**DISPOSIÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL**

Jeremias Reis Comaru1

**RESUMO**

Os avanços tecnológicos introduzidos na medicina moderna têm produzido polêmicas em torno dos procedimentos artificiais de manutenção da vida e autonomia da vontade do paciente, gerando o reposicionamento de médicos, legisladores e da sociedade em relação à ortotanásia. O presente estudo dedica-se a examinar, através de pesquisa bibliográfica, como o procedimento da ortotanásia tem sido assimilado pela doutrina, pela jurisprudência, e, sobretudo, legitimado pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se ainda demonstrar como o Brasil caminha para a positivação do direito de optar pela morte natural através da ortotanásia e a diretiva antecipada de vontade.

**PALAVRAS-CHAVE**: Dignidade da Pessoa Humana. Ortotanásia. Diretiva Antecipada de Vontade.

**INTRODUÇÃO**

O presente trabalho relaciona-se com legitimação do procedimento da ortotanásia e da diretiva antecipada de vontade, analisando os pressupostos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

O objetivo é compreender o avanço das recentes resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre a limitação ou suspenção de procedimentos e tratamentos na fase terminal de doença grave e declarada incurável, respeitando a autonomia da vontade do paciente ou de seu representante legal através da Resolução 1.805/2006, e a orientação ao atendimento da diretiva antecipada de vontade abordada na Resolução 1.995/2012, na qual qualquer pessoa civilmente capaz poderá decidir junto com a equipe médica sobre sue tratamento. O estudo baseia-se na pesquisa bibliográfica e na legislação que envolve a problemática.

1- Aluno do curso de bacharelado em Direito da Faculdade 7 de Setembro – FA7. E-mail: jeremiascomaru@hotmail.com

Ao final, pretende-se demonstrar que o tema ainda merece particular atenção do legislador a fim de evitar obstáculos a ortotanásia.

1 A QUESTÃO DA TERMINALIDADE DA VIDA.

Para começar a compreender a ortotanásia é importante ressaltar que o tema vida, seu início e termo final, embora interessem ao Direito, encontram suas definições técnicas na Medicina e na Bioética. Desta forma, tratando-se de um fenômeno biológico, não pode ser discutido por doutrinadores e legisladores como uma verdade legal, pois o embasamento científico é pertinente a outras ciências.

No entanto, para a sociedade é importante que o Direito defina juridicamente tanto o termo inicial quanto o termo final da vida, porque é nesse lapso temporal que se dão as relações humanas.

Isso pode ser verificado nas mais antigas comunidades. Os gregos, por exemplo, conforme Grimal (2005, p.306), acreditavam que cada indivíduo tinha sua “*mera*”, sua parte (de vida, de felicidade e desgraça), diante da qual deveria se submeter, uma vez que estava predeterminada. A morte significava para eles, segundo Sá (2009, p.37-54), “o fim das atividades das *Morias*, deusas que determinavam a vida e o destino dos homens, decidindo quando o evento morte ocorreria”.

Hoje, de um lado, questões relacionadas ao início da vida são discutidas abertamente no âmbito familiar, na escola e na mídia, guardando pertinência, inclusive, com as políticas públicas de saúde, enquanto assuntos relacionados à morte ainda se constituem um verdadeiro tabu, o que dificulta a tomada de decisão sobre a qualidade de vida que se deseja na fase terminal.

Assim, embora não seja tão simples, a evolução tecnológica permitiu que a Medicina pudesse manter e prolongar a vida, do ponto de vista técnico, por prazos cada vez mais largos, a fim de “amenizar” o impacto do evento, principalmente para os familiares.

Essa obstinação terapêutica fez com que o paciente deixasse de morrer a seu tempo, para sucumbir no limite das possibilidades tecnológicas das chamadas “terapias fúteis” ou por decisões alheias ao bem-estar do enfermo, tomadas com base nos mais variados motivos.

Desta forma, é necessária, como bem afirma Maria Helena Diniz,

a imposição de limites à moderna Medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado caso se esteja atento à dignidade da pessoa humana. (2006, p.20)

Com isso, segundo Sztajn (2009, p.252), “as questões relacionadas a pacientes terminais ficam cada vez mais evidentes por força dos avanços tecnológicos”.

Ainda conforme Sztajn (2009, p.252), paciente terminal é:

[...] aquele em face do qual não há, segundo o estado da arte, perspectiva concreta e real de cura. São disponíveis medidas paliativas, que melhoram ou oferecem alguma qualidade de vida até o evento final, a morte.

A determinação da fase terminal da enfermidade é pressuposto para a decisão sobre quais terapias serão adotadas pelo médico para melhorar a qualidade de vida do paciente até o evento morte.

Para Urban, fase ou doença terminal “compreende-se como uma condição patológica que leva a pensar em uma expectativa de morte em breve tempo como consequência direta da doença” (2003, p.496).

Já para Sztajn, fase terminal ou terminalidade:

[...] é estado de fato, estado da natureza, em que a superveniência da morte, seja por agravamento da doença, seja por outra causa é inevitável, ocorrendo esse evento em lapso relativamente curto (2009, p.252).

Sob a perspectiva da prática médica em unidades de terapia intensiva, segundo os comentários de Lago, Garros e Piva (2007, p.360):

A definição de terminalidade é ampla e complexa. Este conceito baseia-se em dados objetivos (por exemplo, resultado de exames como ressonância magnética, tomografia computadorizada e biopsias), subjetivos (como falta de resposta terapêutica a determinado tratamento) e pessoais (experiências próprias anteriores de cada profissional). Obviamente que a determinação de irreversibilidade será muito mais precisa quando baseada predominantemente em dados objetivos.

Nota-se, desta forma, que não se pode estabelecer um momento, mas sim a previsibilidade de que o evento morte ocorra, devendo o médico basear-se, principalmente, em critérios objetivos, de acordo com cada caso.

A morte, considerada como o fim da atividade cerebral, tem para o Direito grande importância, pois além de marcar o fim da personalidade, implica em várias consequências jurídicas como, por exemplo, na sucessão, nas obrigações, no direito societário e na doação de órgãos.

Conforme o artigo 3º da Lei 9.434/97, a Lei de Doação Presumida de Órgãos, ou Lei dos Transplantes, “é considerada para fins de término da vida humana a morte encefálica”.

Com base nesse dispositivo legal, o Conselho Federal de Medicina, no artigo 1º da Resolução 1.480/97, determina que:

Art.1º A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Finalmente, deve-se diferenciar a morte encefálica do estado vegetativo, pois este, segundo Pessini, é:

[...] um estado de não reação, atualmente definido como condição caracterizada pelo estado de vigilância, alternância de ciclos de sono/vigília, ausência aparente de consciência de si e do ambiente circundante, falta de respostas comportamentais aos estímulos ambientais, conservação das funções autônomas e de outras funções cerebrais(2005,p.65).

Uma vez definida a situação de terminalidade, considerando, principalmente os dados objetivos, o médico tem o dever profissional de tomar uma série de medidas para manter a qualidade de vida do paciente, obrigação que lhe impõe proporcionar cuidados paliativos, a fim de que o enfermo e sua família possam se preparar para enfrentar o momento da morte com dignidade.

O dever de informação do profissional e o respeito à autonomia da vontade também deverão ser observados nessa fase, como será analisado no curso desse estudo.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (2013, *on line*), cuidados paliativos:

[...] são uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e suas famílias, que enfrentam o problema associado a doenças com risco de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento por meio da identificação precoce e avaliação e tratamento da dor e outros problemas físicos, psicossociais e espirituais.

Já a expressão “tratamento fútil” é muito subjetiva e sua conceituação não é universal. Consiste em submeter o paciente a terapias que não são capazes de lhe propiciar a melhoria do seu estado de saúde, revertendo seu estado terminal, apenas mantê-lo vivo.

2 PRINCÍPIOS DA ÉTICA MÉDICA E BIOÉTICA

Uma vez que o médico deve seguir as normas, protocolos e resoluções que regem sua profissão, este deverá ainda observar os princípios basilares da ética médica e bioética, quais sejam: o autonomia, beneficência, não maleficência e justiça e equidade.

A ética médica, conforme Bastos, Palhares e Monteiro, é “a ética normativa aplicada é Medicina, [...] analisa se determinada conduta é boa e correta, ao considerar os comportamentos pessoal e social” (1998, p.243).

Clotet, define que “Bioética é a ética aplicada que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada dos dilemas morais por elas apresentados”. (2003, p.33)

Na Bioética, segundo Amaral e Pona, a autonomia:

[...] é entendida como a valorização da consideração das opiniões e escolhas dos indivíduos, de modo a não obstruir suas ações a menos que estas sejam prejudiciais a outras pessoas. Assim devem ser respeitados: a liberdade de escolha do paciente, seu direito de autodeterminação, de manifestação livre de sua vontade e sua privacidade. (AMARAL, PONA, 2010, p.14)

Assim, caberá ao médico, sempre que as circunstâncias fáticas e clínicas permitirem, considerando ainda o seu dever profissional de informação, obter o consentimento do paciente para adoção de determinada terapia.

Conforme Moura, é imperativo, segundo o princípio da autonomia, que o médico:

[...] transmita ao paciente informações cuidadosas da verdade sobre o diagnósticos e prognóstico, sobre as opções de conduta, sobre o planejamento do tratamento e das futuras expectativas, de modo que o paciente tenha condições de entender sua real situação (2007,p.42).

A expressão do consentimento sobre a terapia não significa que o médico deixe de aplicar os cuidados necessários para garantir a melhor qualidade de vida ao paciente.

Tal autonomia também não poderá implicar em qualquer conduta antiética do profissional, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal, uma vez que poderá ser caracterizada a omissão ou tratamento desumano na assistência.

Portanto, a autonomia do paciente encontra limites tanto na prática e normas profissionais, quanto em não prejudicar os demais. Para ponderar sobre esses limites, serão invocados os princípios da beneficência e da justiça.

Quanto ao princípio da beneficência, conforme leciona Hottois, este “considera que a ação deve tender para a realização do bem tendo em consideração a concepção do bem de outrem”. (2003, p.88).

De fácil compreensão, o princípio da beneficência traduz o objetivo básico da Medicina de propiciar o bem-estar na assistência aos pacientes, conferindo prioridade aos interesses destes.

O princípio da não-maleficência, do latim *primum non nocere,* significandoliteralmente “primeiro não fazer o mal”, segundo Hottois “impõe a obrigação de garantir que os benefícios de uma ação superem os malefícios”.(2003, p.495).

Nesse sentido, as condutas médicas não podem trazer risco ou sofrimento maior que os resultados efetivos esperados. Assim, a distanásia, conduta que será analisada a seguir, poderá ser vista como ação contrária a esse princípio, já que impõe ao paciente terminal dor e sofrimento, sem qualquer expectativa de reversibilidade do quadro terminal.

Quanto ao princípio da justiça e equidade, Hottois indica que “todos os pacientes devem ter acesso a um mesmo nível de adequado tratamento de saúde, bem como a distribuição dos recursos disponíveis de tratamento”.

Nesse sentido, a Bioética vai levar em consideração questões socioeconômicas e políticas públicas de saúde, além da legislação pertinente a rede hospitalar particular e os seguros de saúde.

Os princípios elencados são complementares e não há hierarquia entre eles, solucionando-se cada caso concreto de acordo com o princípio que mais se destaque.

Finalmente, conforme Siqueira (2008, p.93), “a reflexão bioética da prática clínica é sempre dinâmica e fundamenta-se [sic] no olhar interessado, simultaneamente, na pessoa enferma e em toda a humanidade”.

3 AS CONDUTAS MÉDICAS FRENTE À MORTE

Existem quatro procedimentos médicos em relação à morte, nem todos éticos ou mesmo legais no Brasil, que influenciarão diretamente no momento da morte do paciente, quais sejam: a eutanásia, a distanásia, a mistanásia e a ortotanásia.

A eutanásia, segundo Blakiston,(2009, p.410), “consiste em um ato de produzir a morte fácil e sem sofrimento de um indivíduo portador de moléstia incurável”.

Tal procedimento não é admitido no Brasil, assim como na Espanha, França e Canadá, mas é admitido nos Estados Unidos, Austrália, Holanda e Bélgica.

Na Bélgica, a lei que prevê o procedimento, segundo Friso (2009, p.134) “dispõe que o Estado deverá prover os recursos para a eutanásia, caso a pessoa não disponha de recursos para tanto”, além de prever a possibilidade de aplicá-la em pessoas que não sejam pacientes terminais, sendo necessária a opinião de um terceiro médico.

Nos Estados Unidos, a justiça autoriza a execução do procedimento mediante a análise de cada caso em concreto.

O Vaticano, por sua vez, posicionou-se contra o procedimento através do documento Declaração sobre a Eutanásia no qual indica:

[...] que nada ou ninguém pode autorizar a que se dê a morte a um ser humano inocente seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. E também a ninguém é permitido requerer este gesto homicida para si ou para um outro confiado à sua responsabilidade, nem sequer consenti-lo explícita ou implicitamente. Não há autoridade alguma que o possa legitimamente impor ou permitir.(1980, *on line*)

No Brasil, a eutanásia é considera crime, mas o autor poderá ter sua pena reduzida conforme o artigo 121, §1º do Código Penal, considerando que “o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral”, quando se identifica os sentimentos de piedade ou compaixão pela vítima. No caso do médico, o procedimento é totalmente vedado.

O Código de Ética Médica no artigo 66 indica que “é vedado ao médico, em qualquer caso, o uso de meios destinados a abreviar a vida do paciente”.

Quando ao conceito de mistanásia, este está relacionado a uma problemática sócio-política, econômica ou, até mesmo, científica e eugênica, ferindo os princípios da ética médica e da bioética. A morte neste caso, segundo Friso (2009, p.136), torna-se “uma solução cruel para tais problemas”, desumanizando o atendimento médico e atingindo frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo tal conceito, viver ou morrer dependeria de fatores diversos, uma espécie de seleção, pela falta de recursos humanos, leitos, equipamentos, dentre outros, significando morrer sem a devida assistência.

A distanásia, por outro lado, é o procedimento no qual o médico procura prolongar ao máximo a vida do paciente, mesmo que as terapias não resultem em qualquer vantagem para a melhoria da qualidade de vida. Tal obstinação encontra amparo tanto na legislação, uma vez que o médico procura cumprir com seu dever de assistência, quanto na Medicina, já que o médico, que se vê impotente diante da enfermidade terminal, insiste nas chamadas terapias fúteis, buscando a todo custo prolongar a vida do paciente.

Segundo Oliveira (2005, p.81), “em geral o médico assume uma posição de enfrentamento à morte”. Isso significa que manter o paciente vivo pode ser um desafio ao médico, indiferentemente a dor e sofrimento alheio.

O médico sofre ainda grande pressão de familiares, que por vários motivos insistem em prolongar a vida do paciente, como, por exemplo, a chegada de um parente distante, a resolução de questões jurídicas na vigência de mandatos, dentre outros motivos que desconsideram a qualidade de vida do paciente.

No entanto, a manutenção dos cuidados paliativos a um paciente em estado vegetativo nada tem haver com a distanásia, uma vez que a manutenção da vida não depende de aparelhos necessariamente, mas de cuidados relacionados à alimentação, higiene e exercícios de fisioterapia, por exemplo.

Há de destacar que, indiferentemente a todas as pressões elencadas, além de outras próprias do dia-a-dia do médico, o Código de Ética Médica (2010), reforça o caráter antiético da distanásia, observando no inciso XXII do preâmbulo que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

Prevê ainda o artigo 29 do mesmo código que é vedado ao médico “praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

Finalmente, a ortotanásia, apresenta-se, como sua própria etimologia revela, como a morte no seu tempo correto; “orthos” que significa correto e “thanatos” que significa morte. Na prática, tal procedimento implica na não utilização ou interrupção das terapias fúteis para prolongamento da vida, permitindo que a morte chegue a seu tempo. Na ortotanásia não se busca o direito à morte, mas sim o direito a morrer com dignidade.

Clemente e Pimenta (2006, p.7) diferenciam o direito à morte do direito de morrer com dignidade:

O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com direito à morte. O direito de morrer dignamente é o desejo, a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer.

A ortotanásia se dá na terminalidade da vida, quando o paciente já se encontra em um processo natural de falecimento por enfermidade incurável. Nesse momento, o médico assistente ou o médico plantonista deverá verificar se o quadro clínico é irreversível ou se ocorre outro evento alheio à doença terminal e, portanto, tratável. Desta forma, será o médico o único habilitado a promover a ortotanásia e garantir sua legitimidade.

Assim, as considerações sobre a adoção do procedimento da ortotanásia passam, necessariamente, pela avaliação clínica do médico sobre o estado geral do paciente, a fim de determinar se este se encontra em estágio terminal e de constatar a inutilidade dos métodos artificiais para a manutenção da vida.

4. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ORTOTANÁSIA

4.1 Resolução CFM 1.805/2006 sobre a ortotanásia

No Brasil não existe lei que estabeleça os parâmetros para a ortotanásia. No entanto, o Conselho Federal de Medicina (CFM), com os poderes a ele atribuídos para disciplinar a atividade do profissional médico, tem regulamentado o posicionamento ético do médico frente à ortotanásia, definindo conceitos e procedimentos a serem tomados com relação à fase terminal.

Questão controvertida no ordenamento jurídico brasileiro, a ortotanásia depara-se com conceitos mais conservadores como o dever jurídico de assistência médica, tanto dos profissionais quanto do Estado.

Exemplo disso é o código penal, que literalmente impede tal pratica, qualificando como homicídio omissivo; havendo, portanto, a necessidade de se recorrer à doutrina mais moderna, para que se possa arrazoar de forma mais coerente sobre o dever jurídico de agir do médico quando a terapia se torna inútil para a manutenção da vida. Conforme Sá (2001,p.140), não há aí ato omissivo médico, pois “não caracteriza ato delituoso, face à ausência de dever jurídico, se a saúde era objetivo inalcançável”.

É importante ressaltar que, na ortotanásia, a prática médica não interfere no evento morte, uma vez que esta é ocasionada pela enfermidade do paciente, não se confundindo com a eutanásia ou o suicídio assistido.

O que ocorre, entretanto, é a interrupção ou não início de terapias fúteis, ao mesmo tempo em são utilizadas terapias paliativas capazes de diminuir a dor do paciente, gerando melhor qualidade de vida.

A doutrina, entretanto, tem acompanhado as discussões bioéticas acerca da manutenção artificial da vida, respaldando as decisões jurídicas que envolvem as resoluções do CFM, sobretudo as resoluções 1.805/2006 e 1.995/2012.

O Conselho Federal de Medicina, no intuito de normatizar o procedimento da ortotanásia editou a Resolução 1805/2006, considerando, principalmente, a assistência integral ao paciente terminal e o respeito a sua vontade ou de seu representante legal, conforme o artigo 1º:

Art. 1º- É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. (BRASIL, 2006)

Ainda no artigo 1º, a mesma resolução trata do dever de informação do profissional, uma vez que dispõe no §1º e nos seguintes sobre a obrigação do médico de esclarecer ao paciente ou seu representante sobre a doença e as terapias, assim como no §2º obriga-se a fundamentar a decisão e registrá-la no prontuário.

Finalmente, no seu artigo 2º, a mesma resolução dispõe sobre a manutenção das terapias que tenham como único fundamento aliviar a dor do paciente.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.(BRASIL, 2006)

Ocorre que o Ministério Público Federal promoveu ação civil pública contra o Conselho Federal de Medicina, processo 2007.34.00.014809-3, no intuito de anular a Resolução 1.805/2006, alegando que o CFM buscava tratar como ética conduta tipificada como crime. Tal ação foi julgada improcedente pela Justiça Federal sob o fundamento que não ofende o ordenamento jurídico, uma vez que, segundo o magistrado Roberto Luis Luchi Demo:

[...] o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica. (Brasil, 2010, p.3)

Logicamente, o julgamento da ação permitiu que se abrisse a discussão sobre a ortotanásia, o que permitiu que o CFM avançasse na garantia de autonomia da vontade do paciente terminal, editando a Resolução 1.995/2012, tratando, na sua essência, do registro da diretiva antecipada de vontade.

4.2 A Resolução CFM 1.995/2012 sobre a diretiva antecipada de vontade

Para consolidar a ortotanásia como manifestação da autonomia da vontade do paciente, o Conselho Federal de Medicina aprovou a resolução 1995/2012 que trata da diretiva antecipada da vontade, possibilitando ao paciente terminal escolher com antecedência as terapias que deseja ou não se submeter em consonância com o Código de Ética Médica e os princípios da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, consagrados na Constituição Federal.

A resolução vem a permitir que qualquer pessoa maior de dezoito anos ou emancipada judicialmente, em pleno gozo de suas faculdades mentais e responsável por seus atos perante a justiça possa expressar sua vontade em relação ao tratamento o qual será submetida na fase terminal de sua vida, exceto crianças e adolescentes sob a responsabilidade dos pais, uma vez que nem os menores nem seus pais poderão expressar-se nesse sentido.

Tal comunicação deverá ser feita pelo paciente ao médico, que por sua vez registrará a chamada diretiva antecipada de vontade, também conhecida como testamento vital, no prontuário.

Como elencam Amaral e Pona, as características deste documento são as mesmas do testamento comum, pois é:

é um ato jurídico, representa a manifestação da vontade do indivíduo para a produção de efeitos jurídicos; unilateral, porque sua eficácia não depende do concurso de outra pessoa, bastando a vontade declarada pelo testador na forma da lei; personalíssimo, somente o indivíduo pode realizá-lo, sendo-lhe vedada a outorga de poderes para a confecção por representante; revogável, para que se leve a cabo as disposições nele contidas, é necessário que expresse as vontades do testador de forma inequívoca, podendo o mesmo, a qualquer momento, revê-las, revogá-las; gratuito, não impõe ônus nem obrigações a quaisquer pessoas; solene, exige-se o registro do documento, como garantia da segurança jurídica. É essencialmente formal, devendo ser escrito e respeitar as solenidades, sob pena de nulidade. (2010, p.8)

O registro da diretiva antecipada de vontade poderá ser feito pelo médico assistente tanto na ficha médica quanto no prontuário do paciente, com expressa autorização deste.

O médico, por prerrogativa profissional, pode registrar a diretiva no prontuário sem a necessidade de testemunhas, uma vez que seus atos têm fé pública e seus atos efeitos legal e jurídico. O registro na ficha ou prontuário faz parte do atendimento, sendo por esse motivo gratuito.

O documento deverá conter a vontade expressa do paciente sobre o limite dos procedimentos terapêuticos da ação médica. O médico deverá fazer constar nesse registro que o paciente encontrava-se lúcido e consciente de sua situação clínica e da decisão tomada.

Se o paciente considerar necessário, poderá designar um representante legal para dar cumprimento à diretiva.

Uma vez que o registro da diretiva antecipada de vontade não exija uma forma específica, o paciente poderá registrá-la em cartório, muito embora o registro no prontuário seja suficiente. A partir daí, somente o paciente poderá alterá-la.

Ressalte-se que o testamento vital é um ato jurídico *inter vivos* e não *causa mortis*, pois dispõe justamente sobre os momentos preparatórios para a morte.

A ideia do testamento vital, conforme Cortés (2009, p.5), surgiu a partir do conceito de consentimento informado, que tem raiz nas Ilhas Britânicas em 1767, por ocasião do julgamento do caso *Slater versus Baker & Stapleton*.

Em geral, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a diretiva antecipada de vontade dispõe sobre a aceitação ou não de tratamentos capazes de prolongar a vida artificialmente, sobre doação de órgãos e a nomeação de um representante.

Estados Unidos, vários países europeus e, mais recentemente, Argentina, Brasil e Uruguai, têm realizado esforços no sentido de preservar a autonomia da vontade do paciente.

De acordo com Sá, o testamento vital consolidou-se nos Estados Unidos a partir de 1991 quando entrou em vigor o *Patient Self-Determination Act,* ato de autodeterminação do paciente, confirmando-se como documento jurídico válido, uma vez que:

[...] reconheceu a autonomia privada do paciente, inclusive para recusar tratamento médico. Os centros de saúde, quando da admissão do paciente, registram suas opções e objeções a tratamentos em caso de incapacidade superveniente de exercício pela própria autonomia – são as “*advance directives”* – previstas nessa lei. (2005, p.36)

Na Espanha, por exemplo, a *Ley* 41 de 2002 (Espanha, 2002) prevê a possibilidade de manifestação prévia do paciente sobre os procedimentos e cuidados que deseja ou não se submeter no caso de não poder manifestar-se pessoalmente, o que define como *instrucciones previas*. Tal lei cria o *Registro Nacional de Instrucciones Previas* vinculado ao *Ministerio de Sanidad y Consumo*, com a finalidade de assegurar a eficácia do documento, formalizado de acordo com o disposto na legislação das Comunidades Autônomas, em todo território nacional.

Já em Portugal , a lei 25 de 2012 (Portugal 2012) trata exclusivamente da diretiva antecipada de vontade, denominando-a testamento vital oficialmente, além do Registro Nacional de Testamento Vital, para centralizar e organizar os registros de testamento vital, embora a validade do documento não esteja vincula ao depósito em tal órgão. Institui ainda a figura do procurador de saúde, capaz de decidir em nome do outorgante sobre os cuidados que este deva ou não receber se estiver incapacitado de se expressar, ressalvando-se a hipótese em que haja conflito com o próprio testamento vital, quando o documento deverá prevalecer.

Na Argentina, por exemplo, a lei 26.529 de 2009, *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud* (Argentina, 2009), cujo capítulo III versa especificamente sobre o consentimento informado, define que este se dá somente após o paciente receber informação clara, precisa e adequada sobre sua saúde, os procedimentos propostos e resultados esperados, os riscos e efeitos adversos previsíveis e as consequências da não realização dos procedimentos. Além disso, determina que a diretiva antecipada de vontade deverá ser aceita pelo médico, exceto quando configurar na prática da eutanásia, quando será considerada inexistente.

Outro exemplo é o Uruguai, que aprovou a *ley* nº18.473 (Uruguai, 2009), *Voluntad Antecipada*. Além de garantir a autonomia da vontade do paciente como os demais ordenamentos citados, traz a figura obrigatória do representante no corpo do documento da expressão antecipada de vontade. Tal representante deverá velar pelo cumprimento da vontade do titular e poderá ser destituído por este a qualquer tempo ou substituído por outro, que também deverá constar no documento, no caso de o primeiro não poder ou querer assumir tal ônus no momento em que se fizer necessário.

No Brasil, o testamento vital não poderá dispor sobre a recusa dos cuidados paliativos, uma vez que tais cuidados garantem o direito ao tratamento digno previsto na legislação, assim como do direito à morte natural e com o mínimo de sofrimento.

A diretiva antecipada de vontade não se confunde com autorização ou pedido de eutanásia, uma vez que esta é uma antecipação da morte e aquela permite que o termo final da vida seja um fenômeno natural decorrente da enfermidade, não autorizando sua abreviação. Não se trata, portanto, de renúncia ao direito à vida, mas sim de uma opção por uma morte com menor sofrimento e ao seu tempo.

Há ainda, conforme Dworkin (2006, 214) uma espécie de contraposição do interesse do Estado em preservar a vida do paciente e a autonomia da vontade deste – “o suposto interesse do Estado em manter o paciente vivo pode entrar em conflito com os interesses do próprio paciente, não só na opinião dele mesmo como também na opinião da maioria das pessoas”.

O Código de Ética Médica ressalta o princípio da autonomia no inciso XXI do seu preâmbulo, afirmando que:

no processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. (BRASIL, 2010)

A Resolução CFM 1.995/2012 define a diretiva antecipada de vontade no seu artigo 1º como:

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

O médico, amparado nessa diretiva, tomará as decisões necessárias sobre a terapia a utilizar:

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

Fica ainda subordinado às diretrizes traçadas no Código de Ética Médica, devendo este prevalecer sobre a diretiva antecipada de vontade:

§ 2º 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.

O profissional fica condicionado aos parâmetros do Código de Ética Médica, devendo aplicar os procedimentos necessários para manter um tratamento humanitário ao paciente, de acordo com o seu dever de assistência.

Assim, quanto ao conteúdo, registrada a diretiva antecipada de vontade no prontuário do paciente, esta prevalecerá sobre qualquer desejo de familiares ou parecer não médico:

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

Desta forma, também se amplia a autonomia médica quanto a ortotanásia, atendo-se apenas aos protocolos médicos e os cuidados paliativos para evitar o sofrimento físico, psíquico e moral do paciente terminal. Restringe-se, por outro lado, o poder de influência de familiares sobre o tratamento.

Clemente e Pimenta discutem a possibilidade de ampliar o alcance da diretiva de vontade, o que merece uma atenção especial dos legisladores e órgãos de fiscalização de saúde pública e de regulação profissional da Medicina:

Atualmente, pretende-se ampliar as diretivas antecipadas a quaisquer enfermos em situações clínicas potenciais. Pretende-se, ainda conceder poderes aos pacientes não só para recusarem, mas também para optarem positivamente por um tratamento, diante de um espectro de possibilidades. (2006, p.8)

Faz-se necessária, nesse caso, uma delimitação clara do que seja “situação clínica potencial”, para que não seja distorcida a finalidade do testamento vital, ora direcionado a uma situação de terminalidade e servindo à efetivação da ortotanásia.

**CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Quando se busca entender o direito à vida, analisando não somente sobre o aspecto da existência, mas também sobre a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, verificamos que o princípio da autonomia da vontade respalda as decisões relativas também ao término da vida, permitindo ao indivíduo decidir sobre submeter-se ou não a determinadas terapias.

A doutrina tem apontado para uma positivação efetiva do direito a morrer naturalmente, sem que os pacientes sejam obrigados a suportar as chamadas terapias fúteis.

A análise sobre a falta de efetividade das terapias fúteis em cada caso deve ser informada ao paciente e à família para que possam decidir sobre tipo de terapia desejam que seja aplicada, mantendo-se todo o apoio e conforto aos mesmos

O dever de assistência médica não envolve a manutenção da vida de forma artificial e sem limites, quando não se tem qualquer objetivo de cura ou reversão da terminalidade, uma vez que a cada dia surgem novas tecnologias para ampliar a sobrevida de pacientes terminais.

As resoluções 1805/2006 e 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina não tratam de antecipar o termo natural da vida, o que seria eutanásia, mas permitir que o indivíduo opte pelo termo espontâneo. Recusar à tecnologia, quando esta já não demonstre benefício ou expectativa de benefício ao paciente, propiciando a cura ou recuperação de qualidade de vida, não se traduz em ato suicida ou homicida por omissão.

Enquanto a resolução 1.805/2006 abriu as portas para a legitimação do procedimento médico da ortotanásia, a resolução 1.995/2012 vem a confirmar tal legitimidade e vincular a decisão médica à diretiva antecipada de vontade, o que definitivamente contribui para garantir a prevalência da autonomia da vontade sobre quaisquer outros interesses, protegendo assim a intimidade e a privacidade do indivíduo.

**REFERÊNCIAS**

AMARAL, A. C. C. Z. do; PONA, E. W. **Autonomia da vontade e testamento vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo Científico Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2010

ARGENTINA. *Ley* 26.529 de 19 de novembro de 2009. *Derechos del Paciente, Historia Clinica y Consentimiento Informado.* Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/index.php/legislacao-estrangeira/argentina>. Acesso em: 15 de nov. 2012

\_\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.480, de 8 de agosto de 1997. Regulamenta o termo de Declaração de Morte Encefálica, através de exames clínicos e complementares. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480\_1997.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

\_\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.805, de 28 de novembro de 2006. Dispõe sobre a limitação ou suspensão, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805\_2006.htm>. Acesso em 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\_2012.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf > Acesso em 12 out. 2012.

\_\_\_\_\_\_. Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1977. Dispõe sobre a doação 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/L9434.htm>. Acesso em: 29 de out. 2012.

CORTÉS J.C.G. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. **Revista Med Uruguay**, v.15, n.1, p. 5-12, abr. 1999. Disponível: <http://www.rmu.org.uy/revista/15/1/2/es/> . Acesso em: 15 de nov. 2012.

CLEMENTE, A. P P; PIMENTA, W. J. D.. **Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias?**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=1231>. Acesso em: 29 set. 2011.

CLOTET, J. **A Bioética: uma ética aplicada em destaque**. In: CLOTET, Joaquim. Bioética: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 27-48.

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

ESPANHA. *Ley* 41 de 14 de novembro de 2002. *Adaptación de la Ley General de Sanidad con el objetivo de aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitárias.* Disponível em*: <http://www.testamentovital.com.br/index.php/legislacao-estrangeira/espanha>.* Acesso em: 15 de nov. 2012

FRISO, G.L. Terceira seção - A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.98 n.885, p. 130-154, jul. 2009.

MELLO, C.A.B. de **Curso de Direito Administrativo**, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAIS, A. de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, E.M de. Eutanásia, ortotanásia e doação de orgãos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais,. p. 39-50. v.15 n.58. jan. 2007-mar. 2007

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

PORTUGUAL. Lei 25 de 16 de julho de 2012. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/index.php/legislacao-estrangeira/portugal>. Acesso em 15 de nov. 2012.

SÁ, M. F. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, J. A da **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, J. E. de. **A bioética e a revisão dos códigos de conduta moral dos médicos no Brasi**l. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/pdf/artigo\_completo\_jose\_eduardo.pdf. Acesso em 02.04.2013

SZTAJN, R. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da res. CFM 1.805/2006. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.17, n.66, p.245-257, jan. 2009.

URUGUAI. *Ley* 18.473 de 21 de abril de 2009. *Voluntad Antecipada*. Disponível em*:* <http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>. Acesso em: 15 de nov. 2012.