer plenamente a autonomia que lhe é inerente. Todavia, quando ocorre tal conflito, deve entrar em cena aquele que exerce função fundamental nos dias atuais. Trata-se, pois, do princípio ou “superprincípio” da dignidade da pessoa humana. Não se está diante de um simples princípio, mas sim daquele que carrega em si uma enorme carga axiológica. São valores que se normatizam na Constituição Federal em forma de princípio fundamental, o qual alicerça não apenas esta, mas todas as atitudes da sociedade pátria.

Não é, porém, o que se vê na dura realidade brasileira. O Estado não aplica da melhor forma seus recursos para que possa respeitar e tornar digna a vida dos mais humildes, principalmente, pois são aqueles que mais necessitam de uma resposta estatal para os problemas vivenciados.

Limites da autonomia da vontade nas diretivas antecipadas de vontade

Como já exposto no tópico anterior, a autonomia da vontade possui limitações ao seu exercício. Cite-se, como exemplos, algumas destas, pois não é objetivo da obra esgotar o tema, mas sim sua exposição sucinta e direta. A independência, a razão e a escolha serão abordadas no presente tópico, com seus conceitos e características.

A independência do ser humano resume-se, como já citado, na não utilização de qualquer artifício de coerção, que possa tornar a vontade eivada de tal vício. Se o indivíduo está sob coação ou mesmo ameaça, não se pode levar em consideração seus atos, pois na verdade não exprimem verdadeiramente seu desejo.

A razão, por sua vez, constitui característica ínsita ao ser humano. Racional por natureza, todo indivíduo que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais pode exprimir seus desejos e tê-los respeitados por aqueles que o cercam. Toda a sociedade ao seu redor é destinatária da decisão elaborada pela razão daquele membro.

Por derradeiro nesta breve exposição, mas distante de possuir menor importância que os demais limites supracitados, vem a possibilidade de escolha. É ela quem permite ao indivíduo analisar, refletir sobre as opções existentes e, dentre as alternativas existentes, realizar a eleição da que melhor lhe convém.

Todas estas, em conjugação, dão ao indivíduo que exprime sua vontade a certeza de que sua decisão irá produzir todos os efeitos no mundo jurídico. Assim, a partir da independência, da razão e da possibilidade de eleição da melhor via a se seguir. O ato torna-se perfeito para que os seus familiares e demais entes respeitem o direcionamento que se pretende seguir no exercício do direito à vida.

Considerações finais

As DAV, ou testamento vital, têm relevância fundamental na sociedade contemporânea, inclusive a brasileira. Ainda que não popularizada, até mesmo desconhecida do grande público, não se pode negar seu grande valor. Qualquer pessoa está sujeita a um estado que não possa exprimir suas vontades e, conseqüentemente, passar pelas situações mais desconfortáveis, como a utilização prolongada de tratamentos que já não trarão qualidade de vida ao paciente. Ocorrerá, aqui, um mero prolongamento desnecessário da existência individual.

A extensão sem fins de cura ou melhora do estado do paciente, que não lhe proporcionam aumento real de uma boa perspectiva de vida à pessoa, seja por motivos religiosos ou financeiros àqueles que cedem os aparelhos e profissionais, merece ser debatida. Neste ponto, cabe ao paciente, quando ainda consciente e capaz, escolher aquilo que melhor lhe convém. Cabe ao indivíduo, antes que entre em fase terminal, em que apenas seus familiares e mais próximos passam a decidir em seu lugar, expressar a que tipo de tratamentos está disposto a se submeter. Como visto, todo ser humano é possuidor de dignidade, assegurada pela Carta Magna, como um dos principais sustentáculos desta. Não se pode olvidar da autonomia que dá ao ser humano a capacidade de realizar suas próprias escolhas, sem a interferência de outrem. Isso, é claro, de acordo com os limites já expostos. São estes limites que tornaram o ato perfeito, plenamente capaz de produzir seus efeitos no mundo jurídico.

Em relação às DAV, como próprio de um ato jurídico, é necessário que contenha todos estes elementos imprescindíveis à sua validade.

Independência, razão e escolha dão a sustentação necessária para que não restem dúvidas acerca da capacidade de decidir aquilo que melhor lhe convém, quando já não pode expressar sua vontade, em um momento tão delicado para si e para todos à sua volta.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BRASIL. **Constituição Federal, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26/08/2016.
- _____. **Código Civil Brasileiro, 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26/08/2016.
- CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis (org.). **Mistanásia**: a “morte miserável”. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.
- DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

10

Diretivas antecipadas de vontade: identificando o limiar entre a ética e a autonomia

Taís Freire Soares Pereira de Souza

Kleivia da Silva Damas

Marlene Soares Freire Germano

Considerações iniciais

A morte não é um fato instantâneo, e sim uma sequência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida. Ela faz parte do ciclo biológico. Apesar de ser a certeza da vida, é uma situação ainda muito discutida, tanto na filosofia, religião, ciência e âmbito jurídico.

Inegavelmente, a medicina permitiu uma maior expectativa de vida, mas menos qualidade dela, pois em muitas situações acaba prolongando o sofrimento que é ter a vida mantida por aparelhos e por tratamentos invasivos, ou o abandono em um leito, sem receber cuidados adequados, num contexto de vida miserável. Todas as alternativas buscam o prolongamento da vida e não a antecipação da morte, eutanásia ou suicídio assistido, assuntos a serem tratados neste estudo.

Neste contexto, o presente artigo objetiva apresentar um estudo teórico sobre as diretivas antecipadas de vontade (DAV), identificando o limiar entre a ética e a autonomia de vontade. E, para tal, embasou-se em estudiosos como BomTempo (2012), Lippman (2013), Martinez e Lima (2016), Alves (2014), Nunas (2015), dentre outros, cujos pensamentos se afinam a respeito do tema, bem como no Código de ética Médica.

Ética da não antecipação da morte (rejeitar a eutanásia e o suicídio assistido)

Eutanásia deriva do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), traduzida como “boa morte”. Essa “boa morte” abrevia o sofrimento dos pacientes em estado terminal, ou portador de enfermidade incurável, de forma rápida e sem dor. Trata-se de um assunto controverso, existem os prós e contras, apesar de ser uma situação ilegal no Brasil. O assunto é muito polêmico, pois, em qualquer situação, conta o valor de uma vida humana.

De um lado, a eutanásia é pensada pelo valor de se ter uma morte digna, pois não adianta prolongar a vida em situações que vão gerar mais sofrimento ainda, sendo que não existem condições, perante a medicina, do paciente viver por muito mais tempo, ou seja, já que a perspectiva é a de morrer, que esta morte seja sem sofrimento, já que não conta apenas o sofrimento físico, mas também o psíquico. O ser humano fica refém da sua própria doença, com medo, angustiado, triste, pedindo para morrer, pois não aguenta mais a situação em que vive. Para os que defendem a eutanásia, isso não é ter uma vida boa, eles preferem a boa morte.

Pode-se compreender a eutanásia em duas modalidades: eutanásia ativa, ação que acelera a morte, a não realização de um procedimento que teria indicação de tratamento para aquele momento. É uma situação na qual o paciente está em constante sofrimento e por motivo de piedade o profissional de saúde induz a morte mais cedo. E a eutanásia passiva, quando faltam recursos necessários para a manutenção das funções vitais, isto é, a retirada de procedimentos que prolongam a vida, podendo ser chamada de ortotanásia (SÁ, 2005).

Já o suicídio assistido consiste quando uma pessoa precisa da ajuda de outra para poder concretizar o fato. Na verdade, é autoextermínio favorecido por um profissional da área de saúde, com um método letal e sem dor (KOVÁCS, 2003). Na eutanásia, o profissional de saúde omite-se ou não age como deveria perante as condições necessárias para manter a vida do paciente; já no suicídio assistido não depende da ação direta de uma pessoa, é o próprio paciente quem comete o ato, mas precisa da ajuda de

um terceiro para orientá-lo (RIBEIRO *apud* SÁ, 2005). No Brasil as duas opções, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido, são consideradas crimes. A eutanásia é mais polêmica porque o paciente não escolhe entre viver e morrer. Os médicos, com piedade, são quem decide a prática.

Os pacientes em estado terminal têm o tratamento paliativo que melhora a qualidade de vida deles e dos familiares diante de doenças que ameacem a continuidade da vida. Para tanto, é necessário avaliar e controlar de forma impecável não somente a dor, mas todos os sintomas de natureza física, social, emocional e espiritual. O artigo 41 do código de ética médica estabelece:

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

O documento ainda ressalta que é vedado ao médico no art. 56 desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida; deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente (art. 57).

Os Cuidados Paliativos necessitam de uma equipe de multiprofissionais, para ajudar o paciente a adaptar-se às mudanças de vida impostas pela doença, para que ele e seus familiares consigam enfrentar a angústia e a aflição geradas pela enfermidade. É um trabalho que envolve médicos, psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais entre outros, sendo que eles devem ser treinados para lidar com a palição. De acordo com o Código de Ética Médica, o médico tem que ter respeito pelo ser humano e em benefício dele atuar sempre; nunca deve utilizar de seus conhecimentos para causar sofrimento, morte ou permitir e esconder tentativa contrária à integridade e dignidade.

A eutanásia e suicídio assistido são, portanto, considerados uma prática ilícita. Aplica-se a tipificação prevista no art. 121 do Código Penal, isto é, homicídio, simples ou qualificado, sendo considerado crime a sua prática em qualquer hipótese. Dependendo das circunstâncias, a conduta do agente pode configurar o crime de participação em suicídio (art. 122 do Código Penal) (GUERRA FILHO, 2005).

Segundo Hipócrates “a ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a mulher nenhuma uma substancia abortiva”. A prática da eutanásia e suicídio assistido é considerado homicídio, tendo em conta o juramento de Hipócrates e a ética médica. A função do médico é aliviar o sofrimento e nunca adiantar a morte. A morte tem que ser algo natural, cabe ao médico fornecer todo e qualquer meio necessário a subsistência do indivíduo. Existem, pois, situações em que os indivíduos são desenganados pela medicina e, diante de alternativas diversas, conseguem se curar.

No antigo Testamento, a vida era considerada como uma oferta de Deus (Gênesis 2:7) e recomenda: “não deves matar” (Exôdo 20:13). Segundo Santo Agostinho in Espíndola, “Nunca é lícito matar o outro: ainda que ele o quisesse, mesmo se ele o pedisse [...] nem é lícito sequer quando o doente já não estivesse em condições de sobreviver”.

Ainda, refletindo sobre a vida, Diniz (2001), assim expressa:

[...] esta [a vida] *não é uma concessão jurídico-estatal, nem* tampouco o direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade [...] A vida exige que o próprio titular do direito a respeite.

Diante do exposto, constata-se que Direito e Medicina se afinam quando atribuem um valor imensurável à vida, tutelando-a como o bem maior do ser, portanto quaisquer meios utilizados para ceifá-la ferem profundamente a ética profissional.

Observância da ética: limites de atuação da autonomia

A palavra ética é derivada do grego e significa aquilo que pertence ao caráter. Num sentido menos filosófico e mais prático, convém compreender um pouco melhor esse conceito examinando certas condutas do cotidiano, quando se refere ao comportamento de alguns profissionais tais como um médico, advogado, jornalista, dentre outros (RIBEIRO, 2002). A ética abrange uma vasta área, podendo ser aplicada à vertente profissional. Existem códigos de *ética profissional*, que indicam como um indivíduo deve se comportar no âmbito da sua profissão.

A relação médico-paciente deve ser desenvolvida de forma espontânea, entretanto a qualidade é totalmente submissa à habilidade e aos esforços do profissional da saúde em se adequar às características subjetivas de cada paciente. A maior parte das impugnações dos pacientes faz alusão a dificuldades comunicacionais com o médico, indicando que um bom relacionamento aumenta a satisfação do paciente e a qualidade do serviço de saúde, além de influenciar positivamente o estado de saúde dele. Ademais, é necessário o médico resguardar os valores subjetivos do doente, a efetivação de sua autonomia e o amparo as diversidades culturais (SILVA *et al*, 2011).

O princípio mais significativo na dinâmica atual da relação médico-paciente relaciona-se com a autonomia e com a busca do conhecimento de modo efêmero. A definição de autonomia está impreterivelmente ligada ao exercício daquilo que Aristóteles intitulou de atributo específico do homem, a racionalidade. Os deveres médicos estão na base da construção do Código de Ética Médica, na qual entre seus mandamentos essenciais está o comprometimento de respeitar a escolha do paciente, ou seja, o dever de resguardar a autonomia do paciente, conforme o Cap. I, dos princípios fundamentais, art. XXI:

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 eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

No passado, a relação médico-paciente era de modo vertical, de modo que só ao médico cabiam decisões, por ser possuidor do conhecimento, como se o paciente fosse um inábil diante da doença. Entretanto, atualmente o vínculo entre o médico e o paciente passou a ser horizontal, inexistindo qualquer hierarquia entre as partes. Hoje o profissional deve aceitar as decisões do paciente, sendo necessário para tanto que o paciente seja capaz e esteja adequadamente informado sobre seu estado de saúde (CALADO, 2014).

O artigo 22 do Código de Ética Médica veda ao médico abster-se do consentimento do paciente ou de seu representante legal após elucidá-lo sobre o procedimento a ser executado, salvo em caso de risco iminente de morte. Este artigo evidencia uma proibição que contém duas exigências implícitas: primeiro, o dever de informar o procedimento a ser realizado e, segundo, o dever de obter a concessão. Portanto, este artigo consagra o princípio da **autonomia da vontade** (grifo nosso).

Ainda, no artigo 34, o código ressalva a autonomia, vedando ao médico deixar de comunicar o paciente sobre o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, com exceção de quando a comunicação direta possa lhe ocasionar algum dano; nesse caso, deve-se comunicar o seu representante legal. Este artigo trata sobre a situação atual do paciente, ou seja, o diagnóstico. É direito do paciente saber qual a doença que o acomete, assim como o direito de saber qual é o seu provável prognóstico. O médico tem como dever prestar esclarecimento com base no estado atual da ciência médica, nas estatísticas e, conseqüentemente, nas chances que possui o paciente de reverter a situação atual.

Igualmente, também é dever do profissional que o paciente tenha ciência do tratamento proposto, nesse sentido, indo além da mera escolha pelo médico do tratamento, mas dos tratamentos possíveis e viáveis, para que possa contrabalançar sobre os benefícios e malefícios de cada um dos tratamentos, para assim ser capaz de tomar uma decisão e realizar uma

escolha. Após a escolha ser esclarecida, o médico deve acolher a opção e o consentimento do paciente (CALADO, 2014).

Baseando-se na bioética e no ordenamento jurídico, este direito do paciente se converte em uma obrigação para o médico. Portanto, o profissional tem o dever de informar de maneira compreensível, adequada e pertinente, sendo-lhe proibido omitir informações relevantes de modo a comprometer a decisão do paciente. Entretanto, se o paciente demonstrar, através de comportamentos ou até mesmo verbalmente que não quer saber o diagnóstico, ou qualquer tipo de informação sobre seu estado de saúde, o médico não deverá forçá-lo à realidade (MENDES; LUSTOSA; ANDRADE; 2009).

O respeito à autonomia compreende saber que o paciente tem direito de ter opiniões, fazer escolhas e agir baseando em valores e crenças pessoais. Todavia, desrespeitar a autonomia de um indivíduo significa tratá-lo como um meio, conforme objetivos dos outros. Essa conduta configura uma violação moral, pois os indivíduos autônomos são fins em si mesmos, capazes de determinar o próprio futuro (COGO; LUNARDI, 2015). O processo de consentimento informado não almeja a adesão do paciente à proposta do médico, mas sim oferecer ao paciente condições de escolher e de permitir ou não que o profissional prossiga com a intervenção médica. Portanto, a informação é a principal maneira para estabelecer o exercício da autonomia e cumprir, assim, a sua função ética.

Ressalta-se que quanto mais invasiva for a intervenção médica, maior prudência e atenção serão necessárias ao ato de consentimento. Por razões óbvias, afinal as informações trocadas entre médico e paciente para proceder com um exame comum ou no tratamento de uma enfermidade leve não carece de ser tão minuciosas e detalhadas quanto as informações decorrentes de uma cirurgia bastante invasiva ou de uma doença de prognóstico ruim (ALVES, 2015). Ademais, se o médico entender que os malefícios, ou seja, os riscos da sua intervenção são muito superiores aos benefícios esperados, por dever ético e profissional deverá opor-se a continuar com o intento. Seria como se mantivesse um equilíbrio entre os princípios de autonomia, beneficência, não maleficência e justiça (ALVES, 2015).

Os malefícios da intervenção médica referem-se à probabilidade e a magnitude de resultados negativos. Por conseguinte, o julgamento dos riscos abrange a análise e a avaliação da perspectiva dos resultados negativos, ou seja, a avaliação do risco em relação aos prováveis benefícios, também denominado de risco-benefício. A correlação entre a expectativa de benefícios com os riscos permite um julgamento acerca da aceitabilidade do risco analisado. Contudo, baseando-se no respeito à autonomia e à autoterminação pessoal, o médico deve assentir quando o paciente optar pela suspensão de esforço terapêutico, concedendo a ele o cumprimento da sua vontade. Por suspensão de esforço terapêutico compreende-se não iniciar ou suspender uma terapia iniciada, não ressuscitar nos casos de parada cardiorrespiratória, não sujeitar o doente à ventilação mecânica, alimentação e hidratação, artificiais contra a sua vontade, que pode ser instante ou manifestada em DAV (RIBEIRO, 2006).

Desta forma, com base no que foi esclarecido, devido ao prognóstico ruim e ao sofrimento que a doença causar ao paciente, ele pode optar pelo direito de morrer dignamente. Com base nos direitos da personalidade, assegura-se que a dignidade da pessoa humana é o suporte da questão acerca do direito à morte digna. Evidencia-se que o direito à morte digna distingui-se do direito à morte. O direito à morte digna é um resultado da reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência. Contudo, refere-se ao desejo de ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia e do sofrimento por parte de um tratamento ineficaz (CUNHA, 2012).

Fundamentando-se no que foi exposto acima, a revogação da dignidade da pessoa humana ocorre através do afrontamento da sua autonomia privada e do direito negado de construir sua própria personalidade. E sob essa perspectiva do Estado Democrático de Direito é indispensável assegurar ao indivíduo o direito ao término da vida digna, direito este que deve ser exercido pelo indivíduo de forma autônoma (MARTINEZ; LIMA, 2016). Além disso, os profissionais de saúde têm o dever de respeitar a autonomia do usuário, inclusive se o paciente solicitar alta para morrer no tempo, no local e na companhia de que deseja. O doente tem o direito de escolher se quer morrer só ou entre os seus familiares (RIBEIRO, 2006).

Percebe-se, portanto, que a autonomia da vontade e o direito de personalidade, atendem o instituto ora em discussão, as DAV, estando, o médico e o paciente de forma ética, cumprindo os preceitos legais e a humanização das relações por estes travadas.

Diretivas antecipadas de vontade e circunstâncias de adoção ética

Devido ao grande avanço da medicina nos últimos anos, criaram-se condições que permitem ao profissional de saúde o poder de decidir sobre a vida ou a morte dos pacientes. O tratamento invasivo e incessante, em alguns casos, leva o doente a um prolongamento da vida sem qualidade e com muito sofrimento.

O conceito de DAV surgiu como forma de reação ao avanço tecnológico e ao tratamento médico agressivo, empregados em situações de um prognóstico ruim. As DAV foram elaboradas a fim de garantir a autonomia do indivíduo que, quando enfermo, for incapaz de decidir sobre sua vida. Neste caso, este documento permitirá que seja mantida a autonomia sobre o tratamento desejado e/ou especificará uma pessoa que decidirá em tal situação. Lembra-se que as DAV foram projetadas para conservar a autonomia pessoal baseada na crença de que os pacientes que perdem a capacidade de decisão estariam propensos a serem submetidos a medidas fúteis e ineficazes, que não lhe trazem benefícios, mas tão só acarretam a um estado de final de vida penoso, prolongamento do processo de morrer associados a uma redução da qualidade de vida e do cuidado.

Para Martinez e Lima (2016), o prolongamento do processo de morrer ocorre por qualquer intervenção médica que utilize aparelhagens mecânicas ou artificiais para manter, reanimar ou substituir uma função vital, as quais servem apenas para adiar o momento da morte. As DAV não é um confronto ao direito à vida, em razão da morte ser um desfecho natural da doença, visto que é algo inerente ao próprio curso da existência. Uma vez que não é possível manter uma qualidade de vida do paciente, submetê-lo ao prolongamento artificial da vida com sofrimento, rompe a dignidade.

O contexto da dignidade engloba a manutenção da autonomia da pessoa humana em situações de terminalidade.

Deste modo, direito de morrer com dignidade justifica a preservação da autonomia privada do sujeito e do anseio de poder decidir antecipadamente sobre os procedimentos médicos a que poderá ser submetido, quando não mais houver expectativas de melhora de prognóstico e, por conseguinte, a piora clínica for contínua e intensa, apresentando um quadro de sofrimento crônico (MARTINEZ; LIMA, 2016).

A Constituição Federal de 1988, lei maior do país, assegura o princípio da dignidade da vida; portanto, as DAV não afrontam o direito à vida, pois este deve ser entendido como um direito amplo e condicionado à dignidade da pessoa humana. Certifica-se, nos artigos 22 a 24 do Novo Código de Ética Médica, a infração ética:

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

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Resguardando questões que envolvam a vida e o exercício da profissão do médico, o Conselho Federal de Medicina elaborou em 2012 uma Resolução com objetivo de normatizar o limite dos atos médicos nos casos de pacientes com prognóstico ruim ou em estágio terminal. Foi estabelecido pela Resolução 1.995/12 que o paciente tem o direito de definir junto ao seu médico quais os tratamentos que deseja ou não ser submetido no momento em que estiver incapaz de expressar sua vontade; pode, ainda, designar uma pessoa para representá-lo. A Resolução reconhece o direito do paciente de recusar tratamentos fúteis, também conhecidos como extraordinários, ou seja, aqueles tratamentos que visam apenas a prolongar sua vida biológica, sem garantir sua qualidade. O documento é facultativo

e pode ser feito em qualquer momento da vida e é permitido ser modificado ou anulado a qualquer instante.

Portanto, ao assegurar que a autonomia do paciente seja respeitada, a Resolução denuncia a cultura centralizada na autoridade do médico e no paternalismo profissional que restringe o indivíduo a um paciente que deve submeter a determinações sobre sua vida tomadas por outros, sem que ele possa opinar como quer ser tratado ou que tipo de práticas de intervenção está disposto a aceitar. Logo, as DAV simbolizam o direito à liberdade, uma vez que é um espaço que o indivíduo tem para tomar decisões pessoais, isentas de interferências dos médicos, família ou de qualquer pessoa (COGO; LUNARDI, 2015).

Os médicos precisam encarar a vida e a morte com ênfase no respeito à dignidade à vida e à autonomia da pessoa. Portanto, o profissional de saúde deve compreender que há situações clínicas em que não há motivos de causar maior sofrimento ao paciente em estágio terminal de doença. Nessas circunstâncias, devem-se colocar em prática as DAV. Diante disso, alguns autores afirmam que este documento está inteiramente ligado à prática de ortotanásia, por ser um método que regalia a autonomia do paciente em fim de vida, assegurando-lhe cuidados paliativos e opção por renunciar a tratamentos fúteis e insignificantes (MARTINEZ; LIMA, 2016).

Segundo Thiago Bomtempo (2012), o testamento vital, também denominado de DAV, pode ser realizado de três formas. Um modo de apresentação é chamado de *living will*, que significa vontade em vida. É um documento que registra, de acordo com a vontade da pessoa, a quais tratamentos deseja ou não ser submetido em caso de enfermidade incurável, visando a assegurar o seu direito de morrer com dignidade, de acordo com suas concepções pessoais. Outra forma é o *durable power of attorney of health care*, que significa poder duradouro do representante para cuidados com a saúde. Refere-se à nomeação de um ou mais procuradores, com conhecimento profundo do paciente, com capacidade de identificar sua vontade quando ele estiver incapacitado de manifestar sua vontade. Esse documento é válido inclusive em situações de incapacidade temporária, diferentemente do testamento vital, que só tem validade em situações de

terminalidade. E o terceiro tipo de documento é o *advanced care medical directive*, que significa diretiva do centro médico avançado, que é composto pelo testamento em vida e o mandato duradouro, ou seja, é um documento mais completo direcionado ao doente em fim de vida.

Portanto, o testamento vital reflete a autonomia da vontade, a livre escolha do paciente e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por isso é importante que seu anelo seja registrado e exposto de forma consciente (LIPPMANN, 2013). Sendo assim, as DAV desempenham um duplo papel, por proporcionar ao profissional da saúde uma previsão legal para adotá-las e, principalmente, assegurar ao paciente ser tratado conforme sua própria vontade (PATTELA; ALVES; LOCH, 2014). Este documento protege o médico e profissionais da saúde da responsabilidade, no jurídico, ou pela sua entidade de classe, de fazer o uso ou não dos tratamentos e cuidados escolhidos pelo paciente, dessa forma preserva a autonomia do paciente. Portanto, a relação médico-paciente constitui fator decisivo para a utilização das DAV (COGO; LUNARDI, 2015).

Assim como Lippmann, alguns autores não concordam com a nomeação de testamento vital, pelo fato de o testamento civil se presta a disposições de cunho patrimonial para ter eficácia após a morte de seu titular, não sendo o caso das DAV, que dispõem sobre questões bioéticas para cumprimento ainda em vida, determinando como o paciente almeja ser tratado se estiver em uma situação de doença grave e inconsciente; logo, não se trata precisamente de um testamento (LIPPMANN, 2013). Os pontos positivos mais importantes das DAV se associam à realização da vontade do paciente por tratamentos menos invasivos, sobretudo no que se refere aos tratamentos paliativos no final da vida, por ajudar nas discussões sobre a terminalidade e facilitar alcançar um consentimento entre os familiares e os membros da equipe multiprofissional em relação ao cuidado do paciente (NUNES; DOS ANJOS, 2014).

As DAV podem ser materializadas em quatro alternativas que são a escritura pública lavrada em cartório, a declaração escrita em documento particular, preferencialmente com firma reconhecida, a declaração feita ao médico assistente, que é preciso ser registrada no prontuário e ter a

assinatura do paciente, e, por último, a justificação testemunhal da vontade, que refere ao paciente que não realizou o testamento vital, mas que manifestou aos amigos e familiares a sua renúncia ao esforço terapêutico nos casos de estado vegetativo permanente ou de doença terminal. Em qualquer momento, o paciente poderá nomear um representante para tomar decisões não incluídas nas diretivas (RIBEIRO, 2006).

Ribeiro afirma, ainda, que o pedido instantâneo ou a renúncia a tratamentos em geral, feita por DAV, intitula-se Suspensão de Esforço Terapêutico, que se refere à suspensão de tratamentos, incluindo nutrição, hidratação e respiração artificiais, que pretendem somente prolongar a morte, ao invés de condicionar a vida. O objetivo da Suspensão de Esforço Terapêutico é permitir que a morte se instale naturalmente, é cessar a perseverança ao tratamento invasivo e incessante e evitar a distanásia (RIBEIRO, 2006).

Considerações finais

O estudo confirma que no Brasil tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido são consideradas práticas ilícitas. A eutanásia é mais polêmica porque o paciente não escolhe entre viver e morrer. Os médicos, com piedade, são quem decide a prática, enquanto o suicídio assistido depende de interferência de outra pessoa.

A polêmica a respeito dessas questões se resolve no princípio mais significativo da relação médico-paciente, o respeito à autonomia do paciente, e na racionalidade do dever do médico, o de não ter o poder de decidir entre a vida e a morte de ninguém, pois além de ter feito um juramento de proteger a vida, de acordo com o Código de Ética Médica, deve respeitar o ser humano e atuar sempre em seu benefício, nunca usar seus conhecimentos para causar sofrimento, morte ou esconder tentativas contrárias à integridade e dignidade, princípios fundamentais da Constituição Federal de 88, que consagram nosso Estado Democrático de Direito.

Resguardando questões que envolvam a vida e o exercício da profissão do médico, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução 1995/12

com objetivo de normatizar o limite dos atos médicos nos casos de pacientes com prognóstico ruim ou em estágio terminal. Por ela, o paciente tem o direito de definir junto ao seu médico a quais tratamentos que deseja ou não ser submetido no momento em que estiver incapaz de expressar sua vontade, como também poder designar uma pessoa para representá-lo.

Portanto, ao assegurar que a autonomia do paciente seja respeitada, fica expresso que o direito de liberdade do indivíduo seja respeitado, fortalecendo as DAV, ou testamento vital, que é o direito de o indivíduo tomar decisões pessoais, isentas de interferências dos médicos, família ou de qualquer pessoa. Dessa forma, as DAV desempenham um papel duplamente importante: o de proporcionar ao profissional da saúde uma previsão legal para adotá-las e o de assegurar ao paciente ser tratado conforme sua própria vontade, protegendo o médico e respeitando a autonomia do paciente.

Importante ressaltar que a relação médico-paciente deve ser uma relação humanizada, dialógica e de profunda confiança, para que as diretivas de vontade se concretizem.

Referências

- ALVES, RGO. **Direito Humano Subjetivo e Personalíssimo: a autonomia e a dignidade do paciente frente aos riscos não informados**. Rev. bioética y derecho. Barcelona, n. 35, p. 121-131, 2015.
- BOMTEMPO, TV. **Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente**. Rev. Bioética y derecho, Barcelona, n. 26, p. 22-30, 2012.
- CALADO, V. N. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado na visão do superior tribunal de justiça**. Rev. Jurídica, Curitiba, v. 3, n. 36, p. 233-261, 2014.
- COGO, S. B; LUNARDI, V. L. **Diretivas antecipadas de vontade aos doentes terminais: revisão interativa**. Rev Bras Enferm, Brasília, v. 68, n. 3, p. 524-534, 2015.
- CUNHA, ID. **O direito à morte digna: fazer viver ou deixar morrer, eis a questão**. XXI Congresso Nacional do Conpedi/UFF, 2012, p. 418-441.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUERRA FILHO, F. J. M. **Eutanásia: Direito à “boa” morte e despenalização da piedade médico homicida consentida**. *DireitoNet*, 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2342/Eutanasia-Direito-a-boa-morte-e-despenalizacao-dapiedade-medico-homicida-consentida>. Acesso em: 19 mai. 2009.
- KOVÁCS, MJ. **Psicologia USP: Bioética nas questões da vida e da morte**. 14(2), São Paulo, 2003.
- LIPPMANN, E. **Testamento Vital: o direito à dignidade**. p. 21. São Paulo: Matrix, 2013.

- MARTINEZ, S; LIMA, A. **O testamento vital e a relação médico-paciente na perspectiva da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.** Rev. bioética y derecho, Barcelona, n. 37, p. 103-120, 2016.
- MENDES, JÁ; LUSTOSA, M. A; ANDRADE, M.C.M. **Paciente terminal, família e equipe de saúde.** Rev. SBPH. v. 12, n. 1. Rio de Janeiro: 2009.
- NUNAS, MI; ANJOS, MF. **Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites.** Rev. bioética, Brasília, v. 22, n. 2, p. 241-251, 2014.
- PATTELA, LHD; ALVES, RGO; LOCH, JA. **Diretivas antecipadas de vontade do paciente: uma breve introdução ao tema.** Rev da AMRIGS, Porto Alegre, v. 58, n. 2, p. 162-165, 2014.
- RIBEIRO, D. C. **Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte.** Cad. Saúde Pública. v. 22, n. 8. Rio de Janeiro: 2006, p. 1749-1754.
- RIBEIRO, R. J. **Ética, política e cidadania: revisando a vida pública.** In: Fronteiras da ética (J. A. A. Coimbra- org.). São Paulo: Senac, 2002.
- SÁ, MFF. **Direito de morrer:** Eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2005.
- SILVA, C. M. G. C. H. *et al.* **Relação médico-paciente em oncologia: medos, angústias e habilidades comunicacionais de médicos na cidade de Fortaleza.** Rev. ciência e saúde, Rio de Janeiro, v. 16, suppl. 1, p. 1457-1465, 2011.

11

Direitos existenciais na perspectiva da medicina contemporânea

Ulisses de Barros Ramos

Raíssa Carneiro Lopes

Dulce Helena Pontes-Ribeiro

Considerações iniciais

O desenvolvimento da biotecnologia e das ciências médicas ocorrido nas últimas décadas vem desencadeando grandes discussões acerca do direito à vida, em suas variadas acepções, nas diversas áreas do conhecimento. Tais avanços geram impactos diretos neste direito fundamental de todo ser humano, considerado, por razões óbvias, o mais importante dentre todos, pois é condição *sine qua non* para o exercício dos demais. Sob determinado ângulo, a evolução científica e tecnológica no campo da medicina garante a sobrevivência do homem em condições nunca antes observadas – seja qualitativa seja quantitativamente. No entanto, por outro ângulo, não se deve deixar de lado a importância de se ter na vida, ao menos, o mínimo existencial que permita ao ser humano manter a sua dignidade.

A despeito de o progresso na medicina propiciar à vida humana longevidade, nem sempre se verifica em paralelo o prolongamento da vida com prazer, bem-estar e demais qualidades necessárias para o desfrute dela. Nessa linha de pensamento, vale lembrar o axioma latino *Amplius juvat virtus, quam multitudo* (Mais vale a qualidade que a quantidade.). No entanto, banaliza-se o pressuposto de que o respeito à dignidade da pessoa humana serve como o paradigma de todo e qualquer sistema normativo de conduta, a moção orientadora na interpretação dos códigos de conduta profissionais, em especial, o Código de Ética Médica (CEM) (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, este capítulo – que objetiva abordar questões que envolvem a vida humana em relação a direitos médicos e éticos que lhe são conferidos no sentido de bem cuidá-la – apresenta num primeiro momento os direitos existenciais sob o viés da medicina; na sequência, reflete sobre a proteção da dignidade da pessoa humana no CEM e as Diretivas Antecipadas de Vida (DAV); por fim, avalia a tutela da autodeterminação no CEM.

Direitos existenciais sob o viés da medicina

Os direitos existenciais são compreendidos como direitos subjetivos que têm por objeto a proteção de bens e valores essenciais à vida humana. Tendem a assegurar a total proteção à pessoa, nos aspectos físico, moral e intelectual (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 200). Eles compreendem uma gama de interesses concernentes ao homem e à sua dignidade. Amparados pela Carta Maior, no âmbito do direito civil, gozam de especial tutela.

O direito à vida, à integridade psicofísica, à liberdade de pensamento e à criação, o direito à honra, à vida privada e à imagem são alguns dos bens tutelados na ampla esfera dos direitos existenciais. A consciência da necessidade de proteção a esses direitos se deu por recente despertar da ciência jurídica, desde que a dignidade da pessoa humana passou a ser entendida como valor-fonte que motiva e justifica a própria existência de todo o sistema normativo de uma sociedade (SCHREIBER, 2013, p. 90). Na área de atuação médica, a importância dada aos direitos existenciais se faz muito presente por eles estarem envolvidos nas relações estabelecidas aqueles por muitos considerados como núcleo dos valores extrapatrimoniais, que são a vida, a saúde e a autonomia da vontade.

A partir desse pensamento, a relação médico-paciente ganha relevante expressão, devendo estar bem estruturada para que esses direitos possam ser respeitados e se torne viável a participação do paciente em todo o contexto que o abrange: vida, saúde e necessidades básicas. Uma boa relação médico-paciente tende a condução da satisfação mútua em qualquer que seja o tratamento desenvolvido. Além das doenças que antes eram consideradas agudas, cujos tratamentos tinham intuito apenas curativo,

acrescentam-se, atualmente, as doenças crônicas degenerativas, que abrigam uma forma de tratamento não curativa. Nesse aspecto, a boa relação médico-paciente se torna evidente, já que as estratégias de tratamento, decididas conjuntamente, proporcionarão a escolha mais adequada à melhor qualidade de vida do paciente (MORAIS *et al.*, 2016).

Ao se falar em tratamentos com característica de longa duração, a participação intensa do paciente torna-se salutar. Nessas circunstâncias, a relação que se estabelece tem importância fundamental na melhor adesão às propostas terapêuticas e no sucesso das intervenções (Cf. CAPRARA; FRANCO, 1999, p. 647-654). Em 1972, um professor do Instituto Kennedy de Ética da Universidade Georgetown estruturou quatro-modelos de relação médico-paciente. O primeiro foi o modelo Sacerdotal, considerado o mais arcaico, por propor a completa submissão do paciente ao médico, deixando, assim, de valorizar a opinião do paciente, com pouco envolvimento dele em sua consulta e posterior tratamento, ficando a decisão exclusivamente por conta do médico (ROCHA *et al.*, 2011, p. 116).

No segundo, que é o modelo Engenheiro, ao contrário do Sacerdotal, o médico tem a função apenas de informar e executar procedimentos pretendidos pelo paciente. Com isto, a decisão é tomada apenas pelo paciente, e o médico abdica de expor sua opinião. O terceiro modelo é denominado Colegial. Trata-se de um alto envolvimento entre o profissional e o paciente. Em relação à decisão, ela acontece de forma igualitária. Com isso, nenhuma opinião se sobrepõe a outra. Por fim, o modelo Contratualista, que é tido como o mais adequado: o médico, através do seu conhecimento e habilidade, expõe as opções de tratamento para o paciente, tendo este uma ativa participação e efetiva troca de informações com aquele, além do comprometimento de ambas as partes, porém a autoridade do médico é preservada (ROCHA *et al.*, 2011).

Seguindo o modelo mais adequado, o paciente tem a oportunidade de saber do seu diagnóstico e analisar as opções terapêuticas, dentro das possibilidades científicas de tratamento propostas, seja de caráter curativo seja apenas paliativo, a depender do tipo de patologia apresentada. Tudo isso tendo em vista o máximo de conforto e qualidade de vida e o mínimo de sofrimento possível ao paciente (CABRAL, 2011, p. 64).

A partir do momento em que o paciente tem um diagnóstico, é importante que saiba qual patologia o acomete, o que deve ser informado a ele, de forma clara e objetiva, os possíveis sintomas, efeitos adversos e complicações de cada tipo de tratamento, juntamente com o prognóstico, dependendo de cada linha de tratamento que possa ser escolhida (CABRAL, 2011, p. 65). Entretanto, pode ser que diante de certos quadros clínicos, o paciente não consiga absorver todas essas informações desde o início, o que é compreensível, seja pela própria doença que o afeta seja pela falta de segurança. E, nesse momento, é extremamente importante a sensibilidade do médico em perceber se o paciente precisa de ajuda seja da família seja da opinião de outro especialista, que possa dar a segurança de que o paciente necessita para o tomar sua decisão (NEVES JÚNIOR; ARAÚJO; REGO, 2016).

A partir do consentimento esclarecido – hoje muito valorizado por profissionais da saúde, principalmente na área médica –, convém ao médico dar continuidade ao tratamento aprovado pelo enfermo, ciente de todos os riscos aos quais estará exposto e a possíveis complicações que poderá advir do seu tratamento (MARQUES FILHO; HOSSNE, 2015). A ótica humanista leva a relação médico-paciente a se reger por princípios éticos e jurídicos assegurando ao enfermo veracidade, privacidade, confidencialidade, fidelidade, transparência e confiança.

Por fim, faz-se necessário ressaltar a busca de chegar a este momento em que a relação médico-paciente seja a mais transparente possível e que a confiança faça parte de toda a estrutura que envolve esse relacionamento, quer na adesão do paciente ao que foi proposto, quer na efetividade do tratamento que o médico passa a desenvolver (ALBUQUERQUE *et al.*, 2016, p. 611-624).

Proteção da dignidade da pessoa humana no CEM E diretivas antecipadas de vontade

Há uma íntima relação entre os direitos existenciais e a dignidade da pessoa humana – um encadeamento de valores indissociáveis. A dignidade é a fonte da qual emanam todos os direitos fundamentais – valor supremo

que envolve o respeito a todo e qualquer ser humano, nos seus atributos essenciais e em seu particular modo de ser, assegurando a sua inviolabilidade como um todo (CABRAL, 2011, p. 23). As normas são direcionadas às pessoas, para a sua realização existencial, com vistas a garantir um mínimo de direitos destinados a lhes proporcionar a tão estimada vida digna.

Após a insurgência dos movimentos filosóficos, sociais e políticos da idade contemporânea, o valor da pessoa humana foi ganhando expressiva significância, tornando-se o valor estrutural básico de todo sistema normativo. Não foi diferente com o Código de Ética Médica (MORAES, 2002, p. 68). O CEM foi recentemente reformulado em razão da necessidade de melhor orientar a condução ética das novas problemáticas de natureza moral ocasionadas pelo avanço científico neste campo de atuação. Para a reformulação, foi constituída uma Comissão Nacional de Revisão, com a participação de conselheiros das diversas macrorregiões brasileiras, assessorados por teólogos, juristas, bioeticistas e filósofos, com vista à elaboração de um documento hábil a lidar com os atuais dilemas enfrentados pelos profissionais da medicina (BRASIL, 2010).

Diante de uma nova realidade, observada a partir do século XX, em que os códigos de conduta médica começam a reconhecer a capacidade de o paciente assumir decisões autonomamente, o tradicional paternalismo consagrado pela profissão aos poucos vai perdendo sustentação, destacando-se cada vez mais a importância do dever de informar o paciente, para que tenha condições de livremente outorgar o seu consentimento antes de qualquer tratamento ou procedimento médico (SIQUEIRA, 2008, p. 86).

A partir de então, a dignidade vem ganhando contornos mais expressivos nos códigos de ética, e os direitos existenciais ínsitos a ela e à condição de ser humano passam a ser assegurados não somente nas relações entre Estado e particular, como também nas relações civis, como é a do médico-paciente. O postulado da dignidade passa a ser o vetor de ponderação dos valores protegidos por um determinado sistema normativo. Nenhuma ponderação pode resultar no desprestígio a ele.

Em uma análise mais detida ao conteúdo normativo do CEM, sob a perspectiva de se buscar normas com um viés protetivo da dignidade,

destacam-se cinco dentre os princípios enumerados no Capítulo I. O primeiro deles é o inciso II, que dispõe sobre o alvo de toda a atenção a ser perseguido pelo médico, que é a saúde do homem, devendo agir da melhor forma possível, dentro dos limites de sua capacidade profissional, para que este direito seja garantido. E não somente deve dar o melhor de si, mas deve também buscar o aprimoramento constante de seus conhecimentos, usando o progresso científico em prol do melhor para o seu paciente (inciso V) (BRASIL, 2010).

A saúde, na instância de valor supremo para a medicina, não poder ser buscada a todo custo, como um fim a ser alcançado em que não se levam em conta os meios empregados. E o inciso XXI demonstra isso, ao dizer que o médico deve respeitar e aceitar as escolhas dos seus pacientes sobre os procedimentos diagnósticos e terapêuticos aos quais quer ser submetido, dentro – obviamente – das possibilidades científicas reconhecidas e adequadas ao caso. Essa premissa é confirmada também no inciso XXII, ao ressaltar que o médico deve evitar a realização daqueles procedimentos desnecessários em pacientes com situações clínicas irreversíveis e terminais, mas empregar tão somente os devidos cuidados paliativos (BRASIL. CFM. Resolução Nº 1805, 2006). Mais uma vez, o respeito pelo ser humano empenhado na relação médico-paciente é ratificado no inciso VI, quando se proíbem o uso do conhecimento para causar sofrimento de caráter físico ou moral e as tentativas contra a dignidade e integridade humana.

Além dos princípios gerais ora considerados, o CEM traz um capítulo específico para tratar dos direitos humanos, em que prescreve importantes vedações, todas elas corroborando a ideia norteadora das recentes mudanças de paradigma, qual seja, o respeito à dignidade e à autonomia do paciente, como sujeito de direitos e capaz de tomar as melhores decisões a respeito da maneira como tutelar a sua condição de ser humano com dignidade. Nesse sentido, o CEM considera violação aos direitos humanos do paciente desde a não obtenção de seu consentimento para a realização de procedimentos médicos, até a participação em execução de pena de morte (BRASIL, 2010).

Em uma visão geral, dignidade é princípio da mais alta relevância axiológica, um valor moral intrínseco a todo homem, de forma que deve ser

repugnada toda e qualquer ação tendente a alijar o ser humano da sua humanidade. Os limites interpretativos das normas voltadas à prática médica e a autodeterminação dos pacientes devem, portanto, sempre ter em vista a concretude e a melhor forma de tutelar o postulado da dignidade, quando se fizer presente essa necessidade.

Tutela da autodeterminação no CEM

No âmbito de proteção da dignidade humana, está inserida a autodeterminação, concretizada na liberdade de escolha do próprio destino de todo ser humano. É a faculdade que este possui de livremente decidir sobre a sua vida e fazer escolhas conscientes quanto aos rumos para os quais deseja conduzi-la (PEREIRA, 2015, p. 44). As escolhas a respeito da vida competem a cada pessoa em particular. Sendo assim, apenas a elas pertence o direito de optar entre uma ou outra questão ou situação a que são submetidas cotidianamente.

Ao alocar o ser humano no centro de todo o sentido da existência, ele jamais poderá ser tratado como objeto de qualquer ciência, ainda que seja o homem o real fundamento para que elas existam e em prol dele sejam constantemente aperfeiçoadas. Compreende-se, hoje, o direito à saúde como um direito subjetivo do cidadão dentre os muitos de seus direitos cujo objetivo é a tutela da Dignidade da Pessoa Humana. A dignidade só é concebível à pessoa que esteja em condições físicas e mentais de exercer seus direitos.

Citado por Rosenvald em sua obra a respeito do tema, Kant aponta que o fundamento do postulado da dignidade encontra-se na autonomia da vontade do ser humano, na medida em que essa “é uma faculdade de autodeterminação como imperativo categórico, de caráter incondicionado e objetivo”, não podendo jamais ser relativizado pela sociedade ou pelo Estado (KANT *apud* ROSENVALD, 2007, p. 2). Com efeito, o ser humano possui dignidade pela eminência de ser livre. Sem a autonomia da vontade não seria nada além do que um simples instrumento a serviço da sociedade. E esta consiste em uma das tarefas da Ciência Jurídica: propiciar e concretizar as condições necessárias ao exercício da liberdade pelos cidadãos.

À luz do princípio maior da dignidade, há muitas incertezas a respeito do grau de autonomia e liberdade dada ao ser humano; por isso, questiona-se a possibilidade de cada pessoa poder dispor, como bem entender, acerca de si, de seu corpo e de sua mente. Para se sugerir qualquer direção a esse respeito, é indispensável o estabelecimento de um ajuste aceitável entre os valores fundamentais em jogo, pautados em condutas de preceitos éticos e morais inspirados em lei – o que se configura em um grande desafio. Em face de tal conjuntura, sobreleva-se a busca constante pelo equilíbrio e o espaço de liberdade de modo a permitir a cada pessoa a escolha de seus atos na condução de sua trajetória de vida. Sua decisão deverá culminar sobre os atributos humanos intrínsecos que precisam ser protegidos em maior e menor grau e a forma como devem ser, relativamente, escalonados.

O CEM, em sua normativa, demonstra toda essa preocupação com o respeito à vontade do paciente e ao seu direito de livre decisão, em total relação de simbiose com os direitos existenciais (BRASIL, 2010). Na esteira dessa visão contemporânea de valorização dos atributos existenciais, entende-se que o paciente deixa de ser apenas um expectador da atuação médica para ser um sujeito em exercício de sua autonomia existencial, com poder de decisão para eleger a opção que julgar ser a melhor para si (CABRAL, 2011, p. 24).

Em se tratando do direito à saúde, que se considera o grande foco da atividade médica, em harmonia com o que preceitua o CEM, o interesse individual de cada um parece sobressair a qualquer outro – quer do médico quer de seus familiares – quando aquele se encontrar em perfeitas condições mentais, sendo sempre considerado sujeito de suas próprias escolhas (BRASIL, 2010). Essa conclusão é fruto da percepção dos artigos 22 e 24, que dispõem:

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

[...]

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (BRASIL. CEM, 2009).

No capítulo V, que trata da relação do profissional da medicina com pacientes e familiares, verifica-se a grande preocupação do código de conduta com a pessoa do paciente e a sua respectiva vontade. Veda-se o desrespeito ao direito de livre decisão do paciente quanto às práticas médicas a serem implementadas e quanto aos métodos contraceptivos por ele preferidos. É extremamente importante ressaltar que toda essa questão do direito à autodeterminação, do poder de escolha e de condução do tratamento considerado mais adequado por cada paciente para si mesmo está intimamente associado ao direito à informação, também consagrado no CEM, especificamente, no seu art. 34, ao vedar expressamente que o profissional deixe de informar ao paciente sobre todas as nuances relativas à sua doença (BRASIL, 2009). Sem a garantia de informação clara e precisa, seria impossível o paciente decidir pela melhor maneira de ser clinicamente tratado, levando em conta suas crenças e valores morais e éticos.

Não raro, os instrumentos de busca pela cura se tornam, para alguns, ferramentas de tortura. Para outros, qualquer esperança é alento à alma, que move a vontade de viver. Entre os limites opostos da convicção de não abreviar a vida, não implementando tratamento inútil, e a prolongação do sofrimento na busca de evitar o deslinde fatal da vida, encontra-se a autodeterminação do ser humano, que irá conduzi-lo a resolver pelo melhor caminho a seguir. Nesse ínterim, as DAV emergem como uma efetivação do valor da dignidade humana, por oportunizar ao homem exteriorizar a sua vontade na decisão do que considera melhor para os seus últimos momentos de vida (Cf. CABRAL, 2015, p. 145) – inclusive, *requiescat in pace* (que descanse em paz).

Muito tem se discutido sobre a capacidade de tomar essas decisões. E, quando se verifica a intenção trazida pelo CEM – no sentido de se valorizar a autodeterminação do paciente, ajustados aos ideais de vida digna que cada um tem para si –, confirma-se a importância do documento no tocante à possibilidade de prevalência do desejo do enfermo.

Considerações finais

É inegável o fato de a medicina estar em constante evolução, em busca incessante pela cura de doenças e por tratamentos que propiciem melhores condições de vida, tanto com fins curativos quanto paliativos. Tais avanços geram implicações diretas na vida do paciente, tendo em vista que este não mais pode ser considerado um mero espectador, e sim um dos protagonistas no que diz respeito às decisões a serem tomadas sobre seu próprio tratamento.

Faz-se necessário, portanto, uma boa relação médico-paciente que culmine no maior grau de liberdade, segurança e satisfação possíveis aos envolvidos, garantindo ao paciente o poder de influência e de expressão de suas vontades e desejos em relação ao caminho que irá seguir.

O CEM é claro no que respeita a vontade e a autodeterminação do paciente no seu tratamento. Dentro dessa mesma lógica, as DAV também podem contribuir com a efetivação das intenções do paciente, permitindo-lhe melhor manifestação de seu pensamento sobre o tratamento que julga ser mais adequado dentro dos seus conceitos de dignidade.

Há muito ainda que se refletir, mas o respeito integral à dignidade humana deverá nortear todas as presentes e futuras decisões, preservando-se o que há de essencial em cada um.

Referências

- ALBUQUERQUE, Guilherme Souza Cavalcanti de; *et al.* **Adesão de hipertensos e diabéticos analfabetos ao uso de medicamento a partir da prescrição pictográfica.** Trabalho educação e saúde, v. 14, n. 2, p. 611-624, ago. 2016.
- BRASIL. CFM. CEM. **Código de Ética Médica.** Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, publicado no Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 2009, em vigor a partir de 13/04/2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf. Acesso em: 14 ago. 2016.
- CABRAL, Hildeliza Tinoco Boechat (Coord). **Ortotanásia:** Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais:** uma visão interdisciplinar. Itaperuna: Hoffmann, 2011.

- CAPRARA, Andrea; FRANCO, Anamélia Lins e Silva. **A Relação paciente-médico: para uma humanização da prática médica**. Caderno Saúde Pública, v. 15, n. 3, p. 647-654, set. 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: JusPodvm, 2012.
- MARQUES FILHO, José; HOSSNE, William Saad. **A relação médico-paciente sob a influência do referencial bioético da autonomia**. Revista Bioética, v. 23, n. 2, p. 304-310, ago. 2015.
- MORAIS, Inês Motta de; *et al.* **Percepção da “morte digna” por estudantes e médicos**. Revista Bioética, v. 24, n. 1, p. 108-117, abr. 2016.
- NEVES JÚNIOR, Waldemar Antônio das; ARAÚJO, Laís Záu Serpa de; REGO, Sergio. **Ensino de bioética nas faculdades de medicina no Brasil**. Revista Bioética, v. 24, n. 1, p. 98-107, abr. 2016.
- ROCHA, B. V.; *et al.* **Relação Médico-Paciente**. p. 114-118. Revista Médico Residente, 2011. Disponível em: <http://www.crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/revista-do-medico-residente/article/viewFile/8/13>. Acesso em: 26 ago. 2016.
- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SIQUEIRA, José Eduardo. **A bioética e a revisão dos códigos de conduta moral dos médicos no Brasil**. Revista Bioética, v. 16, n. 1, p. 85-95, 2008. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/57/60. Acesso em: 26 jun. 2016.

12

A autodeterminação do paciente e a interpretação de sua declaração

Pedro Lenno Rovetta Nogueira
Margareth Vetis Zaganelli

Considerações iniciais

A interpretação de uma declaração de vontade, a qual compreende um procedimento utilizado com o intuito de certificar qual é o conteúdo da manifestação volitiva de um sujeito de direitos (GONÇALVES, 2011, p. 339), foi demasiadamente estudada e debatida na doutrina do direito civil, no que tange ao negócio jurídico como instrumento apto a gerar obrigações.

Sendo assim, muito já se discutiu acerca do que deve prevalecer, quando um negócio jurídico é celebrado, se é a vontade interna do negociante, ou a exteriorização objetiva deste elemento volitivo. No direito pátrio, para resolver a questão com base em todo o avanço doutrinário alcançado nesta seara, foram estipulados, no Código Civil de 2002, mecanismos de interpretação da vontade manifestada nos negócios jurídicos, os quais notadamente versam sobre direitos patrimoniais.

Nesse sentido, diante da evolução do processo interpretativo da vontade declarada nos negócios jurídicos, fica a dúvida se este meio de interpretação do elemento volitivo não poderia ser aplicado nas diretivas antecipadas de vontade (DAV) do paciente, que instrumentalizam a autodeterminação deste em escolher previamente o tratamento médico que deseja, ou não, receber. Ocorre que, como será demonstrado, a autodeterminação do enfermo em tratamento é um verdadeiro direito da personalidade (GONÇALVES, 2011, p. 196) e, por conta disso, a interpretação da vontade observa paradigmas distintos daqueles ligados aos direitos apreciáveis economicamente.

Por essa razão, neste capítulo, abordar-se-á a necessidade de se estabelecer um parâmetro interpretativo da vontade prematuramente declarada pelo paciente, para que as DAV possam ser utilizadas sem receios ou insegurança jurídica. Para tanto, almeja-se demonstrar, sem esgotamento da matéria, que a solução reside em adaptar os métodos de interpretação dos negócios jurídicos, previstos no Código Civil Brasileiro, ao direito da personalidade de determinar, por si, próprio, o tratamento médico ao qual o indivíduo será submetido em caso de enfermidade.

Autodeterminação do paciente e direitos da personalidade

Um dos grandes avanços do Código Civil de 2002 foi a previsão, na Parte Geral, no Livro I (Das pessoas), Título I (Das Pessoas Naturais), do Capítulo II, “Dos Direitos da Personalidade”. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves explica que, mesmo tendo havido uma preocupação desde a Antiguidade com os direitos humanos, alavancada com o surgimento do Cristianismo, os direitos da personalidade foram reconhecidos como espécie de direito subjetivo há muito menos tempo, como fruto da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 (França) e de 1948 (Nações Unidas), além da Convenção Europeia de 1950 (GONÇALVES, 2011, p. 183).

Ademais, no direito brasileiro, a tutela dos direitos personalíssimos ganhou força com a Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, X, protege alguns deles – intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas –, declarando-os como invioláveis (GONÇALVES, 2011, p. 184). Tal enunciado constitucional abriu o caminho para que o CC/2002 o pavimentasse, por meio da previsão dos art. 11 ao 21, do capítulo supramencionado. De outra banda, o citado doutrinador elucida que a origem dos direitos da personalidade decorre do direito natural e, mais que isso, no que tange à sua concepção, assevera que esta é não patrimonial. Nas palavras do mestre,

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular,

como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os *direitos da personalidade*, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural (GONÇALVES, 2011, p. 183).

Nota-se, pois, que os direitos da personalidade têm uma conotação naturalmente subjetiva, psicológica, personalíssima e não patrimonial. Tratam de uma dimensão inerente ao ser humano, intrínseca, que não pode ser retirada, alienada, cedida ou destituída. Cuida-se de aspectos inatos à condição de ser pessoa natural, de ser sujeito de direitos. São, portanto, personalíssimos. Nesse sentir, Maria Helena Diniz aponta que são

[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, sua integridade física (vida alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social) (DINIZ, 2002, p. 135).

Assim, no que concerne às DAV e à análise desenvolvida neste capítulo acerca da interpretação da vontade declarada, estes direitos personalíssimos são de extrema relevância. Isso porque as diretivas em comento versam sobre verdadeiro direito da personalidade, qual seja, a autodeterminação do paciente. Desse modo se afirma, pois, por meio da tutela direitos da personalidade, consoante se expôs acima, que estão garantidos o direito ao próprio corpo, abrangendo-se também o direito de o paciente determinar qual tratamento médico, em caso de enfermidade, adotar ou não tratamento algum, pois o procedimento a ser empregado pelo profissional da saúde para controlar ou curar a patologia irá agir diretamente no corpo do indivíduo. Dessa forma, a determinação sobre o próprio corpo, a incolumidade deste e o direito de optar por um dado tratamento medicinal, ou nenhum deles, são direitos da personalidade e dos mais importantes,

pois permitem que o indivíduo tenha autonomia sobre as situações mais elementares da vida.

Os direitos personalíssimos são, portanto, máximas da liberdade e autonomia do ser humano sobre si mesmo, vetores que lhe permitem reger a si próprio como um sujeito de direitos e gozar de proteções básicas, de maneira que sua previsão seja detalhada e os atos jurídicos que sobre eles-versarem tenham a maior eficácia possível. Logo, é evidente que há uma ligação umbilical entre eles e a autodeterminação do paciente, uma vez que, como se disse, esta é um verdadeiro direito da personalidade.

Tal constatação é feita com base e por meio de uma interpretação extensiva do art. 15 do aludido diploma material civil, o qual dispõe justamente sobre a liberdade de submeter-se a tratamento médico, consoante ensina Francisco Amaral (AMARAL, 2008, p. 295). Corrobora com isso a valiosa lição de Pontes de Miranda, quando ensina que apenas os vivos são titulares de direitos da pessoa, sendo interesse destes dar cumprimento às declarações de última vontade (MIRANDA, 2000, p. 43), tais como as DAV.

Portanto, está claro que determinar qual será o tratamento médico optado pelo enfermo é um direito personalíssimo do paciente e, como tal, tem um caráter eminentemente subjetivo e, portanto, deve ser considerado no processo interpretativo, o que será explicado oportunamente.

Paradigmas da interpretação da vontade e autodeterminação do paciente

No que tange à interpretação da vontade, muito já se discutiu sobre o tema, tendo em vista sua relevância para o direito privado, em razão possibilidade da criação, modificação ou extinção de direitos que uma declaração volitiva pode ensejar quando externada no bojo de um negócio ou ato jurídico (REALE, 2011, p. 203 -204).

Desse modo, tendo em vista essa característica da deliberação volitiva do sujeito de direitos, a doutrina civilista muito se preocupou em relação

a como interpretar, ou seja, em como compreender corretamente a vontade quando declarada com o intuito de gerar efeitos na esfera jurídica do próprio declarante ou de outrem. Em meio a estes estudos, foram erigidos alguns paradigmas, os quais foram alterados, tendo havido a substituição de um viés subjetivo – teoria da vontade – por uma diretriz mais objetiva – teoria da declaração.

Enzo Roppo explica que se trata de um processo de objetivação do contrato, asseverando que essa é “uma tendência para a progressiva *redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual*” (ROPPO, 2009, p. 297). Cuida-se, como se disse, da superação da teoria da vontade, de cunho subjetivista, pela teoria da declaração, de caráter eminentemente objetivista. Assim, no dizer do citado mestre italiano, a teoria da vontade representa o ideal de que “as consequências do contrato devem ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes” (ROPPO, 2009, p. 297). Dá-se, por conseguinte, prevalência à chamada vontade real, ou psicológica do sujeito.

Já a teoria da declaração, por sua vez, preconiza a objetividade das relações, explica Roppo. Há uma superioridade do que fora declarado, exteriorizado no negócio jurídico, sobre o aspecto psíquico, isto é, a intensão íntima do contraente, com vistas a proporcionar mais estabilidade e segurança às relações jurídicas (ROPPO, 2009, p. 298-299). Nessa esteira, ensina Paulo Lôbo que a primazia da vontade real encontra guarida no antigo vetor da autonomia da vontade, o qual abarca essa dimensão mais subjetiva, típica da primeira teoria. De outra banda, a teoria da declaração tem por pedra angular a autonomia privada, preferindo-se a objetividade da exteriorização do elemento volitivo, em desprestígio de seu âmbito psicológico (LÔBO, 2011, p. 58).

Quanto ao princípio da autonomia da vontade, para Miguel Reale, diz respeito à capacidade jurídica geral do ser humano que lhe atribui o poder de agir ou de se omitir, conforme os ditames de sua vontade (REALE, 2002, p. 359). Trata-se, pois, da autonomia do indivíduo em tomar decisões que gerem efeito em sua esfera jurídica. Tal máxima tem *status* constitucional, segundo Uadi Lammêgo Bulos, pois a aplicação do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição federal de 1988, em

relação aos particulares, encontra fundamento na autonomia da vontade, haja vista que, nas relações privadas, o que não for proibido pela lei é permitido (BULOS, 2012, p. 560). Já o vetor da autonomia privada, traduz a liberdade de escolha do conteúdo normativo dos atos a serem praticados (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 37).

Outrossim, existe na doutrina o posicionamento de que o pórtico da autonomia privada deve substituir o da autonomia da vontade, devido à necessidade de superar as ideias voluntaristas do negócio jurídico, peculiares ao liberalismo econômico, com o fito de restringir o império absoluto da vontade real do contraente (TARTUCE, 2011, p. 85-86). Ocorre que, para ser atingida a finalidade deste capítulo, deve-se considerar a relevância de ambos os vetores. Afirma-se isso, pois, a compreensão dos princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada, bem como das teorias da vontade e da declaração, é necessária para serem estabelecidas as premissas da interpretação da manifestação volitiva prematura do paciente.

Assim, pretende-se utilizar os métodos interpretativos do negócio jurídico, previstos na Parte Geral do Código Civil; deve-se realizar as devidas adaptações, já que, como demonstrado, as DAV não cuidam de direito patrimonial, mas sim de direitos da personalidade. Logo, essa interpretação necessita dar maior relevância ao aspecto subjetivo que ao objetivo, contudo, sem descartar este, a fim de que haja o mínimo de segurança jurídica. É o que será explanado a seguir.

Solução apresentada: adaptação da interpretação do negócio jurídico prevista no Código Civil Brasileiro

Conforme dito supra, o Código de Processo Civil dispõe, em sua parte geral, de métodos interpretativos do negócio jurídico. Por sua vez, muito há que aprimorar quanto à interpretação da vontade declarada pelo paciente antes de entrar em estado terminal. Sendo assim, os referidos mecanismos constantes no aludido diploma material civil, se devidamente adaptados aos direitos da personalidade, podem servir para interpretar a vontade declarada de forma prematura pelo paciente. É o que se procura

demonstrar e explicar neste tópico, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o debate acerca do tema.

Para tanto, é preciso modificar o paradigma, uma vez que o negócio jurídico tem por objeto direito patrimonial, enquanto as DAV cuidam de direitos da personalidade. Como fora apontado no tópico anterior, o primeiro é regido pelo princípio da autonomia privada, valendo mais a interpretação objetiva. Já as segundas são fundamentadas na autonomia da vontade, com primazia a uma interpretação subjetiva. Todavia, se as DAV, por tratar de direitos personalíssimos, preconizam a interpretação subjetiva, não se pode negligenciar o grau necessário de objetividade, a fim de conferir segurança jurídica ao cumprimento da vontade antecipadamente declarada.

Isso se faz necessário também para proteção dos destinatários das DAV, mormente os médicos. Estes profissionais é que lidam diretamente com o paciente e poderão ser responsabilizados caso violem o determinado nas diretivas. Portanto, se faz necessário um mínimo de objetividade na interpretação da declaração de vontade. Assim, tomando por base os artigos do Código Civil que cuidam da interpretação do negócio jurídico, fazendo-se as devidas e pertinentes adaptações, é possível formar um eficiente processo interpretativo.

Em primeiro lugar, há que se estabelecer, como princípio base, a autonomia da vontade, de maneira a conferir primazia à vontade real (interna) do paciente, valorizando-se sua autodeterminação. Para atingir esse fim, utiliza-se a norma extraída do art. 112 do Código Civil de 2002, visto que ela confere preferência à intenção do sujeito consubstanciada em sua declaração, em detrimento do sentido literal da linguagem. Além disso, aplica-se, de forma adaptada, a parte final do art. 113, do mesmo diploma material civil. Cuida-se dos usos do lugar de celebração do negócio jurídico que, no caso das DAV, serão entendidos como os costumes do paciente, isto é, como este costumava viver, seus hábitos, seu estilo de vida usual.

Tal mecanismo se faz importante para, em caso de dúvida da real vontade do declarante – por exemplo, se este desejava cuidados paliativos

até sobrevir a morte, ou se autorizava o prolongamento do tratamento médico *ad eternum* –, ser possível saber como o paciente usualmente se comportava acerca do dilema entre aguardar o término da vida sem sofrer, ou tentar, a todo custo, manter o funcionamento de seu organismo. Ou seja, buscar-se-á a resposta em sua vida pregressa, transcorrida até o estado terminal, procurando entender como isso demonstra a opinião do enfermo sobre tais questionamentos. Nesse sentido, visa-se responder um importante questionamento exposto por Alessandra Dias Baião Gomes acerca da necessidade de serem compreendidas as convicções do paciente no momento da manifestação da vontade e se elas permanecem ao tempo da produção de seus efeitos – terminalidade da vida. Assim indaga a citada civilista, como se pode traduzir em realidade as crenças ao tempo da manifestação de expressão das diretivas e assegurar que se mantenham da mesma forma até o tempo de produção de efeitos (GOMES, 2014).

Entretanto, como se disse acima, há a necessidade de se garantir certa objetividade em nome da segurança jurídica, pois o ato também envolve terceiros além do paciente, tais como os familiares e os médicos. Aqui, entra em cena o art. 113 do CC/2002, que elenca a boa-fé como fonte interpretativa para o negócio/ato jurídico. De igual modo, essa figura deve ser moldada às diretivas. A boa-fé servirá, pois, como esse limite à vontade psicológica – real, interna –, colocando um grau de objetividade no processo interpretativo, visando, a nosso ver, principalmente a tranquilidade para o médico atuar, porquanto, conforme afirmado supra, pode ser seriamente responsabilizado em caso de descumprimento das DAV.

Isso porque, como assevera Paulo Lôbo, a boa-fé traduz confiança, pois, como aponta o mencionado mestre, “Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social” (LÔBO, 2011, p. 71). Dessa forma, o médico poderá confiar na atitude do declarante em desejar este ou aquele tipo de tratamento. Mais que isso, essa ferramenta trará uma grande solução a uma discussão doutrinária sobre o médico poder atuar em casos de vida ou morte mesmo sem saber qual a verdadeira vontade do paciente – viver ou morrer –, quando ao profissional da saúde não for apresentado DAV

válidas. Logo, sem uma determinação do enfermo para seguir, poderá adotar o procedimento que lhe parecer mais viável ao caso, mormente quando se tratar da preservação da vida de qualidade. Nessa esteira, Carlos Roberto Gonçalves já sustentava que

Se não houver tempo hábil para ouvir o paciente ou para tomar essas providências, e se tratar de emergência que exige pronta intervenção médica, como na hipótese de parada cardíaca, por exemplo, terá o profissional a obrigação de realizar o tratamento, independentemente de autorização, eximindo-se de qualquer responsabilidade por não tê-la obtido (GONÇALVES, 2011, p. 197).

O médico deve continuar a seguir as normas éticas, notadamente a Resolução nº 1995, de 9 de agosto de 2012, que, em seu art. 2º, estabelece a obrigação dos médicos em observarem as DAV. Assim, esses profissionais da saúde não incorrerão em inadimplência contratual, pois, como explica Roberto Godoy,

[...] o compromisso do médico acha-se configurado em seu próprio Código de Ética. Assim, erra o médico quando deixa de seguir o que ali é preceituado, vale dizer, a inadimplência contratual por parte do profissional ocorrerá se qualquer de seus artigos não for respeitado, advindo o dever de indenizar, caso haja dano com nexo de causalidade com a ação incorreta (GODOY, 2011, p. 827 – 868).

Portanto, serão respeitadas ambas as posições jurídicas, a do paciente e a do médico, sendo a posição jurídica, na lição de Fernando Noronha, entendida como o “conjunto de direitos subjetivos em sentido estrito, direitos potestativos, simples expectativas de direitos, deveres jurídicos, ônus, etc., que uma pessoa tem, numa determinada situação jurídica” (NORONHA, 2010, p. 107). Para concretizar, aplicar-se-á o art. 114, também do Código Civil de 2002, com o fito de consolidar uma interpretação restritiva do testamento vital. Com isso, não se pretende coibir a análise dos costumes e usos pretéritos do enfermo, muito menos entrar em contradição com este expediente interpretativo. Pelo contrário, visa-

-se, com essa interpretação mais limitada, tão somente evitar reflexões mirabolantes, de maneira a colocar um freio no processo de interpretação, a fim de que não se busque soluções distantes do perfil de vida do paciente. Ainda, a restrição será utilizada na interpretação do significado dos vocábulos e locuções utilizadas, ou mesmo o sentido geral do texto, para que não sejam alcançadas conclusões distintas do almejado pelo moribundo.

Considerações finais

Por todo o exposto, foi possível concluir que a interpretação da manifestação volitiva do paciente é um problema de extrema importância e, como tal, merece ser devidamente analisado para que haja uma disciplina jurídica adequada. Nesse diapasão, propõe-se, após muita reflexão e estudo, a adaptação dos métodos interpretativos dos negócios jurídicos, previstos no Código Civil vigente, como solução ao problema da ausência de um processo de interpretação eficiente da manifestação da vontade em relação aos direitos da personalidade, especialmente a autodeterminação do enfermo em tratamento.

Ao analisar toda a peculiaridade da questão, foi possível dar primazia ao viés subjetivo dos direitos personalíssimos e, simultaneamente, deixar assentada a carga necessária de objetividade da declaração prematura de vontade, a fim de proporcionar às DAV a devida e esperada segurança jurídica. Com essa solução, visa-se assegurar a máxima efetividade da autodeterminação do paciente, de modo a afirmar o digno respeito a direito tão relevante e elementar. No entanto, não foi desprezada a posição jurídica – e os direitos a ela inerentes – de outros envolvidos com o fenômeno das DAV. Desta feita, o mecanismo de interpretação proposto não se olvidou em procurar garantir aos médicos a certeza sobre até que ponto vai sua responsabilidade e em que momento ela se origina, a fim de que exerçam sua profissão com absoluta tranquilidade e efetividade.

Por derradeiro, verifica-se que a matéria merece ser ainda mais discutida. Nesse prisma, sendo futuramente acolhida, pela doutrina e juris-

prudência, a solução ora sugerida, há urgente necessidade de haver uma alteração legislativa, para que o aduzido procedimento interpretativo seja previsto no Código Civil em vigor.

Referências

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BULOS, Uadi, Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar**. Doutrinas essenciais de responsabilidade civil. v. 5. p. 827 – 868. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, out. 2011.
- GOMES, Alessandra Dias Baião. **Entre a cruz e a espada: diretivas antecipadas de vontade e o consentimento**. Revista do IBDFAM – Família e Sucessões. v. 2. p. 23-32. (mar./abr.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – parte geral**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. v. 2. Campinas: Bookseller, 2000.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

13

Capacidade do outorgante e expressão da vontade da declaração

Raquel Veggi Moreira

Bruna Moraes Marques

Carlos Henrique Medeiros de Souza

Considerações iniciais

Explícita e implicitamente, o texto constitucional de 1988 traz todos os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, formando um conjunto de normas especialíssimas com alcance à liberdade e à igualdade, direitos mínimos indispensáveis à garantia da dignidade da pessoa humana, indistintamente. A dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade caracterizam-se como uns dos princípios constitucionais. Envolvendo tais princípios como tantas outras matérias, está a capacidade para realizar as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), cuja matéria ainda não está positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, criado pela Lei nº 13.146/2015, prevê que os deficientes, antes considerados como absoluta ou relativamente incapazes, passaram a ser presumidamente considerados capazes de manifestar sua vontade, o que revolucionou a teoria das incapacidades. Caso seja necessário, a pessoa com deficiência será submetida à Tomada de Decisão Apoiada (TDA) ou, excepcionalmente, à curatela, de acordo com os ditames da lei civilista.

Assim, o objetivo deste capítulo é abordar sobre a capacidade do outorgante de expressar sua vontade, discutir não somente as DAV, como também a Tomada de Decisão Apoiada, que culminou com a inclusão do art. 1.783-A, e outras mudanças estruturais inseridas no Código Civil/2002 (CC) pela Lei nº

13.146/2015. Embora sendo institutos distintos, encontram-se amparados nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade e da igualdade.

Capacidade para realizar as diretivas antecipadas de vontade

O Código Civil brasileiro/2002 especifica em seu art. 1º que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Cezar Peluso, ao comentar este dispositivo, leciona que

Pessoa é ente que pode ser sujeito de relações jurídicas. [...] A personalidade é um atributo que consiste na aptidão para o desempenho de um papel jurídico, ou seja, para adquirir direitos e contrair obrigações. [...] A capacidade, porém, é a de direito ou de gozo, que difere da capacidade de fato ou de exercício. Aquela é atribuída a todo o ser humano, mas esta só a possuem os que têm a faculdade de exercer por si os atos da vida civil (PELUSO, 2015, p. 15-16).

Mas, será a capacidade um requisito ou uma mera formalidade? É a indagação que bem faz Luciana Dadalto, em sua obra “Testamento Vital”. Segundo a autora, a capacidade, por si só, “é um tema desafiador e propiciador das mais diversas discussões”. E entende que “capacidade é gênero do qual são espécies a capacidade de direito e a de fato” (DADALTO, 2015, p. 72). Nesse contexto, mister se faz distinguir capacidade de direito de capacidade de fato. A definição é apresentada da seguinte forma: “a primeira refere-se à aquisição de direitos e deveres e a segunda, ao exercício destes”. Sendo assim, “a capacidade de direito é inerente ao ser humano, conforme se depreende do artigo 1º do Código Civil de 2002, e a capacidade de fato depende do discernimento” (DADALTO, 2015, p. 72-73).

De maneira clara e objetiva, Tartuce (2016) faz a distinção entre capacidade de direito (ou de gozo) e capacidade de fato (ou de exercício), esclarecendo que a primeira “é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção” e a segunda

é “aquela para exercer direitos [...] e que algumas pessoas não têm. São os incapazes, especificados pelos arts. 3º e 4º do CC/2002” (TARTUCE, 2016, p. 73). Dessa forma, não há que se confundir a capacidade de direito com a capacidade de fato, pois a primeira capacidade é reconhecida a todas as pessoas humanas e decorre do nascimento com vida; enquanto que a segunda é a aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Importante mencionar que a capacidade de fato presume a de direito, e que o contrário não é verdadeiro (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Por sua vez, nem todos que possuem capacidade de direito podem exercê-la diretamente, em razão de serem privados da capacidade de fato, que é a possibilidade de praticar determinados atos com efeitos jurídicos, não dispondo de condições de administrar seus próprios atos (MENDONÇA, 2016).

No tocante à incapacidade, dispunha o caput o art. 3º do CC/2002 sobre aqueles “absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil”, fazendo referência às pessoas “com enfermidade ou deficiência mental” e as que “por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Na atual redação, seus incisos I, II e III foram revogados pela Lei nº 13.146/2015, e apenas os menores de 16 (dezesseis) anos serão absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil (BRASIL, 2002), por serem ainda imaturos para manifestarem sua vontade, deixando de existir os maiores absolutamente incapazes. Pelo exposto, verifica-se que o objetivo das mudanças foi incluir a pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando a dignidade humana. Dessa maneira, “deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a *dignidade-liberdade* substitui a *dignidade-vulnerabilidade*” (TARTUCE, 2016, p. 84).

Com o advento da Lei nº 13.146/2015, instituiu-se o “Estatuto da Pessoa com Deficiência”. Seu art. 116 criou a Tomada de Decisão Apoiada, um terceiro tipo (*tertium genus*) de instrumento de proteção à pessoa vulnerável, paralelamente aos clássicos institutos da curatela e da tutela, que se diferencia na função e na estrutura. Assim, dentre as modificações inseridas no CC pela lei, uma delas foi a que promoveu a inclusão do art. 1.783-A na lei civilista com a seguinte redação:

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (BRASIL, 2015).

Os parágrafos desse dispositivo (§1º ao §11º) dispõem sobre os procedimentos que devem ser seguidos tanto pelo apoiado, quanto pelos seus apoiadores – diferente dos institutos da curatela e tutela, ínsitos ao campo patrimonial ou negocial, conforme preceitua o §2º do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. O art. 2º da lei em comento considera como deficiente aquela pessoa

[...] que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Cabe salientar que, em princípio, a deficiência não direciona a qualquer tipo de incapacidade, mas de vulnerabilidade, pois a garantia de igualdade adota uma presunção geral de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência. No entanto, o negócio jurídico, no caso em que a pessoa deficiente apresente limitação em sua autodeterminação, deve ser homologado judicialmente, e designado dois apoiadores que irão coadjuvá-la de forma exclusiva na tomada de decisões em determinados atos, que serão definidos pelo beneficiário previamente (ROSENVALD, 2016). O intuito desse novo modelo jurídico é fornecer o suporte necessário para que o apoiado possa exercer sua autonomia em paridade de condições com as demais pessoas.

Merece destaque também o art. 6º da Lei nº 13.146/2015, ao afirmar que as pessoas portadoras de deficiência são plenamente capazes, podendo “casar-se e constituir união estável”; assim como “exercer direitos sexuais e reprodutivos”; “exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e

de ter acesso à informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar”; “conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória”; além de “exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária” e “o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotado, em iguais condições com as outras pessoas”.

Percebe-se que, no plano familiar, especificamente na realização de atos existenciais, houve a plena inclusão da pessoa com deficiência, ou ainda a correção de uma exclusão excessiva de outrora (BRASIL, 2015). Conforme Silva (2016, p. 254) leciona, a Lei Brasileira de Inclusão inaugurou “no ordenamento jurídico brasileiro a condição de plena capacidade das pessoas com deficiência, para além da incapacidade absoluta e relativa descritas em cada medida, pelo Código Civil de 2002”.

Nesse sentido, vale destacar o art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao dispor que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015). Entretanto, há uma ressalva que, no caso de necessidade, poderá também ser submetida à curatela em conformidade com a lei civil.

Com efeito, a curatela, prevista no art. 1.767 do CC, se torna medida extraordinária sem ser associada pela nova lei à capacidade absoluta, pois esse modelo jurídico apenas se restringe aos casos de incapacidade relativa. Tendo em vista que o estado da pessoa encontra-se afetado em nível de limitar o exercício autônomo dos direitos fundamentais, qualificada por uma impossibilidade real e duradoura, cabe ressaltar que o Estatuto atraiu todos aqueles que não podem se autodeterminar, se autogovernar, isto é, se conformar e expressar sua vontade, para o campo da incapacidade relativa.

Não obstante, o art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência altera também o rol dos relativamente incapazes (art. 4º do CC/02), excluindo o inciso II na parte que fazia menção aos que “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e o inciso III, quando mencionava os “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. Isto posto, de acordo com a nova redação desses incisos, serão relativamente incapazes “II.

os ébrios habituais e os viciados em tóxico”; e “III. aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.” (BRASIL, 2002). Na verdade, o sistema de incapacidade, antes das alterações contidas no CC, não protegia a pessoa em si, mas os negócios praticados essencialmente no campo patrimonial e negocial, demonstrando verdadeiro desajuste, quando o parâmetro não era patrimônio.

Em síntese, há que se deixar claro que toda pessoa tem o direito de expressar sua vontade, desde que, em se tratando de DAV, tenha não só a capacidade, mas a autodeterminação. Em situações em que haja a necessidade de se valer do instituto da Tomada de Decisão Apoiada ou, excepcionalmente, da curatela, reitera-se que qualquer manifestação de vontade pelo deficiente deve ser auxiliada por terceiros, instituídos judicialmente, para casos específicos.

Resta, portanto, dizer que nessas duas hipóteses de expressão da vontade privada, embora legitimadas pelos princípios que norteiam o texto constitucional, demonstram limites para execução desses atos.

Expressão da vontade

Diante dos acelerados avanços das tecnologias na área de saúde, por óbvio da Medicina, em particular com o crescente desenvolvimento e aperfeiçoamento de técnicas medicamentosas e protocolos que permitem o prolongamento da vida do paciente em estado terminal, muito se tem discutido sobre o direito de o paciente optar (ou manifestar) por prolongar ou não sua vida. A discussão revela a necessidade de se instrumentalizar tal matéria, ou seja, de fazer constar no ordenamento jurídico brasileiro essa possibilidade de o paciente, desde que em perfeitas condições mentais e de discernimento, possa decidir livremente, com autonomia, sobre o evento morte (ou não).

Nessa perspectiva, surgem as DAV, que possibilitam ao paciente manifestar previamente sua vontade sobre as terapias médicas que apenas prolonguem sua vida, de forma desproporcional e fútil. Em caso de sua

incapacidade (transitória ou permanente), um terceiro, nomeado por ele, como seu procurador de saúde, decidirá sobre as medidas cabíveis. As Diretivas Antecipadas foram instituídas nos Estados Unidos da América, em 1969, que denominadas de *Advance Directives*, estão previstas no *The Patient Self-Determination Act* (PSDA), primeira lei federal que reconheceu o direito à autonomia do indivíduo, à autodeterminação do paciente, em 1º de Dezembro de 1991. Essa lei foi aprovada pelo Congresso Norte-Americano, a partir de um caso que despertou interesse, clamor público e repercussão naquele país. Foi o “caso Nancy Cruzan”, levado à apreciação da Suprema Corte, em 1990 (ROCHA *et al.*, 2013).

Nancy sofreu um acidente automobilístico em 1983, permanecendo em coma por vários anos, confirmando o diagnóstico dos médicos de situação permanente e irreversível e, posteriormente, de Estado Vegetativo Persistente (EVP). Como o desejo de Nancy já havido sido manifestado antecipadamente a uma colega, neste caso, os aparelhos deveriam ser desligados (ROCHA *et al.*, 2013). Diante disso, a família ajuizou uma ação para que o desejo antecipado de Nancy fosse atendido. Dessa forma, por meio de um recurso impetrado pelo Estado que visava reformar a decisão procedente em primeira instância, os pais recorreram à Suprema Corte americana e, em 1990, ordenou o cumprimento da vontade da paciente e o desejo de sua família (ROCHA *et al.*, 2013). Joaquim Clotet esclarece que a PSDA

[...] reconhece o direito das pessoas à tomada de decisões referentes ao cuidado da saúde, aí incluídos os direitos de aceitação e recusa do tratamento, e ao registro por escrito, mediante documento, das mesmas opções, prevendo uma eventual futura incapacidade para o livre exercício da própria vontade (CLOTET, 1993 *apud* ROCHA *et al.*, 2013, p. 90).

Nos EUA, os estados são independentes para legislar sobre assuntos específicos. Por isso, a PSDA caracteriza-se como uma diretriz norteadora. Segundo Luciana Dadalto (2008), aproximadamente 35 estados norte-americanos possuem legislação própria sobre *living will* (testamento vital). A PSDA apenas norteia questões específicas sobre a matéria e traz conceitos formais como o de “paciente terminal”. Sendo assim, em cada

estado, essas questões são tratadas de maneira distinta pela autonomia de legislar conferida a cada ente (PENALVA, 2008). Mas, o que se entende por “testamento vital”? Em resposta a essa pergunta, Leo Pessini (2007, p. 256) comenta que são “as disposições dadas em vida por uma pessoa acerca das escolhas terapêuticas que serão implementadas na fase final de sua vida”.

Seriam então as DAV, um gênero de documentos em que consta a vontade antecipada de um paciente, deixando claro para os médicos os tipos de cuidados, procedimentos e tratamentos que deseja (ou não) ser submetido, quando da superveniência da impossibilidade de manifestar livremente a sua vontade. Esse tipo de documento, na verdade, procura honrar o direito à autodeterminação da pessoa, a sua autonomia, principalmente de pacientes que ficam aprisionados a aparelhos e equipamentos com intuito apenas de prolongar seus processos de morte, mas sem nenhuma expectativa de cura, por menor que seja. Esse panorama demonstra um adiamento doloroso da vida, não só para o paciente, como também para a família. Sobre as DAV, Luciana Dadalto explica:

Uma diretiva antecipada é um termo geral que contém instruções acerca dos futuros cuidados médicos que uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida. Esta denominação, diretivas antecipadas, na realidade, constitui gênero e compreende dois tipos de documentos em virtude dos quais se pode dispor, anteriormente, a vontade da pessoa que os redige. Assim, por um lado temos o chamado testamento vital, e por outro, o mandato duradouro (LÓPES, 2003 *apud* DADALTO, 2015, p. 89).

Assim, são espécies o testamento vital e o mandato duradouro, que, quando previstos num mesmo documento, são denominados de DAV. O primeiro é um documento, em que uma pessoa pode, antecipadamente, expressar sua vontade sobre o tratamento desejado ou não. Em linhas gerais, no Brasil, o testamento vital é conhecido como a manifestação prévia da vontade do paciente em fim de vida ou que, mesmo por situação transitória, não puder expressá-la de forma livre e consciente. Já o segundo, é um instrumento no qual a pessoa nomeia seu procurador(a), para que possa tomar decisões médicas em seu nome,

quando não estiver em condições físicas e mentais para tal. Segundo Luciana Dadalto, “propiciar ao cidadão o direito a elaborar um testamento vital é reconhecer que há autonomia do sujeito, é garantir a todos o exercício do direito de ser condutor de sua própria existência” (DADALTO, 2015, p. 203).

No Brasil, ainda não existe uma legislação específica que rege a matéria. Apenas a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM) dispõe sobre as DAV. Dadalto (2015, p. 164) esclarece que essa resolução “respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia e não possui qualquer relação com a prática de eutanásia.” Isto porque essa última é proibida no Brasil, mesmo não sendo elencada de forma explícita no diploma penal. No entanto, essa resolução não tem força de lei, pois é apenas um instrumento normativo para conduta ética médica, uma vez que o CFM não tem competência para legislar. Assim, a Resolução nº 1.995/2012, dispondo sobre as DAV, resolve:

Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (BRASIL, 2012, p. 1).

Ainda que não tenha força de lei, uma das considerações feitas pelo CFM sobre a resolução em comentário é a de que há que se levar em consideração sua “a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade” (BRASIL, 2012, p. 1). Quanto aos efeitos jurídicos, vale ressaltar que essa resolução não legalizou as DAV no Brasil, por não ser uma norma jurídica. Quanto à formalidade deste documento, o CFM não tem competência para determinar a obrigatoriedade do registro das DAV em cartórios, uma vez que, conforme já destacado, é órgão que apenas normatiza condutas médicas. No entanto, tal formalidade se faz necessária para garantir ao declarante que sua vontade será cumprida, tendo em vista que a lavratura de escritura pública das DAV proporcionará segurança jurídica (DADALTO, 2015).

Dignidade da pessoa e Estatuto do Deficiente

Com o advento da Constituição Federal de 1988, consagra-se a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional absoluto, basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que, aliás, considerado o princípio dos princípios, pois, de maneira explícita e implícita, consta em todo o texto constitucional. Nesse duto de raciocínio, Mendonça (2016, p. 258) confirma que a dignidade da pessoa humana foi alçada pela Constituição de 1988 “ao topo do ordenamento jurídico, determinando a prevalência do ‘ser’ em relação ao ‘ter’”, o que já refletia a necessidade de flexibilização do regime das incapacidades, particularmente às “situações jurídicas subjetivas existenciais”, levando-se em consideração o calibre de autodeterminação do sujeito e com a finalidade de proporcionar seu livre desenvolvimento.

Assim, não resta dúvida de que a dignidade da pessoa humana é algo real, mesmo sem uma definição clara, uma vez que se relaciona a um “conceito com contornos vagos e imprecisos”, como bem esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 117). O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe um dever de respeito que, segundo Immanuel Kant, “um sentimento moral”. E diz mais:

O que reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço-o com um sentimento de respeito que não significa senão a consciência da subordinação da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade (KANT, 2007, p. 32).

Nesse sentido, segundo Kant, uma pessoa é digna, porque ela é dotada de razão, pois é da razão, mais exatamente da razão pura prática, que a lei moral é derivada. Isso explicaria a dignidade humana. A ideia de dignidade também vai ao encontro da visão de direitos fundamentais contemporâneos, entre eles: a autonomia da vontade, a liberdade, a capacidade de entendimento e o agir intencionalmente (MÖLLER, 2012).

Por sua vez, a dignidade diz respeito à integridade física e psíquica e aos “meios mínimos para o exercício da vida” e, como também, ao “resguardo

dos pressupostos mínimos de liberdade”, e todos esses elementos caracterizam o homem ou sua existência e mais, sua capacidade de dialogar com o próximo (VIEIRA, 2012, p. 75). Nesse sentido, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) altera, entre outras coisas, o modelo social de direitos humanos, deixando de lado o estigma da exclusão, com o intuito de (re)colocar as pessoas portadoras de deficiência no patamar da igualdade e, por óbvio, tornando-as capazes juridicamente de seus atos. Sem dúvida, é um grande avanço no campo jurídico e social.

Reafirmando tal entendimento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald dizem que “o conceito de deficiência [...] não tangencia, sequer longinquamente, uma capacidade para a vida civil. A pessoa com deficiência desfruta, plenamente, dos direitos civis, patrimoniais e existenciais”, ao contrário do incapaz, cujas características elementares o impossibilita de se autogovernar. Sendo assim, uma pessoa incapaz terá proteção do sistema jurídico diferente daquela com deficiência que, a princípio, tem condições de exprimir sua vontade (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 327).

Frisa-se que, além do direito à dignidade e à igualdade concebidos aos deficientes e reforçados pelo referido Estatuto, essas pessoas têm o direito constitucional à não discriminação. Com efeito, traz também o direito à singularidade, que nada mais é do que o direito de ser diferente. Por isso mesmo, somente por ser deficiente, não significa que a pessoa seja juridicamente incapaz. Lado outro, nem toda pessoa incapaz juridicamente, necessariamente, tem que ser deficiente (FARIAS; ROSENVALD, 2016). Ademais, não se pode esquecer de que a própria Constituição, no caput do seu art. 5º, determina que “todos são iguais perante a lei [...]” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, interpretam-se os ditames do Estatuto que, de pronto, alterou o CC no sistema da incapacidade. O que se pretendeu não foi privilegiar os deficientes, e sim permitir o protagonismo de suas próprias vidas, dando-lhes autonomia e o direito de decidir sobre seus atos, compatibilizando a teoria da incapacidade com o texto constitucional.

Importa ressaltar que a Tomada de Decisão Apoiada beneficiará as pessoas com deficiência (física, psíquica ou sensorial), com restrição à autodeterminação; assim como às pessoas sem deficiência, “porém privadas

de parcela de autonomia, em caráter temporário ou permanente e pessoas com doença crônica degenerativa. Porém, há uma zona gris entre a TDA e as DAV no campo das end-life decisions” (ROSENVALD, 2016). Assim, a inovação legislativa buscar propiciar isonomia de tratamento entre os deficientes e as demais pessoas, ao passo em que considerar-se-á a necessidade ou não de assistente, representante ou apoiador devido ao fato de a pessoa poder ou não exprimir sua vontade.

No caso das DAV, conforme dispõe a Resolução nº 1.995/2012 do CFM, o paciente poderá exercer a autodeterminação para recusar intervenções terapêuticas excessivas (ou inúteis), sem perspectiva de cura, ou ainda poderá nomear um procurador para que se faça cumprir sua vontade, num momento em que já não consiga manifestá-la. Com efeito, o paciente poderá se valer da figura da Tomada de Decisão Apoiada, de acordo com as situações já descritas acima.

Ressalta-se que, no caso de uma pessoa declarada como absolutamente incapaz, seria necessário um “processo próprio de interdição – de natureza declaratória e cuja sentença deveria ser registrada no Registro Civil da Comarca em que residir o interdito”. No entanto, com o advento da Lei nº 13.146/2015, a possibilidade de interdição (absoluta) ficou praticamente abolida, uma vez que se mostra incompatível com o referido Estatuto, valendo para os deficientes o constante no CC (art. 1.783-A), como regra geral. Convém ressaltar que a causa incapacitante, nesse caso, refere-se à impossibilidade de manifestar sua vontade, e não somente de um estado patológico; se for o caso, é submetida, a partir do reconhecimento dessa incapacidade jurídica, à curatela (TARTUCE, 2016, p. 88-89).

A curatela, dessa forma, afetará tão somente os atos relacionados no art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois a definição de curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, mas apenas aos atos patrimoniais e negociais, obrigando o curador a prestar contas de seus atos administrativos, uma vez por ano ao juiz. Com o advento do referido Estatuto, poderá ocorrer uma série de pedidos para suspensão da cura-

tela, concedida anteriormente à edição dessa lei. Assim, poderá a pessoa apoiada, a qualquer tempo, ou mesmo os apoiadores, bem como o próprio Ministério Público ou ainda terceiros interessados, requerer a cessação da medida curatelar (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Frisa-se que o instituto da curatela difere-se da tutela, sendo este último destinado apenas a menores incapazes. Então, é simples o entendimento: para maiores com deficiência e incapacidade comprovada, aplica-se a curatela; e para os menores impúberes, a tutela.

Considerações finais

As DAV é um importante instrumento garantidor da autonomia privada, uma vez que possibilita ao paciente declarar prévia e expressamente sua vontade sobre os cuidados e tratamentos médicos que deseja ou não receber, ao tempo da terminalidade da vida; ou ainda poderá ser designado um procurador que decidirá em seu nome, quando este não puder fazer, de forma livre e autônoma.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não dispor de uma legislação específica que discipline as DAV, sendo apenas regulamentada pela Resolução nº 1.995/2012 do CFM, ainda assim, a vontade do paciente deve ser respeitada, desde que de preferência seja expressa por vias escritas, por meio de lavratura de escritura pública, mesmo que não haja nenhuma determinação legal para formalização, proporcionando uma maior segurança jurídica. Resguardados todos os direitos do paciente sob o manto dos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e o da autonomia privada, as DAV devem ser respeitadas, pois, ao dispor de sua vida, que nenhum tratamento irá devolvê-la de forma digna e plena, o paciente está usando de todos os pressupostos garantidores de seus direitos.

Em meio a esse contexto, a capacidade, como requisito essencial de validade das DAV e de manifestação de vontade do paciente/outorgante, sofreu algumas alterações pela edição da lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Essa lei provocou uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades, modificando inclusive a lei civilista. Dispõe que

apenas os menores impúberes são considerados absolutamente incapazes, e que os deficientes (físicos, psíquicos ou sensoriais) passam a ser considerados, presumidamente, como capazes.

No entanto, mesmo gozando de capacidade jurídica, há situações em que o deficiente com qualquer forma de limitação em sua autodeterminação necessitará que seja designado terceiros/apoiadores que o assistirão exclusivamente na prática de determinados atos, previamente definidos pelo beneficiário, homologados judicialmente e averbados no Cartório de Pessoas Naturais. Trata-se da Tomada de Decisão Apoiada (TDA), um modelo jurídico em que a pessoa apoiada conserva sua capacidade de fato, mesmo nas situações específicas em que seja auxiliada pelos apoiadores, pois sofrerá apenas privação de legitimação para a prática de determinados atos da vida civil.

Numa interpretação extensiva, o deficiente com restrição em sua autodeterminação ou pessoas sem deficiência, porém privadas de sua autonomia, mesmo que em caráter temporário, poderão ser coadjuvadas por apoiadores, desde que a condição da atualidade de impossibilidade de autogoverno exigida pela TDA seja interpretada de forma extensiva à circunstância superveniente de uma eventual impossibilidade de manifestação de vontade do beneficiário, numa situação de DAV.

Referências

- BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 ago. 2016.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 ago. 2016.
- _____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 15 jul. 2016.
- _____. **Resolução nº 1.995**, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.htm. Acesso em: 15 jul. 2016.
- DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- KANT, Immanuel. **Fundamentação metafísica dos costumes**. [Trad. Edson Bini]. São Paulo: Edipro, 2007.
- MENDONÇA, Bruna Lima de. Apontamentos sobre as principais mudanças operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) no regime das incapacidades. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2012.
- PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. 9. ed. Barueri/SP: Manole, 2015.
- PENALVA, Luciana Dadalto. As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi**, Brasília-DF, 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://advocacia.pasold.adv.br/artigos/arquivos/testamento_vital_contribuicao.pdf. Acesso em: 08 ago. 2016.
- PESSINI, Leo. **Distanásia**. Até quando prolongar a vida? São Paulo: São Camilo/Loyola, 2007.
- ROCHA, Andréia Ribeiro da; BUONICORE, Giovana Palmieri; SILVA, Anelise Crippa; PITHAN, Livia Haygert; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal: reflexão bioética**. Revista bioética (Impr.) 2013; 21 (1): 84-95. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/articledownload/790/859. Acesso em: 06 ago. 2016.
- ROSENVALD, Nelson. **Há fungibilidade entre a tomada de decisão apoiada e as diretivas antecipadas de vontade?** (31/05/2016). Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/#!Há-fungibilidade-entre-a-tomada-de-decisão-apoiada-e-as-diretivas-antecipadas-de-ontade/c21xn/574e00820cf25085214d4764>. Acesso em: 02 ago. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.
- SILVA, Alexandre Barbosa da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o regime das incapacidades: breve ensaio sobre algumas possibilidades. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. v. único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia: humanizando a visão jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012.

Esta obra foi composta nas tipologias Minion/Helvetica Neue LT e foi impressa em papel off-white® 80 grs./m², no outono de 2017.

Vivemos em um país onde se morre mal. Morre-se por falta de leito, por falta de medicamento, por falta de profissional de saúde para atender à demanda, por falta de informação, por falta de conhecimento técnico, por falta de cuidado.... Morre-se também por excesso. Excesso de burocracia, excesso de confiança, excesso de tratamentos, excesso de procedimentos... Entre a falta e o excesso há um longo caminho a ser percorrido cujas estradas são desconhecidas e necessitam ser desbravadas. Assim, o livro que ora tenho a honra de prefaciar, "Diretivas Antecipadas de Vontade: autonomia e dignidade do paciente" [...] vem nos brindar com importantes reflexões acerca dos caminhos que podem ser percorridos em prol de uma morte mais digna para o cidadão brasileiro, especialmente para aquele que está em fim de vida. [...] Cada um dos autores dessa obra se debruçou no que há de contemporâneo na literatura nacional e internacional sobre os direitos dos pacientes em fim de vida com vistas a debater formas de garantir a esses pacientes o direito de morrer bem. E o que significa morrer bem? Significa participar das escolhas que envolvem o processo morte, significa ter seus desejos atendidos, significa não sentir dor, significa ser tratado como um sujeito e não como uma doença, significa ter respeitado o direito fundamental e personalíssimo à morte digna, lembrando sempre que a dignidade é um valor pessoal e que, portanto, não existem fórmulas prontas, não existem verdades absolutas. Em suma, o que existe é a necessidade premente de mudarmos a qualidade da morte do brasileiro que está em fim de vida. [...]

Belo Horizonte, 30 de março de 2017.

Luciana Dadalto

Doutora em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUCMinas.

Apoio

