

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE ENQUANTO EXPRESSÃO DE LIBERDADE DO PACIENTE

RODRIGUES DE SOUZA, Keila¹
HOFFMANN, Eduardo²

RESUMO: Diante de um contexto de busca pela saúde e bem-estar, em que o prolongamento da vida muitas vezes é imposto ao paciente, sem que isto lhe garanta o mínimo de dignidade humana, o presente trabalho explora os fundamentos legais que norteiam a legitimidade das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV). Estas manifestações, formalmente documentadas ou não, visam proteger o direito à autonomia da vontade do indivíduo quanto aos cuidados de saúde adequados, permitindo ao paciente escolher a quais procedimentos deseja ou aceita submeter-se ou mesmo determinar quais ele se recusa a receber. Para a construção da presente análise, partiu-se de uma pesquisa bibliográfica, apresentando inicialmente o conceito de DAV, a origem da regulamentação em diferentes países, bem como as Resoluções do CFM que versam sobre o tema, para então expor e analisar quais preceitos legais são capazes de dar reconhecimento e eficácia jurídica para as diretivas, pois, embora parte da doutrina afirme ainda carecer de legislação regulamentando a prática, têm-se na Constituição Federal, em leis infralegais e em Resoluções, importantes bases que comportam o universo de práticas e documentos que as compõe. O presente trabalho também apresenta a compreensão da jurisprudência brasileira sobre as DAV, frente as poucas demandas identificadas no sistema judiciário brasileiro. Interpretando as diretivas à luz do ordenamento jurídico brasileiro, é possível identificar nelas o respeito a autonomia da vontade do paciente, a dignidade da pessoa humana, a proibição de tratamento desumano, bem como a vedação do constrangimento de ser submetido a tratamento médico contra sua vontade.

PALAVRAS-CHAVE: Diretivas Antecipadas de Vontade, Autonomia da Vontade, Dignidade da Pessoa Humana.

ANTICIPATED DIRECTIVES OF WILL: A LEGAL ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF AUTONOMY OF WILL AS AN EXPRESSION OF THE PATIENT'S FREEDOM

ABSTRACT: Faced with a context of seeking health and well-being, in which the extension of life is often imposed on the patient, without this guaranteeing him the minimum of human dignity, the present work explores the legal foundations that guide the legitimacy of the Directives Advances of Will (DAV). These manifestations, formally documented or not, aim to protect the individual's right to autonomy of will regarding adequate health care, allowing the patient to choose which procedures he wants or accepts to undergo or even determine which ones he refuses to receive. For the construction of the present analysis, a bibliographical research was started, initially presenting the concept of ADW, its regulatory origin in different countries, as well as the CFM Resolutions that deal with the subject, to then expose and analyze which legal precepts are capable of giving recognition and legal effectiveness to the directives, since although part of the doctrine still claims to lack legislation regulating the practice, the Federal Constitution, infralegal laws and Resolutions contain important bases that comprise the universe of practices and documents that compose them. The present work also presents how Brazilian jurisprudence has understood ADW, in view of the few demands identified in the Brazilian judicial system. Interpreting the directives in the light of the Brazilian legal system, it is possible to identify in them the respect for the autonomy of the patient's will, the dignity of the human person, the prohibition of inhumane treatment, as well as the prohibition of the embarrassment of being subjected to medical treatment against his will.

KEYWORDS: Advance Directives of Will, Autonomy of Will, Dignity of the Human Person.

¹Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail:keilarsouza@hotmail.com.

²Docente do colegiado do curso de Direito do Centro Universitário FAG, coordenador da linha de pesquisa: O Direito Civil no banco da integridade e da coerência, ehoffmann@fag.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A busca pela saúde, bem estar e prolongamento da vida, tem hoje na ciência e tecnologia um grande aliado. Olhando para o processo de hospitalização e medicalização, é possível reconhecer inúmeras conquistas, como possibilidades de diagnósticos mais precisos, tratamentos mais eficazes e até mesmo a cura de enfermidades, todavia pouco se fala sobre seus excessos, em que a luta pela vida não cessa e o seu prolongamento muitas vezes é imposto ao paciente, não importando o sofrimento que isso possa lhe causar.

Pouco se discute sobre a liberdade de escolha de uma pessoa, quanto ao desejo de se submeter a tais tratamentos ou procedimentos, razão pela qual cresce também o debate mundial quanto a possibilidade de interrupção da vida, principalmente entre pacientes em estágios terminais por meio da eutanásia, distanásia e o suicídio assistido. Desta forma, as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), que muitas vezes são confundidas com algum destes procedimentos citados, surgem como um importante recurso na busca pelo respeito a autonomia da vontade do paciente.

A ortotanásia, etimologianete é compreendida como morte correta. Junges Jr (2010) ao analisar o tema, a descreve como o não prolongamento da vida de forma artificial, através de procedimentos que causem mais dor e sofrimento, assim, o processo natural da morte é respeitado, visto que a grande preocupação aqui, trata do prolongamento da vida sem bem-estar, submetendo o paciente a procedimentos que afetem um dos mais importantes bens jurídicos – a dignidade da pessoa humana.

Diante de tal problemática, o presente trabalho, que se caracteriza como um ensaio bibliográfico, busca apresentar o que são as diretivas antecipadas de vontade e qual a sua fundamentação e legitimidade. Compreender como esse tema tem sido trabalhado por importantes estudiosos da temática do Biodireito, como este tem sido compreendido dentro do ordenamento jurídico de alguns países, em especial na América Latina e, principalmente, verificar como o ordenamento jurídico brasileiro compreende as DAV. Por fim, averiguar como os tribunais têm se posicionado diante das demandas que versam sobre o tema.

Assim, para uma melhor exposição do tema, esse será subdividido em cinco tópicos: o primeiro corresponde à introdução; o segundo a uma apresentação do conceito de DAV e algumas espécies como o testamento vital e o mandato duradouro e sua contextualização perante a legislação brasileira. No terceiro tópico é apresentado a regulamentação em diferentes países, especialmente na América Latina. Na sequência é apresentado o amparo legal das DAV no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Desde a análise de como os dispositivos do

Conselho Federal de Medicina (CFM) e do Ministério da Saúde versam sobre as normas e procedimentos que regulam a recusa terapêutica por parte do paciente, até em como e quais dispositivos legais sustentam o reconhecimento de sua eficácia jurídica. Ainda, na mesma sessão, são apresentadas algumas decisões judiciais envolvendo as DAV. No quinto e último tópico, são apresentadas as considerações finais.

2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

As DAV são um gênero de documentos de manifestação prévia que visam proteger o direito à autonomia da vontade do indivíduo quanto aos cuidados de saúde adequados, permitindo ao paciente escolher a quais procedimentos deseja ou aceita submeter-se ou mesmo determinar quais tratamentos ele recusa receber. Tal manifestação terá efeito quando ele não mais conseguir manifestar livre e autonomamente a sua vontade, devendo, portanto, o indivíduo, no ato de sua realização, gozar de suas capacidades mentais a fim de compreender plenamente o caráter de suas diretivas e seus respectivos efeitos (DADALTO, 2015).

As DAV tem sua origem nos anos 1960 nos Estados Unidos, tendo a primeira disposição legal sido elaborada na Faculdade de Direito de Yale, na Califórnia. Na ocasião, ficou determinado regras jurídicas para a validade do documento, como: prazo de validade, capacidade e quem poderiam ser as testemunhas. O tema ganhou grande repercussão em 1975 a partir do caso Karen Ann Quinlan, uma jovem estadunidense que, aos 21 anos, após entrar em estado de coma, ficou ligada a aparelhos, entrando a família em um litígio para conseguir o direito de desligarem o respirador mecânico da jovem, o que foi concedido pela Suprema Corte de New Jersey em 31 de março de 1976 (GONZÁLEZ, 2010).

Ainda segundo González (2010), somente em 1991 surgiu a lei federal, após a aprovação de legislação em vários estados norte-americanos. No Brasil, este é um instituto bastante recente e que não encontra legislação específica regulando a conduta, nem do paciente que decide deixar registrado seus anseios, nem mesmo das possíveis condutas a serem adotadas pelos médicos, diante do posicionamento de seus pacientes. O mais próximo de regulamentação foi o projeto de lei 149/2018 que foi arquivado ao final da legislatura em 22/12/2022, mas ainda neste projeto o tema era bastante reduzido pois limitava a declaração aos pacientes em estágio terminal ou acometidos por doenças graves ou incuráveis, limitando assim o alcance das diretivas.

A vista disso, mesmo não havendo legislação específica que norteie o tema, as DAV, encontram-se legitimadas com respaldo e eficácia jurídica em resoluções do Conselho Federal

de Medicina, na Constituição Federal, especialmente nos capítulos que versam sobre direitos fundamentais, além de legislações infraconstitucionais, como verificar-se-á em tópicos posteriores.

Rivabem e Meirelles (2018) descrevem as diretivas como instrumento de autodeterminação do paciente. As referidas autoras esclarecem que as DAV não representam a renúncia a um direito, mas sim o reconhecimento da subjetividade de cada paciente que busca nas DAV um tratamento médico humanizado, no qual possa conciliar o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização pessoal, reconhecendo ainda a morte como processo natural da condição humana.

As DAV são negócios jurídicos unilaterais, de pura autonomia, e que por não haver previsão em lei quanto a sua forma, pode se dar por qualquer meio de declaração de vontade e não apenas através de documento, podendo ser revisto a qualquer tempo. Embora não seja imprescindível um documento formal, detalhando as escolhas e desejos do paciente, quando esse existe, a tomada de decisão de quem o acompanha se torna mais fácil e eficaz quanto ao respeito das suas vontades (RIVABEM E MEIRELLES, 2018).

Dadalto (2015) descreve as DAV como direito personalíssimo, portanto, independe da vontade de familiares. Por isso, quanto mais claro estiverem expressos os desejos e valores do paciente, seja num documento formal e solene, seja em diálogos com familiares, representantes legais ou equipe médica, maior é a probabilidade de elas orientarem a tomada de decisão, evitando litígios num momento tão delicado e prevalecendo a autonomia da vontade do paciente.

Portanto, as DAV são compreendidas como gênero tendo como espécies o testamento vital, o mandato duradouro, a procuração para cuidados de saúde, a ordem de não animação entre outras, todas compreendidas como documentos que visam preservar a autonomia da vontade do paciente. Para melhor compreensão, serão apresentadas duas delas: o testamento vital e o mandato duradouro.

2.1 TESTAMENTO VITAL

Como mencionado, o testamento vital é uma das espécies de Diretivas Antecipadas de Vontade. Conceituado por Luciana Dadalto (2015) como um documento redigido por pessoa capaz que terá sua eficácia quando a mesma não mais estiver em condições de manifestar sua vontade de forma autônoma e que tem por finalidade indicar os desejos de que se deixe de aplicar um tratamento no fim da sua vida ou em uma fase de incapacidade temporal.

Testamento vital foi uma tradução da expressão “*living will*” que teria sido utilizada pela primeira vez em 1969 por um jurista em Chicago chamado Luis Kutner. O fato é que a tradução causa estranheza principalmente quando analisado sob o viés do Código de Processo Civil em seu artigo 1857 que apresenta o testamento sucessório.

Dadalto (2015), embora identifique o testamento vital como um negócio jurídico unilateral, assim como o testamento sucessório, critica o uso dessa nomenclatura uma vez que a declaração é feita para produzir efeitos em vida e não para momento posterior a morte do indivíduo. Assim, a sugestão da referida autora é de que o termo a ser utilizado seja declaração prévia de vontade do paciente terminal.

O testamento vital ou declaração prévia de vontade é um documento particular escrito, que não exige qualquer formalidade, bastando a capacidade do indivíduo, que tenha discernimento para compreender suas diretivas, bem como seus efeitos. Desta forma, Dadalto (2015) ainda afirma que o documento pode conter disposições que esclareçam as objeções e limites de tratamentos médicos, e até mesmo apresentar procuradores para cuidados de saúde, em que este terá o poder de decidir, tendo como base o melhor interesse do paciente, caso aquele assim deseje.

O documento terá efeito vinculando médico, paciente, familiares e procuradores de saúde, caso haja. Respeitando, é claro, a objeção de consciência que ampara o médico, caso uma conduta viole os ditames de sua consciência (artigo 5º inciso VI da Constituição Federal) e Resolução do Conselho Federal de Medicina que apresenta a objeção de consciência como um “direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (Art. 8º Resolução CFM de nº 2.232/19).

Embora não exista nenhuma norma quanto a formalidade de tal documento no Brasil, é importante que a vontade do paciente seja de conhecimento das pessoas que diante da sua incapacidade de manifestação de vontade, saibam e assim possam respeitá-la. A fim de dar maior visibilidade ao tema, com conteúdos e informações, a advogada Luciana Dadalto criou um portal com o primeiro registro nacional de testamentos vitais – RENTEV. Neste, qualquer pessoa interessada pode arquivar seu testamento vital dentro do formato digital, desse modo, as informações contidas nela chegarão facilmente aos familiares e equipe médica. É recomendado ainda que ele seja registrado em cartório.

2.2 MANDATO DURADOURO

O mandato duradouro, também classificado como uma espécie de diretiva antecipada de vontade, é um documento mais específico e assim como o testamento vital, pode existir isoladamente ou não. Este pode ser entendido como um negócio jurídico bilateral, uma vez que aqui alguém deixa expresso um terceiro que terá o poder de gerir seus interesses no momento em que não mais puder fazê-lo de forma autônoma e consciente.

Nele deixa definido quem será ou serão seus procuradores de saúde que passam a ser consultados pela equipe médica frente a alguma necessidade de decisão quanto a realização ou não de algum tratamento, quando o paciente não mais estiver em condições de manifestar sua vontade, seja por incapacidade provisória ou permanente. Este documento poderá ser tanto instrumento público quanto particular, já que não há forma prescrita em lei.

Em suma, diferente do testamento vital, no qual o paciente expressa sua vontade, declarando a que tipos de procedimento aceita ou não se submeter durante tratamento médico-hospitalar, bastando as partes (equipe médica e familiares) respeitarem a vontade do paciente, dentro dos limites legais e assegurando os cuidados paliativos no fim da vida, no mandato duradouro, é um terceiro, escolhido previamente, quem terá a autonomia para decidir sobre os tratamentos a ser submetidos ou não (SÁ, 2002).

Por isso o mandato duradouro requer uma boa relação entre o paciente e seu procurador. Que não haja nenhum impedimento financeiro ou emocional, devendo este agir a fim de atender o melhor interesse do paciente, além de suprir eventuais lacunas (PEREIRA, 2004).

Alguns doutrinadores, como Dadalto, recomendam que para maiores chances de efetivação da autonomia do paciente, este tenha deixado os dois documentos. Tanto o testamento vital, quando o mandato duradouro, dentro de um mesmo documento. Pois entende-se que o procurador nomeado, escolhido pelo paciente, quando gozava plenamente de suas faculdades mentais, será o responsável por zelar pelos cuidados solicitados pelo paciente quando for acometido pela incapacidade. Deste modo, o procurador, baseado no seu conhecimento e na sua intimidade com o paciente, que passam pelo campo moral, religioso e cultural, terá mais condições de se aproximar da vontade do paciente, auxiliando a equipe médica na tomada de decisão mais assertiva em respeito ao paciente.

3. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO DIREITO ESTRANGEIRO

Como mencionado anteriormente, as DAV tiveram origem nos Estados Unidos da América. Embora tenha surgido em 1967 e entrado no ordenamento jurídico californiano em 1976 trazendo o *living will* (testamento vital) e o *durable power of attorney for health* (mandato

duradouro), somente ganhou legislação federal em 1991, estabelecendo regras para a prática deste gênero, que na verdade representam diretrizes e conceitos que devem ser comuns a todos os estados-norte americanos, pois 35 deles já legislavam sobre as DAV (NUNES, 2016).

Destre as principais regras para a sua realização estão a necessidade de discernimento e capacidade, duas testemunhas que deverão presenciar o ato, que não podem ter vínculo matrimonial ou consanguíneo com o declarante, ou ainda qualquer pessoa que venha a ser beneficiada em partilha sucessória. Nem mesmo alguém da equipe médica que acompanha o paciente pode ser testemunha neste ato. De acordo com Leão (2004), a diretiva tem validade de cinco anos, devendo após este período ser renovada, e a qualquer tempo também poderá ser revogada. Ela não possui validade em período de gestação. O mandato também é uma prática reconhecida na lei norte-americana, por meio do qual o paciente nomeia uma pessoa como seu procurador referente aos cuidados de saúde.

Ainda na década de 1990, na Europa, o instituto ganhou visibilidade e passou a ser legislado em vários países como Finlândia, Holanda, Hungria, entre outros. Hoje é o continente que comporta o maior número de países que, respeitando suas diversidades culturais/legais, se utilizam destas diretivas.

O marco legislativo no continente europeu foi a “Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina” assinada em Oviedo em 04 de abril de 1997 e que entrou em vigor na Ordem Internacional em 01 de dezembro de 1999. Seu grande destaque também está relacionado ao fato de ser este o primeiro documento de âmbito internacional a vincular os países que o subscreveram, sem desrespeitar a autonomia deles.

Embora o código de ética médica na Espanha já tivesse previsão quando ao respeito a autonomia da vontade do paciente manifestada previamente ao estado de incapacidade, o Convênio de Oviedo trouxe expressamente em seu artigo 9º: “A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”.

Dadalto (2013) apresenta entre as normas obrigatórias a necessidade de que se trate de uma manifestação expressa de forma escrita, podendo ser instrumento público ou privado. Caso opte pelo privado, há a necessidade de três testemunhas.

Na Holanda, considerada uma pioneira no tema, há o reconhecimento das DAV sobre renúncia de tratamento e procedimentos médicos específicos, como reanimação mecânica, que devem ser apresentadas de forma escrita, mas que não se confunde com a eutanásia, prática permitida no país.

Em 2012, a partir de várias influências como direito norte-americano, espanhol e holandês, Portugal regulamentou as DAV. Dadalto (2013) afirma existir uma confusão de ordem técnica na norma portuguesa pois trata as DAV como sinônimo de testamento vital, quando na verdade as DAV são gênero, enquanto o testamento vital é uma espécie. Não reconhecendo ainda o mandato duradouro como uma das espécies de DAV e sim, tão somente um documento a parte. Ainda, de acordo com Dadalto, outra característica das DAV em Portugal refere-se ao seu prazo. Na lei portuguesa seu documento só tem validade pelo prazo de cinco anos, podendo ser revisto a qualquer tempo.

Já, na América Latina, em Porto Rico, temos legislação sobre o instituto desde 2001, na sequência a Argentina, México, Uruguai e Colômbia.

Porto Rico foi o primeiro país da América Latina a reconhecer o direito a autonomia da vontade em respeito a dignidade da pessoa. Neste país a declaração respalda casos de doenças terminais ou ainda atestados como vegetativos permanentes. Direito assegurado aos maiores de 21 anos, devendo para tanto, registrar sua manifestação de vontade em cartório. A lei 160 ainda apresenta a possibilidade de tal manifestação ser declarada na presença de duas testemunhas e de seu médico, sendo possível ainda nomear procurador.

Assim como nos Estados Unidos, na Argentina as DAV foram instituídas primeiro de forma regionalizada, como na Província de Buenos Aires em 2004 e de Rio Negro em 2007, para só mais tarde, em 2009, ser promulgada como lei federal, tendo ainda sofrido alteração em alguns de seus artigos em 2012, chamada *Ley Muerte Digna* (Lei 26.742). A lei determina a manifestação de vontade, tanto sobre o consentimento quanto sobre a recusa mediante documento formalizado em cartório, exigindo-se duas testemunhas. Ela também é bastante clara ao proteger a equipe médica de não ser penalizada pelo cumprimento da vontade manifestada pelo seu paciente, nem de forma administrativa, civil ou penal.

No México, a lei foi promulgada em 2008, *Ley de Voluntad Anticipada*. Essa também ampara pacientes com enfermidades em estágios terminais, devendo ser registrado em cartório por pessoa capaz, no gozo de suas faculdades mentais e se estiver impossibilitada de comparecer ao cartório, poderá ser atestado por dois profissionais da saúde acrescido de duas testemunhas e, posteriormente, o documento deverá ser registrado em cartório. Ademais, caso a prática conflite com os valores éticos e morais do médico, este tem direito à recusa/objeção (Lei 247).

No ano seguinte o Uruguai autorizou as DAV, porém foi só em 2013 que o Decreto 385/2013 regulamentou a prática no país. Nesse país, também se restringe a aplicação da autonomia da vontade aos casos terminais, com quadros irreversíveis e de doenças incuráveis.

Possível entre os maiores de 18 anos, capazes mediante preenchimento de formulário regulamentado pelo decreto mencionado, necessitando ainda que o mesmo seja registrado em cartório.

A Colômbia, em 2014, foi o último país da América Latina, até os dias atuais, a legislar sobre o tema. Elas aparecem na lei 1733/2014 que versa sobre os cuidados paliativos e que apresenta a obrigatoriedade de informação ao paciente, possibilitando que este participe de forma ativa quanto a tomada de decisões. Assim, como em outros países, exige maior idade e gozo de saúde mental, mas não menciona como deve ser realizada nem prazo da validade.

4. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SEU AMPARO LEGAL NO BRASIL

4.1 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, MINISTÉRIO DA SAÚDE E AS DAV

As Diretivas Antecipadas de Vontade encontram-se legitimadas nas resoluções no Conselho Federal de Medicina (Res. 1805/2006 e Res. 1995/2012) disciplinando a conduta do médico no contexto da ética profissional, representando assim, um instrumento que possui força normativa entre os médicos (CFM, 2022).

A Res. 1805 foi editada em 2006 e, considerando a responsabilidade médica quanto ao bem estar do paciente, ela versa sobre a regulamentação da ortotanásia, uma vez que permite ao médico limitar procedimentos e mesmo suspendê-los quando fundamentada decisão demonstre que tais procedimentos tenham por finalidade o prolongamento da vida do paciente sem melhoras no seu quadro clínico, ficando o médico incumbido de fornecer tratamentos que aliviem o sofrimento do paciente em fase terminal, de grave enfermidade ou incurável, se assim for o desejo do enfermo ou mesmo de seu representante legal (CFM, 2022).

Quase três anos depois, o Ministério da Saúde editou a Portaria 1820/2009 disciplinando sobre os direitos e deveres dos usuários de saúde. Tal ato faz menção direta em seu artigo 4º ao direito do paciente de, havendo tratamento alternativo, possa este escolhê-lo, gozando de autonomia para recusar tratamento proposto, tendo como base um atendimento de saúde pautado na humanização das relações (BRASIL, 2022).

Em 2012, o CFM edita nova resolução, a Res. 1995/2012 que possibilita ao paciente as DAV. Nela consta a definição de diretivas antecipadas de vontade, bem como dentro dos limites estipulados no código de ética médico, legitima este a considerar o interesse de seu paciente, quando ele não mais tiver condições de manifestar sua vontade, podendo o mesmo registrar no prontuário médico. É importante ressaltar que a referida resolução, assim como a doutrina,

ênfatisa o caráter personalíssimo das DAV, devendo sempre a vontade do paciente prevalecer sobre a de qualquer familiar (CFM, 2022).

Desta forma, como expresso pelo CFM no dispositivo sobre direitos humanos em seu artigo 24, é vedado ao médico: “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”.

A referida resolução sofre críticas ao que tange a sua função ética e se ela estaria extrapolando seus limites e exercendo uma função legislativa. Porém, quiçá como forma de respaldo, antes mesmo de definir DAV, ela traz as razões, dentro da própria normativa, explicando sua necessidade, diante da ausência de regulamentação no país. Aclarando como na prática profissional, estes estarão diante de avanços tecnológicos que nem sempre garantirão a melhora do quadro clínico de seus pacientes, fazendo tão somente prolongar a dor e sofrimento e que ao disciplinar a conduta ética destes profissionais, é preciso buscar avanços no processo de humanização da saúde, sendo o reconhecimento da autonomia da vontade um importante passo.

4.2 DISPOSITIVOS LEGAIS E EFICÁCIA JURÍDICA DAS DAV

Alguns estados da federação, trazem em leis de âmbito estadual, aspectos contidos nas diretivas antecipadas de vontade, como a necessidade de realização de testamento vital, apresentadas nas leis de São Paulo (Lei 10.241/1999), Minas Gerais (Lei 16279/2006) e Paraná (Lei 14254/2003). No entanto, mesmo declarada constitucional, não há, ainda, lei expressa que regulamente e normatize a possibilidade de o paciente ter sua vontade respeitada, quanto a desejar ou não passar por algum tratamento de saúde futuro.

Entretanto, alguns passos têm sido dados para atender a esta que, para parte da doutrina, representa uma importante demanda, como o Projeto de Lei do Senado n. 149/2018, o qual, conforme já mencionado, encontra-se arquivado. Embora ele restringisse as diretivas antecipadas de vontade para as situações de fim da vida, como casos em que o paciente se encontre em fase terminal, diagnosticado com grave doença ou doença incurável, apresentava inúmeros documentos que compõe as DAV, por exemplo: testamento vital, ordem de não reanimação, diretivas psiquiátricas e a procuração para cuidados de saúde.

Contrário é o pensamento de Rivabem e Meirelles (2018) quanto ao alcance das diretivas, que compreendem um conceito mais amplo das DAV, um conceito que não restrinja ninguém, independentemente se o estado clínico conduza ou não ao fim da vida.

Embora haja um debate acerca da ausência de legislação que preveja de forma expressa as DAV no ordenamento jurídico brasileiro, ainda segundo Rivabem e Meirelles (2018), isto se faz desnecessário, pois há inúmeros dispositivos legais que sustentam o reconhecimento de sua eficácia jurídica.

A começar pela Carta Magna, que em seu primeiro artigo, já apresenta como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1.III da CF/88), princípio este que, numa sociedade plural e com distintas visões de mundo, precisa ser compreendido como dignidade da pessoa que está inserida em uma comunidade moral, mas também dignidade no seu sentido individual.

Portanto, as diretivas representam um instrumento de realização da dignidade da pessoa humana, pois tem como fundamentação a compreensão que em cada indivíduo existe um universo cultural de valores, princípios e costumes. Desta forma, na medida em que as diretivas individualizam e garantem a liberdade de autodeterminação do paciente, que decide se submeter a determinado tratamento médico-hospitalar ou a rejeitá-lo, garante-se a dignidade no seu sentido mais amplo, pois reconhece esse como um sujeito inserido num contexto cultural, social e moral e lhe possibilite fazer escolhas como simplesmente aceitar o fim da vida e não ser submetido a tratamentos que não vão lhe proporcionar maior expectativa de vida com qualidade.

Ainda na Constituição Federal, no Título II, há expressa previsão legal quanto aos direitos e garantias fundamentais que amparam as DAV: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei” (art.5.II CF/88). Sendo assim, nenhum tratamento deve ser imposto coercitivamente e é importante compreender que, após devidamente informado e esclarecido sobre sua enfermidade, o paciente estando diante de um tratamento inútil ou desproporcional, pode ter nas diretivas a materialização do princípio da autonomia da vontade, devendo a equipe médica, representante legal ou qualquer familiar, respeitar a vontade manifesta do paciente, sempre após todos os esclarecimentos necessários.

Outro dispositivo da Constituição Federal é a vedação a tortura ou tratamento degradante ou desumano (art.5.III da CF/88). Isto posto, ao relacionarmos a vedação a tortura com a dignidade da pessoa humana e as DAV, podemos compreender que tratamentos que provoquem intensos sofrimentos físicos e mentais, que só fazem prolongar o sofrimento do paciente, ferem violentamente os princípios constitucionalmente protegidos. Tais tratamentos nem sempre são entendidos como degradantes, até porque muitas vezes são utilizados como último recurso, mas na medida em que promovem mais dor e sofrimento, eles podem e devem ser questionados a fim de possibilitar que o paciente faça uma análise de todo o contexto de

saúde e doença ao qual está submetido.

O Código Civil, em seus artigos iniciais, ao que tange as pessoas naturais, traz expressamente a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos de personalidade (art. 11), a possibilidade de exigir que cesse a ameaça, a lesão, a algum direito de personalidade (art. 12), e ainda a vedação a obrigatoriedade de submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (art.15). No título dos negócios jurídicos, o Código Civil apresenta os requisitos que validam um negócio jurídico, sendo eles: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e com forma prescrita em lei ou não defesa em lei.

O direito à saúde (art.6.CF/88), o direito de personalidade e direito ao próprio corpo, representam liberdades que devem ser reconhecidas como respeito a autonomia daquele que reconhece a morte como um processo natural da condição humana e busca nas DAV um tratamento médico humanizado, respeitando a identidade do paciente, sua história, suas crenças e suas escolhas, materializando assim a dignidade humana. Desta forma, a terminalidade da vida pode ser entendida e respeitada, reconhecendo-se sim os benefícios da tecnologia, mas também permitir-se a recusa contra seus excessos.

Percebe-se então que, por meio das resoluções, acolhidas pelas doutrinas tanto constitucionalistas quanto civilistas, a classe médica encontra respaldo ao uniformizar suas condutas éticas, dando-lhes segurança jurídica na tomada de decisões tão importantes e que caminham numa linha tênue de legalidade, frente a tomada de decisão quanto aos desejos expressos por seus pacientes, uma vez que o desrespeito a autonomia da vontade do paciente pode gerar processos administrativos ou mesmo litígios criminais, restando ainda a responsabilização civil, acarretando em decisões patrimoniais indenizatórias.

Os litígios podem envolver tanto a equipe médica quanto os representantes e procuradores, em relação a concordância às diretivas, já que neste momento pode haver grandes choques culturais e morais em relação a percepção do processo da morte, gerando grandes dúvidas e mesmo atitudes consideradas egoístas na tentativa de buscar a manutenção da vida de um ente querido, mesmo que o processo não minimize o sofrimento do paciente, ao contrário, o coloca em situações de mais dor e sofrimento.

4.3 DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL

Quando analisado dentro de litígios, as DAV encontram poucas decisões na justiça brasileira, sendo em sua maioria Ação Civil Pública promovidas por entidade de saúde,

buscando a suspensão das Resoluções do CFM, alegando sua inconstitucionalidade a fim de evitar novas demandas. Todavia as decisões encontradas demonstram a atipicidade da conduta, decidindo que o respeito a autonomia da vontade, não obrigando o paciente a submeter-se a tratamento ou procedimento de forma manifestamente contrária ao seu desejo, não representam violação do ordenamento jurídico brasileiro, tendo o judiciário reconhecido a autonomia da vontade do paciente com fundamento da dignidade da pessoa humana, como será demonstrado a seguir em algumas decisões.

Na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás, contra o Conselho Federal de Medicina – autos 001039-86-2013.4.01.3500, a ação foi proposta em janeiro de 2013. Entre os pedidos o MP solicitou que fosse declarado inconstitucional e ilegal a Resolução 1995/2012.

Outra decisão é a resultante da Ação Civil Pública proposta pelo MPF ajuizada em maio de 2017 – autos 2007.34.00.014809-3, atacando a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina. O MP alegava que a referida resolução tratava de matéria legislativa e como tal o CFM não teria competência para legislar, criticando ainda o que segundo o conselho era entendido como ética, o MP atacou como sendo crime.

Em ambos os casos, as ações foram julgadas improcedentes, compreendendo a ortotanásia, uma conduta atípica. Logo, não há que se falar em crime. Não violando o ordenamento jurídico brasileiro.

Outras situações que levaram a referida demanda ao juízo, referem-se a casos de pacientes que optaram pela recusa de procedimentos e tratamentos médicos, desejando tão somente os cuidados paliativos, e como forma de resguardar-se de possíveis responsabilizações, a própria instituição de saúde ingressou com a demanda.

Um dos poucos casos identificados foi julgado em 2013 no estado do Rio Grande do Sul e, diante da Apelação Cível n° 70054988266, a mesma foi desprovida. A demanda versava sobre um senhor de 79 anos que diante de um grave quadro clínico necessitava amputar um membro inferior (pé esquerdo necrosado) e diante de sua negativa, o médico do hospital buscou o MP para requerer medida judicial, o qual foi negado. Negativa também conferida por desembargador em segunda instância diante de laudo médico comprovando as faculdades mentais do paciente, sob fundamento constitucional de dignidade da pessoa humana, bem como código civil, ao que tange a submissão a procedimento com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica (artigo 15, CC). O acórdão do referido caso traz ainda que o direito à vida, garantido no artigo 5º da constituição, deve ser combinado com o princípio da dignidade previsto no artigo 1º da Carta Magna.

Outra demanda judicializada, também no Rio Grande do Sul, aconteceu em 2015, quando a unidade hospitalar interpôs ação que resultou no Agravo de Instrumento Nº 70065995078, que negou provimento a autorização de realização de cirurgia de urgência, diante da recusa manifestada pelo paciente e ciência de sua madrastra, que assinou o termo de responsabilização. O julgamento considerou a resolução do CFM, bem como os artigos constitucionais e civis mencionados acima, reconhecendo no caso em questão as DAV, ainda que de forma verbal, ratificada pelo mandato duradouro, cuja procuradora foi sua madrastra.

Através destes casos, mesmo se tratando de um uma demanda bem reduzida, é possível perceber que mesmo sem regulamentação específica, as DAV tem sido encaradas com a devida proteção legal, especialmente aos preceitos constitucionais de direitos fundamentais, dignidade humana, vedação à tortura e autonomia da vontade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As DAV representam um importante avanço na busca pela concretização de um processo de humanização na saúde. Embora seu conhecimento e reconhecimento ainda não seja amplamente divulgado, e que em muitos países sua realização ainda permaneça bastante burocrática, o que pode inibir a realização de muitas diretivas, é certo que vem passando por avanços significativos em âmbito internacional e num contexto de sociedade globalizada, seus impactos podem contagiar de forma positiva diferentes legislações.

É preciso enfatizar que não se trata de eutanásia, nem mesmo deve ser visto como uma porta aberta para cogitar sua discriminalização. Tão pouco é a negação da ciência e de seus avanços nas áreas médicas, mas sim, tão somente, uma manifestação de vontade que visa proteger a dignidade e a autonomia da vontade do paciente quando ele não mais puder expressar livre e conscientemente sua vontade.

As DAV, como ficou demonstrado são um gênero de documentos de manifestação prévia, que visam proteger o direito à autonomia da vontade do indivíduo quanto aos cuidados de saúde adequados. Como expressão da autodeterminação do paciente, representam um importante instrumento de debate e reflexão quanto a princípios e direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal, que pretendem garantir o melhor cuidado. O cuidado que o próprio paciente escolheu para que goze de uma finitude digna, sendo vedado o constrangimento de ser submetido a tratamento médico contra sua vontade, uma vez que tem nos dispositivos legais sustentação e reconhecimento de sua eficácia jurídica.

Embora, parte da doutrina questione a ausência de regulamentação específica, é possível

reconhecer nas normas constitucionais, bem como nas resoluções do CFM, que não possuem força de lei, mas foram declaradas constitucionais e que possuem força normativa entre a classe médica, bem como em outros dispositivos como o Código Civil e leis de âmbito estadual, fundamentos legais suficientes para validar as DAV num contexto de sociedade democrática, diversa e plural que se baseia na defesa dos princípios e garantias individuais. Por outro lado, é justificável a necessidade de regulamentação para garantir a segurança jurídica aos profissionais da saúde, que podem se deparar a qualquer momento com um paciente que apresente suas diretivas e deseja que as mesmas sejam respeitadas, sem que para isso dependa de uma decisão judicial.

Desta forma é importante entender que as DAV não podem ser estáticas, devendo ser um guia e não um modelo fechado, para então atender a sua real necessidade, ou seja, o respeito a autonomia da vontade do paciente, a dignidade da pessoa humana, a proibição de tratamento desumano, bem como a vedação do constrangimento de ser submetido a tratamento médico contra sua vontade.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Ley nº 26.742, de mayo de 2012. **Ley de Muerte Digna**. Estabelece os direitos do paciente e sua relação com os profissionais e instituições de saúde [Internet]. Boletín Oficial. Buenos Aires, 24 maio 2012. Disponível: <https://bit.ly/2FHimmX>. Acesso em 10 maio.2023

BRASIL. **Constituição Federal** de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 1.820/2009**. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html. Acesso em: 15 set.2022.

_____. Senado Federal. **Projeto de lei nº 149 de 2018**. Disponível em: PLS 149/2018 - Senado Federal. Acesso em: 05 set 2022.

_____. Justiça Federal de Goiás. **Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>. Acesso em 07 maio 2023.

_____. Justiça Federal de Goiás. **Ação Civil Pública n. 001039-86-2013.4.01.3500**. Disponível em:

<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00185171020134013500&secao=GO>. Acesso em 10 maio 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA A SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. Apelação Cível n. 70054988266**. Disponível em: Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70054988266.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 03 maio 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento N° 70065995078**, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 03/09/2015). Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70065995078.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 abril 2023.

Ciudad de México. **Ley de Voluntad Anticipada**, 7 de enero de 2008. Estabelece e regula a realização das diretivas de vontade [Internet]. Gaceta Oficial del Distrito Federal. Ciudad de México, nº 247, 7 jan 2008. Disponível: <https://bit.ly/2DlckpA>. Acesso 10 maio 2023

Colômbia. Ley nº 1.733, 8 de septiembre de 2014. **Ley Consuelo Devis Saavedra**. Regula os serviços de cuidados paliativos para o manejo integral de pacientes com enfermidades terminais, crônicas, degenerativas e irreversíveis em qualquer fase da doença com alto impacto na qualidade de vida [Internet]. Diário Oficial. Bogotá, nº 49.268, 8 set 2014. Disponível: <https://bit.ly/2RImtWh>. Acesso 19 abril 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Brasília, DF, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Brasília, DF, 2012.

DADALTO, L. **Testamento vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONZÁLES, M. A.S. Testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: RIBEIRO, D. **A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras**, 2010.

JUNGES JR. **Reflexões legais e éticas sobre o final da vida**: uma discussão sobre a ortotanásia. Rev Bioet 2010;18(2):275-288.

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

MINAS GERAIS, **LEI Nº 16.279** de 20/07/2006. Dispõe sobre os direitos dos usuários das

ações e dos serviços públicos de saúde no estado. Disponível em: <
<https://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-16279-2006-minas-gerais-dispoe-sobre-os-direitos-dos-usuarios-das-aco-es-e-dos-servicos-publicos-de-saude-no-estado> . Acesso em: 10 ago 2022.

NUNES, R. **Diretivas antecipadas de vontade**. / Rui Nunes. – Brasília, DF: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016.

PARANÁ, **Lei Nº 14.254** de 04/12/2003. Dispõe sobre os direitos dos usuários das ações e dos serviços públicos de saúde no estado. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14254-2003-parana-prestacao-de-servico-e-aco-es-de-saude-de-qualquer-natureza-aos-usuarios-do-sistema-unico-de-saude-sus-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 25 ago 2022.

PEREIRA, A. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 2004.

Puerto Rico. Lei nº 160, de 17 de novembro de 2001. **Lei da Declaração Prévia de Vontade**. Reconhece legalmente o direito de todo maior de idade, em uso de suas faculdades mentais, declarar previamente sua vontade sobre tratamento médico em caso de condição terminal ou estado vegetativo persistente [Internet]. Disponível: <https://bit.ly/2TEi7MB>. Acesso 12 maio 2023.

RIVABEM, F.S; MEIRELLES, J. M. L. de. **Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro**. Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 7, n. 3, p.1-26,2018. Disponível em:<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2018/12/Rivabem-e-Meirelles-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf> Acesso em 30 set. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: Sá, Maria de Fátima Freire de (Org.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v. 1.

SÃO PAULO, **Lei nº 10.241**, de 17/03/1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=7653>. Acesso em: 05 ago 2022.