



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO**

GABRIEL CARVALHO DE PAULA

**O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA:
AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A ÓTICA DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CAMPINA GRANDE - PB
2020**

GABRIEL CARVALHO DE PAULA

**O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA:
AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A ÓTICA DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado à Coordenação do Curso Direito
da Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Jimmy Matias Nunes

**CAMPINA GRANDE - PB
2020**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

P324d Paula, Gabriel Carvalho de.
O direito à dignidade humana [manuscrito] : as diretivas antecipadas de vontade sob a ótica do Ordenamento Jurídico Brasileiro / Gabriel Carvalho de Paula. - 2020.
28 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2020.
"Orientação : Prof. Me. Jimmy Matias Nunes, Departamento de Direito Privado - CCJ."
1. Dignidade humana. 2. Diretivas antecipadas. 3. Direitos humanos. I. Título
21. ed. CDD 341.481

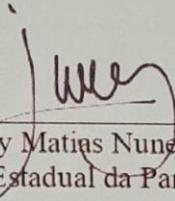
GABRIEL CARVALHO DE PAULA

O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA:
AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

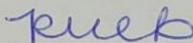
Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado à Coordenação do Curso Direito
da Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: 08/12/2020.

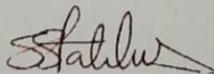
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Jimmy Matias Nunes (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Raíssa de Lima e Melo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Steffi Graff Stalchus Montenegro
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	12
2.1	Histórico das diretivas antecipadas de vontade	12
<i>2.1.1</i>	<i>O caso Karen Ann Quinlan: o primeiro caso judicial</i>	<i>14</i>
<i>2.1.2</i>	<i>O caso Nancy Cruzan: impulso ao Patient Self Determination Act - PSDA</i>	<i>15</i>
2.2	Diretivas antecipadas em espécie	15
<i>2.2.1</i>	<i>Testamento vital</i>	<i>16</i>
<i>2.2.2</i>	<i>Mandato duradouro</i>	<i>17</i>
2.3	As gerações das diretivas antecipadas de vontade	18
2.4	Diretivas antecipadas de vontade e as diferentes abordagens médicas (eutanásia, distanásia e ortotanásia)	19
3	BASES AUTORIZATIVAS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
3.1	Declaração universal dos direitos humanos	21
3.2	Constituição Federal da República Federativa do Brasil	23
<i>3.2.1</i>	<i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>23</i>
3.3	Código Civil de 2002	25
3.4	Código de Ética Médica – Resolução nº 2.217/2018	27
4	DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E AS PRIMEIRAS DECISÕES JUDICIAIS	29
5	METODOLOGIA	31
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
	REFERÊNCIAS	32

O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA: AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabriel Carvalho de Paula*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise das diretivas antecipadas de vontade e sua constitucionalidade sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, apresenta conceitos, características e aplicações práticas frente à legislação brasileira vigente com vistas a esclarecer pontos ainda controversos e aprimorar os estudos e debates sobre o tema. Com o avanço na medicina nas concepções de direitos de pacientes e médicos relativos à bioética, necessário se torna o acompanhamento do tema pelo Direito, sob pena de causar lesões aos bens jurídicos dos indivíduos. Assim, as diretivas antecipadas se inserem como instrumentos de registro prévio e formal de vontade e consentimento de seus autores quanto à quais terapêuticas aceitam durante o curso do tratamento de doenças terminais e/ou incuráveis, de modo a evitar degradação em sua condição de pessoa humana pelo uso de métodos fúteis e que deteriore sua integridade física e psíquica e lhe retire sua dignidade humana. As análises levam em consideração normas constitucionais e normas infraconstitucionais, artigos e decisões judiciais sobre o tema, utilizando-se da pesquisa bibliográfica disponível sobre o assunto. Ao final, conclui-se que as diretivas antecipadas de vontade são constitucionais e aplicáveis dentro do ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciando o respeito aos valores contidos em nosso sistema normativo.

Palavras-chave: Dignidade humana. Diretivas antecipadas. Vontade. Validade.

ABSTRACT

The present article has as objective the analysis of the advanced directives and their constitutionality from the perspective of the Brazilian legal system. Furthermore, it features concepts, characteristics and practical applications against Brazilian legislation with the intent to establish controversial points and enhance studies and debates about the theme. With the advance in medicine in the conceptions of rights of patients and doctors related to bioethics, it becomes necessary to follow the topic by law, under penalty of causing damage to the individuals' legal assets. Thus, the advance directives are inserted as instruments of prior and formal registration of the will and consent of their authors as to which therapies they accept during the course of the treatment of terminal and / or incurable diseases, in order to avoid degradation in their condition as a human person. by the use of futile methods that damage his physical and mental integrity and deprive him of his human dignity. The analyzes take into account constitutional norms and infraconstitutional norms, articles and judicial decisions on the subject, using the available bibliographic research on the subject. In the end, it is concluded that the advance directives of will are constitutional and applicable within the Brazilian legal system, consubstantiating the respect to the values contained in our normative system.

Keywords: Human Dignity. Advanced Directives. Will. Vigor.

* Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. E-mail: gabrielcarvalhodpaula@live.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, intitulado *O Direito à Dignidade Humana: As Diretivas de Vontade sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro*, tem como escopo verificar a constitucionalidade de tais instrumentos em nosso sistema jurídico, analisando-se as bases jurídicas e legislação pertinente que podem servir de suporte para a efetivação desses instrumentos.

Diante desse panorama, surge o questionamento: as diretivas antecipadas de vontade são instrumentos que podem ser considerados legais e aplicáveis pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Em tempos em que a sociedade se modifica em uma velocidade muito rápida, o Direito pátrio tem a necessidade de acompanhar tais modificações sob pena de, por inércia, gerar lesões à direitos fundamentais existentes devido à lacunas na legislação e, assim, prejudicar todo o nosso sistema normativo.

Assim sendo, analisando-se o ordenamento jurídico pátrio, nota-se que há um arcabouço legal substancial no que diz respeito, especificamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana aplicada aos direitos de personalidade, de modo há disposições tanto constitucionais quanto civis que não só sustentam a legalidade das diretivas antecipadas de vontade, mas que também norteiam as suas aplicações.

Nesse sentido, alguns setores da sociedade confirmaram, em certo modo, a boa recepção de tais institutos, sendo que, muito embora não exista ainda uma legislação específica que discipline as diretivas antecipadas de vontade, há algumas tentativas no âmbito médico de se efetivar essas disposições por meio de normas próprias, a exemplo do Conselho Federal de Medicina que, desde 2009, vem atualizando o seu Código de Ética Médica para que esteja de acordo com a própria reformulação que o cenário médico vem sofrendo, dando extrema importância para os direitos humanos e autonomia dos pacientes para garantir uma atuação mais humanizada nas relações médicas, assegurando aos pacientes a possibilidade de decidir sobre fatos relativos à sua vida com dignidade em todos os casos.

Infelizmente, ainda há pouco interesse, por parte do nosso poder legislativo federal, em disciplinar o uso e aplicação das diretivas antecipadas de vontade, fato que se dá possivelmente pelo grande desconhecimento do próprio tema que, por diversas vezes, é relegado à uma análise simplória dentro de outros assuntos mais abrangentes do Direito Médico. Assim, geram-se problemáticas quanto à segurança jurídica desses institutos tanto para profissionais da saúde quanto para os próprios pacientes.

Portanto, nesta análise a pesquisa se demonstra eminentemente bibliográfica e documental, com grande atenção à legislação constitucional e infraconstitucional correlata, conceitos das diretivas antecipadas de vontade, decisões judiciais sobre o tema em nossa sociedade e estudos esporádicos sobre o tema, haja vista esse assunto ser ainda, quase em sua totalidade, tratado de forma secundária em produções acadêmicas de Direito Médico através de simples análises ou menções, fato que também suporta a relevância do presente tema.

Dessa forma, o estudo da legalidade das diretivas antecipadas de vontade torna-se extremamente importante, haja vista que o aprofundamento no estudo desses instrumentos assegura o melhor entendimento de seus conceitos, objetivos e aplicabilidade prática e, conseqüentemente, auxiliará na elaboração de melhores políticas públicas e de uma legislação específica que estabeleça garantias legais claras para que possa, de um lado, resguardar os profissionais médicos no tratamento de seus pacientes e, por outro, assegurar à esses últimos uma existência humana digna, de acordo com entendimento próprio.

2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Com o avanço do tempo e de novas concepções na área do Direito Médico, mormente no campo da bioética, a relação entre médicos e pacientes vem se modificando rapidamente, de modo que esses últimos deixam de ser meramente objetos de cuidados daqueles, assumindo um papel ativo na relação médica, decidindo conjuntamente com os profissionais médicos sobre procedimentos, tratamentos e métodos a serem adotados no curso da relação.

Diante dessa situação, suscita-se a possibilidade do próprio paciente, enquanto pessoa civilmente capaz de, expressando formalmente seus desígnios, decidir sobre o melhor curso de ação dentre as opções disponíveis de tratamento, evitando-se, portanto, graves danos colaterais de procedimentos fúteis que prolongam de maneira desnecessária o seu sofrimento e degradam, ainda mais, a sua situação de extrema fragilidade na qual encontra-se inserido.

Nesse sentido, surgem as chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade, instrumentos que consubstanciam a possibilidade do paciente em manifestar, de modo prévio, inequívoco e explícito, sua vontade quanto aos procedimentos que devem ser adotados para tratamento próprio em caso de incapacidade de postular seus desígnios por qualquer motivo, mormente em situações de enfermidades terminais e/ou incuráveis. Dessa forma, tanto profissionais médicos quanto familiares possuem diretrizes claras sobre as vontades do autor, de modo a melhor respeitá-las e garanti-las dentro das possibilidades de cada caso concreto.

2.1 Histórico das diretivas antecipadas de vontade

Com surgimento no final década de 1960, nos Estados Unidos, as Diretivas Antecipadas de Vontade derivam, inicialmente, de uma postulação de Luis Kutner, advogado e ativista de direitos humanos estadunidense, quando propôs a adoção de um instrumento legal que denominou de *Living Will*, denominado em nosso país como testamento vital, no qual permitiria-se que o paciente detenha o direito de se recusar a ser submetido à tratamento médico que vise apenas a prolongar a vida indefinidamente nos casos de doenças terminais ou em situações de incapacidade, a exemplo de situações onde se encontrem em estado vegetativo.

A postulação de tal instrumento foi inicialmente publicado em um artigo no boletim jurídico *Indiana Law Journal*, sob o título *Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal*. Nele, dentre outros assuntos relativos à bioética, Kutner expõe a sua concepção do *living will*, explicando que serviria para demonstrar de forma prévia e inequívoca a vontade do paciente, principalmente na ocorrência de casos fortuitos (acidentes) que podem acontecer a qualquer momento, de modo que podem levar um pessoa à ficar incapacitada de expressar sua vontade e consentimento quanto aos tratamentos médicos que deseja e/ou rejeita.

Sobre esse ponto, Kutner declara que:

The patient may not have had, however, the opportunity to give his consent at any point before treatment. He may have become the victim of a sudden accident or a stroke or coronary. Therefore, the suggested solution is that the individual, while fully in control of his faculties and his ability to express himself, indicate to what extent he would consent to treatment. [...] The document would provide that if the individual's bodily state becomes completely vegetative and it is certain that he cannot regain his mental and physical capacities, medical treatment shall cease (KUTNER, 1969, p. 551).

Além disso, o documento a ser elaborado não exigiria muitos esforços para que fosse considerado válido, bastando as declarações do autor sobre vontade e consentimento, juntamente com a confirmação, por duas testemunhas, de que ele dispôs de sua vontade enquanto são e capaz civilmente e, principalmente, de forma livre (sem coação). Com isso, o

living will estaria válido e o autor deveria estar na posse do original, de modo que outra pessoa responsável deveria guardar uma cópia, podendo ser o cônjuge, médico pessoal, seu advogado ou até mesmo um confidente. Desse modo informa Kutner:

The document would be notarized and attested to by at least two witnesses who would affirm that the maker was of sound mind and acted of his own free will. The individual could carry the document on his person at all times, while his wife, his personal physician, a lawyer or confidant would have the original copy. [...] The individual could at any time, before reaching the comatose state, revoke the document (KUTNER, 1969, p. 551).

Em tempo, Kutner explicou que o modelo de documento proposto poderia somente ser elaborado por pessoa capaz de exprimir seu consentimento (pais não poderiam decidir por seus filhos incapazes, bem como os guardiões legais não poderiam decidir pelos seus protegidos), sendo revogável e que determinaria claramente a extensão do seu consentimento em receber determinado tratamento médico.

Outrossim, o *living will* seria um documento que atestaria, de forma prévia e cristalina, os desígnios e consentimento do seu autor quanto aos procedimentos médicos em eventual momento de incapacidade, seja temporária ou permanente, guiando, inclusive, a atuação dos profissionais médicos. Dessa forma, há uma garantia de respeito aos direitos individuais do paciente enquanto pessoa humana dentro das possibilidades legais e, também, resguardo jurídico-legal dos profissionais médicos quanto aos atos realizados durante a relação médica, evitando-se penalizações cíveis e criminais que, eventualmente, poderiam surgir pela falta de tal documento.

Passadas algumas décadas, em 1991, o Congresso dos Estados Unidos aprovou o chamado *Patient Self-Determination Act (PSDA)*, lei federal que passou a reconhecer o direito à autodeterminação pelo paciente por meio das chamadas *advanced directives (diretivas avançadas)*, obrigando os estabelecimentos de saúde (hospitais, casas de repouso, agências de saúde etc.) a informar os eventuais pacientes de seus direitos para elaborar as diretivas antecipadas em acordo com a legislação aprovada. Nos anos que se seguiram, diversos Estados norte-americanos foram se alinhando à legislação federal e aprovaram normas locais que reconheceram a validade desses atos.

Posteriormente, dentro do novo panorama, gradualmente foram surgindo outros instrumentos com a mesma natureza e mesmos objetivos, sendo que um deles é bastante conhecido e utilizado: o *Durable Power of Attorney for Health Care (DPAHC)*, denominado em nosso meio como *Mandato Duradouro*, consistindo em um documento no qual o paciente nomeia uma pessoa (ou pessoas) para tomar decisões em seu lugar relativas aos tratamentos médicos que devem ser aplicados nos casos de incapacidade temporária ou permanente.

Esse novo modelo de diretiva antecipada introduziu uma nova perspectiva ao já conhecido testamento vital, de modo que não somente a vontade do autor seria conhecida por todos, mas também que, além disso, haveria outra pessoa nomeada pelo paciente para que assegure o cumprimento das disposições contidas no instrumento face à eventuais divergências, principalmente entre familiares e a equipe médica, situações bastante corriqueiras mesmo nos dias atuais.

Entre o final da década de 1960 e a aprovação do *Patient Self-Determination Act (PSDA)* em 1991, pelo Congresso norte-americano, houve vários incidentes médicos nos quais poderiam ter sido utilizados esses instrumentos, mas que foram prejudicados pela falta de regulamentação do assunto durante esses mais de 30 anos. Contudo, mesmo não havendo previsão legal, algumas famílias conseguiram utilizar-se dos preceitos já descritos anteriormente e outros já estabelecidos no direito norte-americano para que, por meio do poder judiciário, pudessem garantir sentenças favoráveis aos seus familiares enfermos no

sentido de assegurar-lhes os direitos pessoais e desejos quanto às situações nas quais encontravam-se inseridos, gerando, assim, as primeiras decisões judiciais e, conseqüentemente, os primeiros debates públicos em torno do assunto, fatos que impulsionaram bastante a aprovação de leis que reconheçam esses instrumentos.

Nesse período, podemos destacar dois casos que tiveram grandes repercussões no cenário norte-americano e forçou o poder judiciário a se posicionar sobre a legalidade dessas disposições particulares nos casos de incapacidade: o caso Karen Ann Quinlan e o caso Nancy Cruzan.

2.1.1 O caso Karen Ann Quinlan: o primeiro caso judicial

Alguns anos depois da publicação do artigo jurídico por Luis Kutner em 1969, surgiu um caso emblemático que se tornaria o primeiro caso judicial dos Estados Unidos sobre disposições de vontade relativas à tratamento médico, criando os primeiros debates e análises em torno do tema que perduram até o presente momento.

No ano de 1975, Karen Ann Quinlan era uma jovem americana com 21 anos, residente em Nova Jersey que acabou entrando em coma após uma festa de aniversário em um bar local. Por estar em uma dieta drástica com uso de valium (Diazepam), Karen não havia se alimentado bem nos dois últimos dias antecedentes ao fato, de modo que, quando resolveu ingerir algumas bebidas alcoólicas, rapidamente desmaiou, entrando em coma que, eventualmente, a deixou em estado vegetativo persistente.

Após o ocorrido, Karen passou meses no mesmo estado vegetativo, de modo que sua situação piorou bastante, perdendo muito peso, tendo espasmos incontrolláveis e violentos nos músculos, além de precisar usar sonda nasogástrica para alimentação e de respirador mecânico. Diante disso, os pais de Karen pediram aos médicos que todos os aparelhos fossem desligados, acreditando que eram meios artificiais de manter sua filha viva e que estavam causando todos aqueles problemas. Contudo, eles receberam ameaças de promotores do condado de Morris, em Nova Jersey, de que seriam acusados de homicídio caso cumprissem os pedidos.

Dessa forma, em setembro de 1975, os Quinlan entraram com um processo para que os aparelhos de Karen pudessem ser desligados. O advogado da família argumentou que o direito de privacidade e intimidade da família Karen seria o bastante para realizar tal pedido e válido em face do direito do Estado de mantê-la viva a qualquer custo, ao passo que a advogada representando Karen, constituída pelo Estado, argumentou que desligar os aparelhos constituiria homicídio.

Como ponto principal, os pais de Karen usaram a moral teológica católica para justificar seu pedido da retirada do respirador mecânico. Segundo a Igreja Católica, prolongar artificialmente a vida humana não seria o mesmo que viver. Os meios extraordinários podem abranger qualquer procedimento tomado que não tenha benefício direto para o paciente e para manter e/ou salvar sua vida. Assim, uma pessoa, ou seu representante, caso ela não esteja em condições de decidir, pode recusar essas medidas de tratamento que apenas prolonguem um sofrimento e não contribuam para uma morte digna.

O processo não foi aceito pelo tribunal de justiça do Estado de Nova Jersey, sob o pretexto de que desligar (ou não) os aparelhos seria uma decisão médica e não uma decisão judicial, além de que tal ato violaria o estatuto de homicídio do Estado. Diante da negativa, a família recorreu à Suprema Corte Estadual em março de 1976, que concedeu o recurso, alegando que o direito à privacidade era suficientemente amplo para abranger o pedido da família em nome de Karen.

Portanto, com a ordem de proteção concedida, os pais, médicos e advogado da família realizaram os procedimentos requisitados. Contudo, ao desligar o respirador, todos ficaram

surpresos ao verem que Karen era capaz de respirar sozinha. Com isso, resolveram manter a sonda nasogástrica para que ela continuasse a se alimentar. Por fim, Karen foi transferida para uma casa de recuperação, alimentando-se pela sonda nasogástrica pelos nove anos seguintes, vindo a falecer em 11 de junho de 1985 em decorrência de falência respiratória.

2.1.2 O caso Nancy Cruzan: impulso ao Patient Self Determination Act - PSDA

Em 11 de Janeiro de 1983, com 25 anos de idade, Nancy Cruzan estava dirigindo em uma pista molhada quando perdeu o controle do seu carro. Com o impacto, foi projetada para fora do seu veículo, caindo em uma vala alagada e sofrendo diversos danos físicos. No local, foi encontrada pelos paramédicos sem sinais vitais, sendo reanimada, estabilizada e levada ao hospital para receber os cuidados necessários.

Contudo, passadas algumas semanas, Nancy acabou diagnosticada com estado vegetativo persistente, necessitando utilizar aparelhos para permanecer viva. Após algum tempo, ela conseguiu voltar a respirar por si mesma, mas não saiu do coma e, ainda, estava se alimentando por meio de uma sonda nasogástrica. Com isso, em 1988, após esperarem para constatar alguma evolução no quadro de sua filha, os pais de Nancy perceberam que ela não apresentava nenhuma melhora. Assim, pediram aos médicos que seu tubo de alimentação fosse retirado. Contudo, tanto os médicos quanto o hospital se recusaram, informando que seria necessária uma ordem judicial para a realização de tal procedimento.

Diante disso, os pais de Nancy entraram com uma ação judicial no tribunal estadual do Estado do Missouri, requerendo a retirada da sonda, informando que a paciente havia confidenciado algum tempo atrás a uma amiga que não desejaria continuar viva se não pudesse viver normalmente (sem qualquer auxílio, como no caso em que se encontrava no hospital). Com isso, o tribunal acatou o pedido e deferiu a ordem solicitada, mas tanto o Estado do Missouri quanto a advogada de Nancy (constituída pelo Estado) apelaram da decisão perante à Suprema Corte do Estado do Missouri que reverteu a sentença inicial, informando que ninguém poderia recusar tratamento por outrem sem um testamento vital válido ou com provas claras, convincentes e intrinsecamente confiáveis do consentimento do solicitante que não estão presentes ao caso.

Em 1989, os pais de Nancy recorreram à Suprema Corte dos Estados Unidos que, em decisão desfavorável acirrada (5-4), decidiu que o Departamento de Saúde do Missouri estava certo e que não havia nada na Constituição americana que impedisse-o de requisitar provas convincentes do consentimento da paciente antes de interromper o tratamento vital, mantendo, assim, a sentença da Corte Suprema do Estado do Missouri.

Assim sendo, os pais de Nancy reuniram evidências adicionais de que sua filha desejaria impedir o tratamento artificial na qual estava submetida. Em 1990, conseguiram provar a clara e incontestável evidência do consentimento de Nancy e, assim, a ordem foi emitida pelo juiz Charles Teel, do mesmo tribunal de justiça Estadual.

Em 14 de dezembro de 1990, a sonda foi retirada da paciente e Nancy Cruzan acabou morrendo dias depois em 26 de dezembro. Seu caso judicial afetou bastante as discussões relativas à testamento vital e influenciou significativamente na aprovação do *Patient Self-Determination Act (PSDA)* no ano seguinte pelo Congresso dos Estados Unidos, sedimentando, assim, uma proteção legal à casos similares e evitando-se todo o desgaste físico e emocional pelo qual passaram diversas outras famílias em anos anteriores.

2.2 Diretivas antecipadas de vontade em espécie

Conforme explanado anteriormente, as diretivas antecipadas de vontade são instrumentos que servem para demonstrar, de maneira clara e inequívoca, as disposições de

uma pessoa capaz em consentir ou não com tratamentos médicos em caso de incapacidade temporária ou permanente. Assim, surgiram diversos instrumentos com o mesmo objetivo de efetivar os desejos dos pacientes, de modo que veremos a seguir os mais comuns, sendo eles o Testamento Vital e Mandato Duradouro.

2.2.1 Testamento vital

O testamento vital é o documento redigido por uma pessoa civilmente capaz, devidamente assinado, onde o autor irá declarar quais os tipos de tratamentos médicos que aceita e/ou aqueles que rejeita e as diretrizes para tomada de decisões nos casos onde esteja incapacitado de exprimir a sua vontade como, por exemplo, em estado de coma. Assim, o paciente demonstra, de forma antecipada à eventuais fatos danosos, qual o curso de ação deseja que seja seguido pelos médicos.

Portanto, têm-se um benefício duplo com o testamento vital: ele assegura o conhecimento e respeito à vontade da pessoa que o elaborou perante à terceiros e, ainda, serve como garantia ao profissional médico, evitando que haja dúvidas quanto à autorização (consentimento) concedida pelo paciente em não realizar certos procedimentos médicos, conforme disposto formalmente, sob pena de caracterização de omissão médica ou até mesmo de eutanásia, gerando posterior responsabilizações criminal e cível.

Em tempo, há de se esclarecer que a nomenclatura “testamento vital” não deve ser confundida com o “testamento civil”, instrumento do direito sucessório usado para proceder com a partilha do patrimônio de algum falecido. Assim, demonstra-se uma diferença clara entre ambos: o testamento civil, usado para sucessão, é elaborado para produzir seus efeitos após a morte do autor, de modo que lida com patrimônio material do de cujus e sua consequente partilha. O testamento vital, por sua vez, não está condicionado ao evento morte, mas sim à constatação de um estado de incapacidade mental do seu autor, de modo que ele não poderá, então, exprimir a sua vontade, momento no qual as disposições do instrumento entrarão em vigor.

Quanto aos requisitos formais, esclarece-se que, embora não haja ainda norma específica que regulamente a aplicação desse instrumento, claro se torna a noção de que deverá seguir alguns preceitos já estabelecidos em nosso Código Civil vigente, tais como capacidade civil e consentimento livre do autor. Nesse sentido, afirma Godinho:

No Brasil, o testamento vital, supondo-se ser possível aceitar sua validade, deveria ser realizado pelo interessado plenamente capaz (rompendo-se com a regra aplicável aos testamentos contemplados pelo Código Civil, que podem ser realizados pelos maiores de 16 anos, consoante estipula o seu art. 1.860, parágrafo único), sendo também fundamental averiguar se o consentimento é prestado de forma livre e espontânea, isto é, isento de erro, dolo ou coação (GODINHO, 2012, p. 962).

Relativamente ao conteúdo, por óbvio, não poderão constar disposições que sejam conflitantes com o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que as disposições servirão para abarcar as boas práticas médicas ao mesmo tempo que afasta as prejudiciais. Assim, há de se esclarecer que o testamento vital se insere no panorama em que não há, mesmo com todas as técnicas médicas disponíveis, possibilidade de melhora ou cura, de modo que o tratamento é literalmente apenas uma tentativa fútil que, quase sempre, deteriora ainda mais o estado de saúde do paciente já deveras debilitado pela enfermidade. Nesse sentido, lembra novamente Godinho:

[...] Mas não se pode deixar de consignar que, nos casos em que se puder verificar que a continuidade do tratamento vital apenas causará mais

sofrimento que esperança, ou seja, quando se constatar que o tratamento não prolonga a vida minimamente digna, mas apenas retarda indefinidamente a morte, será adequado concluir que deixar um paciente morrer, se de fato a morte é consequência natural e inevitável, é o único meio de se preservar a dignidade da pessoa em causa. Com efeito, há manifesta diferença entre matar e deixar morrer – neste caso, insista-se, quando a morte for de fato inevitável. [...] **Assim, desde que se comprove o estágio terminal e irreversível do paciente, a interrupção do tratamento que o mantém vivo não pode configurar ato ilícito, por não haver sentido em prolongar a vida de uma pessoa nestas condições, impingindo-lhe um dever de viver, quaisquer que sejam as condições** (GODINHO, 2012, p. 965). (grifos nossos)

Outrossim, o testamento vital se traduz no respeito à vontade do paciente quando não puder mais demonstrá-la, principalmente com vistas à evitar maiores prejuízos em um momento de extrema fragilidade do paciente, sem submetê-lo à condições degradantes com procedimentos fúteis e desnecessários.

2.2.2 Mandato duradouro

Trata-se de um documento no qual o paciente nomeia uma ou mais pessoas de confiança para a tomada de decisões em seu lugar, decidindo sobre os tratamentos médicos que devem ser aplicados nos casos de incapacidade temporária ou permanente. Podem ser considerados, claramente, como procuradores de cuidados de saúde, que recebem poderes para agir em nome do paciente baseados em instruções por ele transmitidas.

Com isso, existindo esse instrumento, os médicos deverão consultá-lo, bem como ouvir o procurador quando for necessário tomar alguma decisão sobre os cuidados médicos ou esclarecer alguma dúvida sobre a vontade do paciente e o outorgante não puder mais manifestar sua vontade, devendo o procurador de saúde atuar tendo como base a vontade do paciente.

Assim como ocorre com o testamento vital, também não existe, ainda, previsão legal do mandato duradouro, de modo que os mesmos pressupostos e regras aplicáveis ao primeiro instrumento poderão ser aplicadas à esse último, sendo eles, novamente, a capacidade civil e consentimento livre do autor. Novamente, Godinho assevera que:

[...] Se é possível traçar um paralelo entre o mandato duradouro e algum instituto previsto no ordenamento brasileiro, este seria o mandato (arts. 653 a 692 do Código Civil). Mais uma vez, deve-se exigir que o representado, autor do mandato duradouro, seja plenamente capaz e que seu consentimento seja manifestado livre e espontaneamente. [...] Sendo o propósito do mandatário nomear um procurador para representá-lo em atos que impliquem cuidados médicos futuros, torna-se imprescindível que o instrumento seja firmado por escrito, pois, afinal, o termo de consentimento informado a ser assinado pelo mandatário em nome do paciente também será reduzido a escrito. Por cautela, contudo, seria mais fiável a lavratura do documento por instrumento público, que, por gozar de fé pública, carregaria consigo uma presunção de veracidade dos seus termos (GODINHO, 2012, p. 969).

Naturalmente, o mandato duradouro acaba por ser um pouco mais amplo do que o testamento vital, haja vista que, além de conter as disposições pertinentes do paciente relativas consentimento de tratamentos e procedimentos médicos, estipula também aquele ou aqueles que deverão levar à cabo a sua vontade já estabelecida previamente.

Na maioria das vezes, o mandato duradouro é criado como elemento de suporte para a aplicação devida de um testamento vital prévio, mas isso não se faz necessário, cabendo à cada pessoa decidir qual instrumento será mais adequado ou se será melhor elaborar ambos. Dessa forma, em conjunto com o testamento vital, o mandato duradouro consubstancia o respeito ao direito pessoal do autor e, também, o resguardo jurídico-legal para os profissionais médicos.

2.3 As gerações das diretivas antecipadas de vontade

Contemporaneamente, os testamentos vitais acabaram por se demonstrar bem populares e, até 2007, 41% dos norte-americanos tinham elaborado tal instrumento. Em resposta às necessidades da população, legislações estaduais específicas foram aprovadas em apoio aos testamentos vitais em praticamente todos os Estados da União.

Contudo, ao passo em que se tornavam mais populares, problemas-chave foram logo descobertos na elaboração desse instrumento. Ocorre que a maioria deles eram escritos de forma muito limitada e não apresentavam, de forma clara, as reais vontades dos seus autores. Além disso, várias disposições conflitavam com várias práticas médicas de qualidade e, dependendo do caso, com legislações criminais. Com isso, percebeu-se que o testamento vital e, por conseguinte, o mandato duradouro, por si próprios, não bastariam para suficientemente demonstrar a vontade do autor em muitas decisões importantes relativas à saúde.

Portanto, esse panorama naturalmente levou ao desenvolvimento de novos modelos das diretivas antecipadas, no que se denominou de segunda geração dessas diretivas, com a elaboração do chamado *Health Care Proxy Appointment* e do *Medical Power of Attorney*. Esses documentos são similares ao conhecido Mandato Duradouro, com as mesmas disposições, permitindo que o paciente nomeie uma pessoa para que decida, em seu lugar, sobre questões médicas pertinentes, caso o autor esteja incapacitado por qualquer motivo de forma temporária ou permanente. Contudo, nesses novos instrumentos os autores irão preenchendo um “modelo” que evita os problemas já encontrados anteriormente ao selecionar as declarações e explicações necessárias ao ato.

Indo mais além dessas concepções, ampliou-se as funções das diretivas antecipadas originárias, de modo que novos instrumentos foram concebidos, mais abrangentes em seus termos, dando início à uma terceira geração. Agora, não somente dispõem sobre quais tratamentos médicos o paciente deseja que lhe seja garantido, mas também contém preferências, crenças e valores pessoais (filosóficos, sociais, teológicos) dos autores, projetados, assim, para que tenham o conteúdo mais completo possível a fim de auxiliar pacientes e seu(s) agente(s) nomeado(s), família e profissionais médicos para que possam entender e honrar as disposições contidas nesses documentos.

O primeiro instrumento dessa nova geração foi denominado de *Values History (Form)*, elaborado por David John Doukas e Laurence B McCullough, na Escola de Medicina da Universidade de Georgetown, em 1988. Nele, há algumas questões que devem ser respondidas pelos autores, em forma de formulário, versando sobre sentimentos relativos à independência e controle pessoal, sobre vida e morte, relações pessoais, suas crenças religiosas e filosóficas etc., de forma a servir como suporte à outros documentos como testamento vital ou mandato duradouro.

Além desse primeiro, há também outros instrumentos nos mesmos moldes, alguns mais simples e outros mais completos, tais como o *Medical Directive*, criado por Emanuel L.L. e Emanuel E.J do Hospital Geral de Massachussets e Escola Médica de Harvard, sendo um documento com seis páginas que informam como proceder em seis cenários médicos possíveis, baseados nos desejos do autor; o *Five Wishes (Directive)*, criado pela instituição sem fins lucrativos *Aging with Dignity*, descrito por si mesmos como um *testamento vital com*

coração e alma; e, ainda, o mais atual de todos eles, o *Lifecare Advance Directive*, fruto de um estudo de pesquisadores da área que revisaram mais de 6,500 artigos com origens e perspectivas médicas, legais, sociais e teológicas, a fim de aprimorar as diversas formas de diretivas antecipadas para torná-las claras e eficazes.

Por fim, muito embora atualmente exista diversas formas de diretivas antecipadas, sendo umas completas e outras que auxiliam outros documentos, a maior parte das pessoas ainda opta pelo instrumento de diretiva antecipada mais usado em sua localidade, mesmo não havendo impedimento legal de usar mais de um deles para fazer valer seus direitos fundamentais.

2.4 Diretivas antecipadas de vontade e as diferentes abordagens médicas (eutanásia, distanásia e ortotanásia)

No campo da bioética é deveras comum discussões e análises em torno das diversas modalidades de abordagens médicas dispensadas aos pacientes em casos de doenças graves e terminais. Nesse meio, os termos eutanásia, distanásia e ortotanásia são usados para classificar abordagens distintas e com particularidades específicas que podem passar despercebidas pela maioria das pessoas e, ainda hoje, causam alguma confusão entre leigos. Destarte, necessário se faz esclarecer de pronto tais definições e, adiante, como se relacionam com as diretivas antecipadas.

A eutanásia caracteriza-se como o ato de abreviar a vida de uma pessoa. Esta é uma palavra de origem grega, que significa "boa morte", pois a sua intenção, quando praticada, é acabar com o sofrimento da pessoa que vive uma doença grave e incurável. Embora seja prática liberada em alguns poucos lugares do mundo, a eutanásia é considerada ilegal na maioria dos países, incluindo o Brasil, uma vez que envolve o direito à vida, o bem mais precioso que se pode ter. Os profissionais contra esta prática afirmam que a vida humana é inviolável e ninguém tem o direito de abreviá-la e, além disso, é muito difícil definir quais pessoas ainda podem ter o sofrimento aliviado sem que seja necessário antecipar a sua morte.

Em nosso ordenamento jurídico, o Código Penal Brasileiro não tipifica a conduta da eutanásia de modo expreso. Contudo, enquadra o ato como homicídio e, nesse prisma, como homicídio privilegiado, tomando por base o previsto no artigo 121, § 1º, onde dispõe que: “§1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

Dessa forma esclarece Cunha:

Assim, o homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio de atenuação de pena que o parágrafo consagra. O mesmo exemplo é lembrado pela Exposição de Motivos: “o projeto pretende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico) (item 39) (CUNHA, 2019, p. 52).

Por sua vez, a distanásia é a prática pela qual se prolonga, através de meios artificiais, desproporcionais e, muitas vezes agressivos, o processo de morte - e, conseqüentemente, o sofrimento - de um enfermo que tem uma doença incurável. Essa prática é comumente conhecida por *obstinação terapêutica*, na qual os profissionais médicos limitam-se apenas à “cura” do paciente a qualquer custo, principalmente da dignidade humana dos submetidos à tal abordagem.

Por muitos anos, a distanásia foi considerada a prática médica padrão a ser seguida por todos os profissionais médicos, em um tempo onde o paciente era concebido meramente como objeto de cuidados e não como participante efetivo da relação médica.

Cruz e Oliveira afirmam que:

A distanásia, em regra, não envolve uma conduta do enfermo. **Trata-se de um conjunto de tratamentos médicos que visam estender a sobrevida do paciente em fase terminal. Apesar de prolongar a vida do enfermo, a distanásia relega a segundo plano a qualidade de vida do paciente.** Por tal motivo, é também conhecida como “obstinação terapêutica. De fato, há pacientes que optam pela distanásia, mas a prática tornou-se quase que um tratamento padrão dispensado a pacientes em fase terminal de vida e sem participação na decisão do tratamento (CRUZ; OLIVEIRA, 2013, pg. 407). (grifos nossos)

Dessa maneira, o indivíduo doente, que inicialmente teve seu processo de morte prolongado em vista de uma possibilidade idealizada - e, em todas as vezes, irreal - de cura, aos poucos passa a depender completamente dos meios artificiais que o mantém e a prorrogação constante da morte se torna o único elo com a vida. O doente se torna passivo e já não decide por si mesmo, mas apenas vive em função do processo de controle sobre a natureza.

Por fim, a ortotanásia é a abordagem médica que promove uma morte natural e, principalmente, digna, seguindo o curso natural da vida, não realizando aqueles tratamentos considerados fúteis, invasivos e artificiais para manter a pessoa viva a qualquer custo prolongando-lhe demasiadamente o seu sofrimento até o seu derradeiro fim.

Sendo assim, o objetivo central da ortotanásia, portanto, é a prática da medicina por meio dos denominados cuidados paliativos, que procuram manter a qualidade de vida do paciente e sua família no caso de doenças graves e incuráveis, ajudando no controle de sintomas físicos, psicológicos, espirituais e sociais causados pela enfermidade. Dessa forma, tal abordagem revela-se, dentre as demais, a mais acolhedora para o enfermo, haja vista que a atuação simultânea de várias pessoas de áreas distintas (médicos, psicólogos, familiares, cuidadores, etc) irão proporcionar um melhor enfrentamento de toda a situação.

Dessa forma declara Dadalto:

Assim, a ortotanásia é o instituto que guarda relação íntima com os cuidados paliativos, uma vez que se refere à conduta de não abreviar e nem prolongar a vida do paciente com uma doença grave, incurável e terminal, mas, sim, dar conforto e alívio de sintomas para o paciente, afim de que a doença tenha seu curso natural (DADALTO, 2019, p. 5)

Com todos esses termos e diferenças nas abordagens médicas, é natural que boa parte das pessoas pensem que as diretivas antecipadas de vontade poderiam ser, de certa forma, uma maneira de permitir a eutanásia, haja vista que o autor poderia recusar tratamento médico com base em suas convicções. Diante do exposto anteriormente, é possível verificar claramente que não é o caso.

Conforme detalhado, as diretivas antecipadas de vontade são instrumentos nos quais o autor irá declarar quais os tipos de tratamentos médicos que aceita e/ou aqueles que rejeita, as diretrizes para tomada de decisões nos casos onde esteja incapacitado - de forma temporária ou permanente - de exprimir a sua vontade como, por exemplo, em estado de coma e, em alguns casos, o responsável para dar fiel cumprimento ao documento (no caso de mandato duradouro). Além disso, as disposições desses instrumentos não podem ir de encontro à práticas médicas de qualidade, de modo que só serão válidas as disposições relativas à tratamentos fúteis, desnecessários e/ou degradantes ao enfermo, a fim de manter-lhe a qualidade de vida e, assim, sua dignidade.

Portanto, torna-se cristalino que as diretivas antecipadas de vontade distanciam-se enormemente da eutanásia, por não ter o intuito de provocar a morte acelerada do paciente e, ainda mais, da distanásia, haja vista que os documentos servem justamente para indicar a vontade do paciente em não se submeter à qualquer tratamento fútil ou degradante que lhes prolonguem desnecessariamente o seu sofrimento, vilipendiando sua dignidade e diminuindo a sua condição de pessoa humana.

Dessa forma, os instrumentos que contenham as diretivas antecipadas estão intimamente ligadas à abordagem médica da ortotanásia, uma vez que recusam, ao mesmo tempo, a abreviação da vida do paciente e o prolongamento desnecessário do sofrimento da doença por meio de tratamento degradante e fútil, de modo a garantir ao enfermo os cuidados médicos paliativos, proporcionando-lhe alívio físico, psicológico, espiritual e social, permitindo que os seus últimos momentos de sua vida sejam os mais respeitosos e acolhedores dentro das possibilidades.

Destarte, o uso das diretivas antecipadas não constituem prejuízo e, muito menos, crime, mas sim o respeito máximo à cada ser humano que, dentro de suas convicções e vontades, decide como deseja enfrentar momentos sofridos, garantindo-se o máximo respeito aos direitos individuais e, também, aos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico.

3 BASES AUTORIZATIVAS DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme verificado anteriormente, as diretivas antecipadas de vontade são instrumentos de garantia de direitos individuais de pacientes relativas ao direito médico, registrando formalmente e explicitamente as vontades de seus autores e, mais ainda, a extensão do consentimento quanto à determinadas terapêuticas médicas disponíveis para tratamento médico.

Além disso, analisou-se a história, tipos, requisitos e, também, os novos conceitos e formas das diretivas antecipadas, gerando uma grande gama de possibilidade para as pessoas escolherem aquilo que melhor se adequa a cada caso específico.

Por oportuno, restou claro que, em comparação às diversas abordagens médicas que são dispostas aos pacientes, as diretivas antecipadas de vontade encontram-se dentro do escopo da ortotanásia que, juntamente com os cuidados paliativos, irão proporcionar ao paciente um melhor enfrentamento de toda a situação sofrida de extrema vulnerabilidade na qual encontra-se inserido.

Com isso, chega-se ao ponto chave da presente análise sobre as diretivas antecipadas, consubstanciado no substrato jurídico-legal, em nosso ordenamento jurídico pátrio, que sustenta e permite a aplicação desses instrumentos, havendo desde princípios à normas jurídicas e decisões judiciais favoráveis que demonstram a formação de uma jurisprudência consolidada em torno da legalidade de tais instrumentos.

3.1 Declaração universal dos direitos humanos

Os Direitos Humanos, assim como os conhecemos atualmente, são frutos diretos da boa-fé e cooperação internacional em reconhecer à todo ser humano, de modo explícito e formal, aquilo considerado como intrinsecamente básico à uma vida digna, sendo um reflexo claro à grande destruição resultante do fim da 2º guerra mundial, momento em que a humanidade testemunhou toda a sua capacidade em criar as piores catástrofes e atrocidades possíveis, causando danos imensuráveis e irreparáveis em nossa história.

Compromissados a evitarem os horrores vividos com tal conflito, vários países - inclusive o Brasil - criaram, em 1945, a Organização das Nações Unidas – ONU, com o

objetivo primário de estabelecer e manter a paz no mundo. Assim, assinou-se a Carta das Nações Unidas em 20 de julho do mesmo ano, na qual proclamou-se o comprometimento das nações em preservar as gerações futuras, da fé nos direitos fundamentais dos homens, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, nações etc.

Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas elaborou e proclamou, também, um novo documento denominado de Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nela, em seus 30 artigos, reconhece-se os direitos e liberdades fundamentais inerentes à todos os seres humanos, inclusive com recomendações, em seu preâmbulo, para que todos os povos de todas as nações se esforcem em promover e proteger tais direitos. Nesse sentido, traz a Declaração:

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

[...]

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição (ONU, 1948).

Destarte, pela primeira vez na história humana, foram reconhecidos a todos os seres humanos, de modo explícito, formal e universal, direitos e liberdades fundamentais, fato importantíssimo principalmente para as novas ordens jurídicas que surgiriam a partir de então, de modo que quase todas, incluindo-se a nossa que foi inaugurada pela Constituição Federal de 1988, receberam tais direitos e referenciam-nos em seus textos constitucionais, gerando, assim, uma efetividade ao comando inicial de promoção e proteção dos direitos humanos pelos povos e nações.

Portanto, por também ser signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil declarou, perante todos os demais Estados-nações, o reconhecimento desses direitos e, ainda mais, a responsabilidade em assegurá-los e promovê-los, tanto em relações internas quanto nas relações externas, dando-lhes sempre prioridade em seu ordenamento jurídico, conforme exposto na Constituição Federal, no artigo 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º, onde lê-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos

dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Outrossim, as décadas seguintes ao pós-guerra acabaram por ser tornar verdadeiros desafios para aplicação do proclamado pelas Nações Unidas, pois os novos tempos trouxeram problemas intrinsecamente ligados à questões de direitos humanos em todo o mundo, de modo a forçar as nações a mudarem suas visões e atuações, passando de Estados abstencionistas à Estados mais engajados com pautas sociais, cientes de suas responsabilidades e preocupados com o respeito e a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.

3.2 Constituição Federal da República Federativa do Brasil

Em todos os Estados Democráticos de Direito, a presença de uma Constituição é um fato natural. Nela, estão consubstanciados séculos de conquistas de sociedades que agora têm, devidamente asseguradas, os direitos e garantias mais fundamentais à todos os seres humanos. Não estando afeta apenas aos mais básicos dos direitos, em alguns ordenamentos jurídicos – como o ordenamento brasileiro – a Constituição não restringe-se apenas aos fatos relativos ao Estado e aos particulares, característica das primeiras Constituições liberais, mas também dirige a ação estatal para a concretização de ideias e valores, projetando-os para o futuro e mantendo, assim, uma sociedade atual, justa e democrática.

Destarte, a *Constituição Cidadã* – como ficou conhecida a CR/88 – trouxe grandes mudanças e avanços em todos os setores da sociedade, sendo mais significativa, ainda, por ser a primeira Constituição promulgada após décadas de sucessivos governos militares. Assim, diversos assuntos anteriormente proibidos estavam sendo debatidos e, mais ainda, assegurados enquanto direitos fundamentais pelo diploma mais importante de todo o ordenamento jurídico.

Dentro desse aspecto de direitos humanos, encontramos em nossa Constituição Federal o Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, possuindo cinco capítulos exclusivamente dedicados à normatização dos direitos e liberdades fundamentais, sendo destaque o artigo 5º, reservado para os direitos e deveres individuais e coletivos, composto por setenta e oito incisos e quatro parágrafos, contendo não somente normas, mas também princípios explícitos e implícitos que permeiam suas linhas e nos guiam na correta interpretação e aplicação da Carta Magna.

Além de prever os direitos humanos, esse artigo também traz consigo a importância deles em nosso ordenamento jurídico, oriundos do reconhecimento inicial, pelo Estado Brasileiro, da Carta dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1948, ao especificar a sua primazia e também aplicabilidade imediata em nossa ordem constitucional, não restringindo-se somente aos já consagrados, mas também abarcando, desde logo, outros que possam a vir ser reconhecidos como tais.

3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana traduz-se em um valor moral inerente à própria pessoa humana, de modo que todos os seres humanos são dotados desse preceito, sendo considerados como um fim em si próprios e não meramente como meios (objetos) para outros fins. Portanto, são dotados de direitos e deveres fundamentais que devem ser respeitados por todos e, principalmente, pelos Estados democráticos de direito em atenção aos comandos já consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela Organização das Nações Unidas – ONU.

Seguindo esse cerne, podemos destacar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988, que pode ser observado em vários momentos e locais da *magna carta*. Inicialmente, tal princípio figura como fundamento de nossa República, contido no inciso III, do Art. 1º, ao estabelecer que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito e tem como fundamentos : [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

Assim, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana revela a preocupação do Estado em colocar tal valor como alicerce de toda a nossa ordem constitucional. Com isso, deixa claro que, antes mesmo de se preocupar com outros assuntos também relevantes dentro da perspectiva constitucional, o Estado brasileiro reafirma a importância (primazia) do ser humano, suas qualidades e direitos fundamentais.

Em outro momento, tal princípio pode ser visto pelo aspecto de um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, onde informa que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Destarte, o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil não admite, em qualquer forma ou circunstância, nenhum tratamento desumano ou degradante de qualquer pessoa, nacional ou estrangeiro, agindo prontamente para evitar qualquer ato (seja de um particular ou do Estado) que vise a prejudicar a condição de pessoa humana, de modo a desmoralizar, prejudicar ou degradar a pessoa, tolhendo-lhe toda a sua dignidade e, também, de sua própria condição de ser humano.

Por estar presente de forma tão intrínseca à nossa ordem constitucional e devido à sua grande importância em nosso ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana é entendido atualmente como um *metaprincípio*, guiando a aplicação da lei em todos os ramos do direito pátrio. Nesse sentido, assevera Fernandes:

[...] a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88) é erigida à condição de *metaprincípio*. Por isso mesmo esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como um fim em si mesma, nunca como meio (coisa) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros (FERNANDES, 2019, p.446).

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana é suficientemente forte e amplo o bastante para que, naturalmente, abranja todos os aspectos da vida humana em todos os tipos de relações, principalmente relativo à direitos relacionados à questões pessoais da indivíduo como direitos de personalidade e, ainda mais, quando esses estão relacionados diretamente à problemáticas do direito médico e bioética.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana resguarda o indivíduo de eventuais lesões à sua condição de pessoa e, além disso, permite-lhe, a depender do caso e dentro das possibilidades de nosso ordenamento jurídico, repudiar e evitar aquilo que entenda como nocivo, prejudicial e degradante, segundo entendimento próprio, por quaisquer meios possíveis.

Assim, as diretivas antecipadas de vontade consubstanciam essa possibilidade do indivíduo em evitar aquilo que considere degradante à sua condição de pessoa humana, de forma prévia e formal, sem que aquilo que considera prejudicial venha a ser aplicado em si sem o seu consentimento, gerando graves lesões físicas e/ou psicológicas e, pior ainda, tolhendo-lhe claramente um direito fundamental e, assim, violando a nossa *lex mater*.

Portanto, é dentro dessa perspectiva que as diretivas antecipadas de vontade podem ser aplicadas em nosso contexto constitucional, de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana que, desde sempre, deve ser um dever de todos e, principalmente, do Estado, que necessita atuar de forma a garantir o máximo respeito a tal princípio, dando assim a

possibilidade aos seus cidadãos do pleno desenvolvimento de sua personalidade, de onde resulta sua valorização como pessoa humana e, ainda, a certeza de que seus valores pessoais mais básicos serão resguardados.

3.3 Código Civil de 2002

Criado há exatos 14 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 trouxe muitas inovações e atualizações em seu texto, de modo a seguir as mudanças constitucionais dos últimos anos, confirmando, na seara civil, o que já estava assegurado enquanto direitos e garantias fundamentais na seara constitucional, ao ponto de boa parte da doutrina afirmar que haveria um novo “direito civil constitucional” ou “constitucionalismo civil”.

Observando-se pelo prisma afeto ao tema ora analisado, o Código Civil vigente realizou um enorme avanço ao trazer, de forma inédita em nossa *Lex Civilis*, normas protetivas dos direitos de personalidade, sendo aqueles direitos relacionados à promoção da pessoa na defesa de sua essencialidade e dignidade, fato inexistente no Código Civil anterior de 1916.

Nesse diploma legal, os direitos de personalidade possuem proteção expressa no Capítulo II, em seus 11 artigos, que servem para confirmar o comando constitucional e efetivar, de modo infraconstitucional, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, podemos verificar suas definições e, mais ainda, a extensão de sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico.

O artigo 11, do CC/02 declara expressamente que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Isso deixa claro que, de modo geral, somente a própria pessoa poderá dispor desses direitos, não podendo abrir mão deles e, mais ainda, sofrer limitações no exercício deles, opondo-os contra terceiros (efeito erga omnes).

Caso alguém, seja pessoa física ou jurídica, venha de alguma maneira ameaçar os direitos de personalidade de qualquer pessoa ou, pior ainda, causar alguma lesão, o detentor desses direitos poderá exigir que cessem tais atos e, ainda, poderá requerer uma indenização de perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em nosso ordenamento jurídico para os agentes causadores da lesão. Assim declara o artigo 12, do CC/02 onde informa que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”

Além dos artigos acima, o Código Civil vem tratar, em sequência, sobre o direito à integridade física dentro do prisma dos direitos de personalidade, contidos nos artigos 13, 14 e 15 desse diploma legal, divididos em três aspectos: tutela do corpo enquanto vivo; tutela do corpo enquanto morto e autodeterminação do paciente, sendo esse último o mais afeto ao objeto de nossa análise. Assim, vejamos tais artigos conforme disposto no Código Civil de 2002:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

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

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (BRASIL, 2002).

No aspecto da tutela do corpo enquanto pessoa humana (viva), a disposição constante em nossa lei civil, no artigo 13, é de que é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando tal ato importar em prejuízos permanentes em sua integridade física, salvo por exigência médica. Assim, a regra é impossibilidade de livre disposição do próprio corpo a fim de resguardar, ao máximo, a integridade física do indivíduo. Um exemplo simples dessa situação poderia ser o ato de amputação de um membro para salvar a vida da pessoa em caso de doença grave, evitando-se a morte do enfermo.

No aspecto de tutela do corpo depois da morte (cadáver), a legislação civil informa que o corpo poderá disposto gratuitamente após a morte, no todo ou em parte, com objetivos científicos ou altruísticos. Dessa forma, tem-se a possibilidade de doação do corpo para uma universidade para servir em aulas práticas de anatomia ou para que seja utilizado para coleta de órgãos transplantáveis, respectivamente, e assim beneficiar outras pessoas que necessitam de um transplante para poderem viver.

Chega-se, portanto, no aspecto mais afeto às diretivas antecipadas, sendo ele o consentimento informado (do paciente), previsto no artigo 15 do CC/02. Nele, está previsto que ninguém poderá ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, consubstanciando uma proteção legal do paciente na relação médica que, por vezes, trata do paciente como um mero objeto de cuidados terapêuticos.

O consentimento informado, que está inserido dentro dos direitos de personalidade, constitui o direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar a sua integridade física e, principalmente, o dever do médico em alertar sobre os benefícios e riscos de toda e qualquer terapêutica disponibilizada. Caso o profissional médico não detalhe os tratamentos, haverá um claro prejuízo para o paciente que, eventualmente, irá exercer seu consentimento tomando por base informações incompletas, imprecisas ou até mesmo erradas, gerando uma conseqüente lesão à sua integridade física e degradação de sua condição de pessoa humana.

Sobre tal perspectiva, informam Farias, Netto e Rosenvald:

Estamos diante da saúde humana, em sua indissociável integralidade. Não se admite, aqui, consentimentos para a prática de danos, quaisquer que sejam. Afirmar isso não equivale a negar qualquer validade para o chamado consentimento informado. [...] a autodeterminação do paciente só poderá ser exercida se as informações prestadas forem específicas para o caso do paciente e não genéricas. O consentimento também não pode ser genérico (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 206).

Destarte, o consentimento informado torna-se indispensável para a prática médica, haja vista que é a concordância expressa e formal do paciente em aceitar determinada terapêutica, após ciente dos benefícios e riscos advindos do ato.

Sendo assim, objetivando evitar prejuízos em casos de eventual incapacidade, poderia o indivíduo utilizar-se das diretivas antecipadas de vontade e deixar claro, formalmente, aquilo com o que consente e a extensão de tal permissão e, mais ainda, aquilo que repudia, preservando-se, portanto, a sua integridade física e dignidade humana.

Portanto, nota-se que enquanto o princípio da dignidade da pessoa humana atua enquanto proteção e permissão ao indivíduo, o consentimento informado vem atuar como o ato efetivador das vontades do paciente, servindo as diretivas antecipadas como instrumentos formais e legais de concretização do próprio ato.

3.4 Código de Ética Médica – Resolução CFM nº 2.217/2018

Em consonância com outros dispositivos legais que estão sendo atualizados para melhorar a relação com o nosso ordenamento jurídico, o Conselho Federal de Medicina verificou a necessidade de adequar a sua legislação interna para melhor resguardar e assegurar direitos, principalmente aqueles relativos à direitos fundamentais, de personalidade e à bioética aplicados nas relações entre o paciente e o médico.

Inicialmente, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.995/2012, na qual detalha, em seus 3 artigos, os conceitos de diretivas antecipadas de vontade e suas aplicabilidades dentro da medicina atual. Esse fato levou, naturalmente, à debates jurídicos e ações judiciais sobre a legalidade das disposições contidas nessa resolução e, ainda, sobre a incompetência do conselho em legislar sobre tal assunto, haja vista não ter nenhuma legislação ordinária própria que trate desses instrumentos.

Embora tenha sido alvo de ações judiciais, a Resolução 1.995/2012 não foi revogada judicialmente, sendo mantida normalmente e, inclusive, serviu como base para seções do novo Código profissional que, eventualmente, viria a ser aprovado.

Nesse prisma, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 2.217/2018, promovendo uma atualização do Código de Ética Médica anterior, consolidando modificações realizadas em 2009, as quais foram de extrema importância para um reconhecimento inicial da possibilidade de aplicação das diretivas antecipadas de vontade em nossa sociedade, mesmo que de forma incipiente.

Esse movimento atual está em consonância não somente com os diplomas legais já mencionados anteriormente, mas também com às próprias mudanças pelas quais a medicina atual está passando, promovendo-se uma relação de maior confiança e mais humanizada entre pacientes e profissionais de saúde, de modo que ambos são reconhecidos como partes ativas e importantes na relação médica.

Dessa forma, alguns artigos do Código de Ética Médica anterior foram revisados e outros aprimorados, com vistas a demonstrar, de forma clara e inequívoca, as novas concepções sobre o direito médico. Muito embora todos os artigos estejam relacionados, naturalmente, à questões de bioética, iremos analisar aqueles que permitiriam a utilização das diretivas antecipadas de vontade.

Inicialmente, no capítulo IV da resolução, denominado “Direitos Humanos”, temos as modificações referentes às obrigações do médico, claramente pautadas no respeito à direitos fundamentais como a autodeterminação dos pacientes e de seu consentimento informado, de modo a esclarecer a situação da enfermidade de forma clara e inequívoca ao seu paciente, assegurando-o a plena consciência para que possa exercer livremente o seu direito sobre decidir sobre sua pessoa ou seu bem-estar, dentro das possibilidades, vedadas qualquer tentativa de limitação e, ainda, qualquer prática de procedimentos degradantes ou desumanos no tratamento do enfermo, conforme os artigos 22, 24 e 25 do Código de Ética Médica:

É vedado ao médico:

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.

Parágrafo único. O médico deve ter para com seus colegas respeito, consideração e solidariedade

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.

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou

fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem (BRASIL. CFM, Resolução nº 2.217/2018, 2018).

Com o passar das últimas décadas, houve uma crescente preocupação - acertada, claramente - em alterar a abordagem dispensada aos pacientes, haja vista que a prática médica por excelência, até pouco tempo atrás, era sem dúvidas baseada no prisma da distanásia, onde a cura a qualquer custo era a única terapêutica possível. Tal abordagem, conforme analisado anteriormente, acaba por gerar graves prejuízos aos pacientes que já se encontram bastante debilitados em razão da enfermidade, de modo a degradar ainda mais a sua dignidade ao aplicar tratamentos fúteis, inúteis e inconsequentes sob o pretexto de uma cura irreal.

Atualmente, a figura do paciente deixou de ser meramente passiva para uma figura ativa e de extrema importância para a medicina. Assim, deslocou-se a preocupação da obstinação terapêutica para os direitos do paciente e seu acolhimento para enfrentar as situações de veras complicadas e sofridas. Nota-se claramente isso pelo teor das expressões usadas nos próprios artigos, tais como “consentimento”, “dignidade”, “consideração”, “solidariedade”, “respeitar”, “garantir”, entre outros.

Destarte, o profissional médico deve zelar, em seu mister, pelo respeito aos direitos e garantias mais fundamentais que os indivíduos possuem, promovendo sempre a defesa da personalidade da pessoa e de sua dignidade humana em todos os momentos, respeitando a vontade do paciente sobre decidir o que será melhor para si.

Em tempo, no Capítulo V, denominado “relação com pacientes e familiares”, vemos disposições sobre condutas vedadas aos médicos relativos à relação com o paciente e também de sua família. Aqui, nota-se claramente que a medicina, além repudiar práticas inerentes à distanásia, também demanda a prática de atos baseado na ortotanásia. Dessa forma declara o artigo 41 do Código de Ética Médica:

Art. 41. 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** (BRASIL. CFM, Resolução nº 2.217/2018, 2018). (grifos nossos)

Diante do exposto, o Conselho Federal de Medicina do Brasil deixa de veras claro que não aceita mais aquela velha concepção de médicos e pacientes do prisma da distanásia e que, além disso, posiciona-se formalmente no sentido de aceitar e indicar a ortotanásia nos casos de doenças incuráveis e terminais, de modo a empregar cuidados paliativos e respeitar, ao máximo e dentro das possibilidades, a vontade expressa do paciente sobre as terapêuticas que deseja receber para que, mesmo em situação de extrema fragilidade, possa viver de forma digna e humana até o fim.

Assim, pode-se verificar que as diretivas antecipadas de vontade estão sendo praticadas de maneira informal, mesmo sem previsão legislativa expressa ou formal, de modo que o profissional médico deve levar em consideração a vontade do paciente e, sendo o caso de incapacidade, o do seu representante legal para evitar graves, caracterizando, por exemplo, um “mandato duradouro não escrito” (verbal), mas com os mesmos objetivos e, principalmente, consequências.

Portanto, o novo Código de Ética Médica, com as suas atualizações mais que necessárias, veio para sedimentar, formalmente, aquilo que já havia se tornado praxis medicinal nos últimos tempos: o resgate da natureza humana dos pacientes e profissionais

médicos, pautada na compreensão, solidariedade, carinho e acolhimento dos necessitados em momentos de vulnerabilidade e respeito à sua condição de pessoa humana.

4 Diretivas antecipadas de vontade e as primeiras decisões judiciais

Muito embora tenha-se verificado que o nosso ordenamento jurídico pátrio possui normas constitucionais e infraconstitucionais e princípios que autorizem a aplicação das diretivas antecipadas de vontade, o tema ainda gera calorosos debates e, principalmente, ações judiciais para decidir a legalidade desses instrumentos.

Com o advento da Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, as diretivas antecipadas de vontade começaram fazer parte das discussões em nosso meio jurídico, haja vista que previu em seus 3 artigos, expressamente, as definições de tais instrumentos e a aplicabilidade prática na medicina moderna, onde lê-se que:

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.

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.

§ 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.

§ 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.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente (BRASIL. CFM, Resolução nº 1.995/2012, 2012).

Contudo, tal resolução foi o suficiente para que o Ministério Público Federal ajuizasse, em 2013, a Ação Civil Pública nº 1039-86.213.4.01.3500, perante a Justiça Federal do Estado de Goiás, na qual questionou a constitucionalidade e legalidade desse ato normativo interno. Na ação, o *parquet* argumentou que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, somente a União, por meio do seu órgão competente, com base no art. 22, incisos I, XVI e XXIII, poderia dispor sobre o tema tendo em vista as repercussões sociais, legais e jurídicas nos direitos da personalidade do indivíduo.

Além disso, o Ministério Público ressaltou a omissão de informações essenciais na referida resolução, sendo eles relativos à validade do documento, formas de revogação, instrumento para registrar a vontade do paciente e, ainda, o direito de intervenção da família na formulação da vontade do paciente.

Nos pedidos, a Ação Civil Pública demandava que fosse declarada a inconstitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina e, conseqüentemente, a sua ilegalidade, de modo a suspender a sua aplicação em todo o território nacional e, ainda, que o Conselho fosse proibido de expedir normas que

extrapolassem seus limites de atuação, principalmente relativas às diretivas antecipadas de vontade.

O Conselho Federal de Medicina, em sede de defesa, argumentou que a União, por meio da Lei nº 3.268/57, permitiu ao Conselho de Medicina regular a atuação técnica e moral de sua classe e, ainda, que o Ministério da Saúde, pela Portaria nº 1820/2009, manifestou-se no sentido de que os pacientes devem ter seus valores, cultura e direitos respeitados.

Dessa forma, o Conselho asseverou que as diretivas antecipadas de vontade refletem justamente a autonomia do paciente e a dignidade da pessoa humana, haja vista que a manifestação da vontade é a norma constante do Código Civil de 2002, em seus artigos 1º ao 5º, não havendo de se falar em inexistência de regulamentação. Por fim, asseverou que os pacientes podem revogar suas diretivas pelo mesmo meio que as instituiu e, em sua ausência, a família será consultada.

Por fim, no início de 2014, a sentença julgou improcedente o pedido do Ministério Público Federal. O magistrado, ao decidir sobre a controvérsia, apontou que, apesar de não haver legislação própria sobre o tema, as diretivas não encontram vedação no ordenamento jurídico brasileiro. Ressaltou ainda que a Resolução nº 1.995/2012 busca regular a atuação do médico quando se deparar com documentos de vontade do paciente, resguardo o profissional de possíveis sanções ético disciplinares dos Conselhos, não excluindo o direito da família ou poder público de buscar a tutela judicial em razão de eventual ilícito.

Em tempo, houve também outra Ação Civil Pública, anterior à detalhada acima, também ajuizada pelo Ministério Público Federal no ano de 2007, perante a Décima Quarta Vara Federal do Distrito Federal com nº 2007.34.00.014809-3, a qual discutia a legalidade da Resolução nº 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina que tratava sobre a regulamentação da ortotanásia.

Novamente, os argumentos do *parquet* consistiam na inconstitucionalidade e ilegalidade de tal ato normativo, haja vista que se tratava de matéria legislativa da qual o Conselho Federal de Medicina não detinha a competência para legislar, além de não poder regulamentar, como ética, uma conduta que, segundo eles, seria tipificada como crime.

O Conselho Federal de Medicina, naturalmente, defendeu que se tratava de assunto de sua competência por se tratar de condutas de profissionais médicos, principalmente relativas ao tratamento dispensado aos pacientes e suas famílias, de modo a não gerar nenhum ilícito por causa de desrespeito aos direitos de personalidade e afins que, novamente, já estão regulamentados na legislação civil e constitucional.

Após todos os trâmites, no ano de 2010, o magistrado proferiu a sentença, julgando improcedente a Ação Civil Pública, argumentando que a ortotanásia não se enquadraria como crime pois seria conduta atípica e, portanto, não violaria o ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, tendo reconhecido a validade da Resolução nº 1805/2006, o Conselho Federal de Medicina instituiu uma Câmara Técnica de Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos, reunindo profissionais médicos e juristas, de modo a revisar o Código de Ética Médica em vigor há mais de 20 anos, trabalho que resultou em um novo código profissional, aprovado em 2009 por meio da Resolução nº 1.931, mais abrangente em seus termos e, principalmente, trazendo disposições relativas à ortotanásia, vontade do paciente, consentimento informado, entre outros.

Diante do exposto, verifica-se que os tribunais brasileiros estão reconhecendo a constitucionalidade das diretivas antecipadas de vontade, de modo criar um consenso – e, talvez, uma jurisprudência – e, também, a auxiliar na mudança de paradigma em torno da temática, principalmente no momento atual em que não há, ainda, legislação ordinária própria que balize, claramente, a aplicação desses instrumentos em nossa prática médica e, também, jurídica.

Outrossim, o judiciário vem se posicionando pela legalidade das diretivas antecipadas de vontade com base no que já se encontra disposto em nosso ordenamento jurídico, consoantes principalmente com a legislação constitucional e civilista, permitindo-se, assim, o respeito aos direitos fundamentais das pessoas.

5 METODOLOGIA

A metodologia de um projeto consiste na sistematização dos métodos científicos que são utilizados pelo pesquisador para que possa alcançar as respostas para as problemáticas encontradas durante o decurso de todo o processo.

Destarte, na presente análise a pesquisa foi eminentemente bibliográfica e documental, com grande atenção à legislação correlata, algumas decisões judiciais recentes e poucos estudos e artigos publicados sobre o tema específico, haja vista tal assunto ser ainda, quase em sua totalidade, tratado de forma secundária em produções acadêmicas de Direito Médico através de simples análises ou menções, fato que também suporta a relevância do presente tema, de modo poderá ajudar a sistematizar o conhecimento já produzido sobre o tema para posteriores análises mais aprofundadas e para a produção de novos debates e soluções que serão aproveitados por toda a sociedade. Sobre tal método, destaca GIL:

A principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. Esta vantagem se torna particularmente importante quando o problema de pesquisa requer dados muito dispersos pelo espaço (GIL, 2008, p. 69).

Em tempo, relativamente aos tipos de pesquisa, a forma de abordagem será por meio da pesquisa qualitativa, por permitir a análise e interpretação do conhecimento adquirido com a pesquisa bibliográfica e documental em artigos, legislação, códigos etc. Quanto aos objetivos, ela será exploratória, proporcionando uma maior familiaridade com o tema específico e permitindo a construção de um maior conhecimento sobre o problema ora explorado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar a legalidade e aplicabilidade das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, utilizou-se de análises de legislação, artigos jurídicos, decisões judiciais e estudos acadêmicos disponíveis até o presente momento, de modo a compará-los e verificar tais instrumentos podem ser considerados legais em nosso meio normativo.

As diretivas antecipadas de vontade, quando analisadas pela ótica da legislação vigente, encontram fortes bases jurídico-legais que permitem a sua aplicação em nosso meio normativo. Sejam por meio de normas constitucionais e/ou infraconstitucionais, os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, autodeterminação, vontade e personalidade encontram-se regulamentados e bem estabelecidos em nosso ordenamento jurídico, constantes tanto em nossa Constituição Federal, *lex mater* por excelência, quanto em nosso Código Civil e atos normativos internos do Conselho Federal de Medicina.

Somado às normas jurídicas pertinentes, vislumbra-se que o poder judiciário pátrio, ao analisar duas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal sob o pretexto de que as diretivas antecipadas de vontade seriam inconstitucionais e, ainda, fatos tipificados como crime pela legislação penal, demonstrou *in loco*, em ambos os casos, que essas

disposições são plenamente compatíveis com o nosso ordenamento jurídico, sendo válidas e aplicáveis dentro dos ditames de nosso direito pátrio.

Dessa forma, as recentes decisões judiciais que validaram as resoluções do Conselho Federal de Medicina demonstram que o poder judiciário confirma o que está disposto em nossa legislação, alinhando, mesmo que de forma incipiente, o meio normativo aos casos concretos, dando origem à uma eventual jurisprudência favorável sobre a temática e, também, auxiliando estudos sobre as diretivas por meio de análises e debates das referidas decisões, tanto pelo meio profissional quanto pelo acadêmico.

Portanto, diante do material bibliográfico e documental analisado pela pesquisa, verifica-se que existe, de fato, uma base jurídica forte consubstanciada em princípios e normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais no ordenamento jurídico pátrio que permitem a aplicação das diretivas antecipadas de vontade, de modo que a falta de legislação ordinária própria sobre o tema não obsta a aplicação desses instrumentos, haja vista que a constitucionalidade e o conteúdo dos mesmos já encontram-se regulados em nossa Constituição Federal e Código Civil, inclusive como bem foi declarado pelo poder judiciário nas sentenças das duas Ações Civas Públicas relativas à tal tema.

Outrossim, conclui-se que as diretivas antecipadas de vontade são constitucionais pela ótica do ordenamento jurídico brasileiro e, também, aplicáveis, haja vista que o conteúdo desses instrumentos encontra-se disposto em nossa legislação vigente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2020

_____. Decreto-Lei nº 2.848 (1940). **Código Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2020

_____. Lei nº 10.406 (2002). **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 nov. 2020

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.931/2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF, 2020. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.217/2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF. 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CRUZ, M. L. M.; OLIVEIRA, R. A. **A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente**. Ver. Bioét. (Impr.). 2013; 21 (3): 405-1. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300004&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 20 nov. 2020.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 11. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FARIAS, C. C.; NETTO, F. B.; ROSENVALD, N. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GODINHO, A. M. **Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. RIDB, Ano 1. Lisboa, nº 2, p. 945-978, 2012.

JONES, C. With living wills gaining in popularity, push grows for more extensive directive. **Crain's Cleveland Business**, Cleveland, 20 de ago. 2007. Disponível em: <https://www.crainscleveland.com/article/20070820/MOBPRINT/308200028/with-living-wills-gaining-in-popularity-push-grows-for-more>. Acesso em: 20 nov. 2020.

KUTNER, L. **Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal**. Indiana Law Journal, p. 534-554, 1969. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>. Acesso em: 20 nov. 2020.

DADALTO, L. **Morte digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim**. Pensar revistas jurídicas. Fortaleza. v. 24, n. 3, p. 1-11, jul./set. 2019

ONU. Fundo das Nações Unidas para a Infância. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 nov. 2020.

WIKIPÉDIA. **Advanced Healthcare Directive**. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Advance_healthcare_directive#cite_note-13. Acesso em: 20 nov. 2020

WIKIPEDIA. **Karen Ann Quinlan**. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Karen_Ann_Quinlan Acesso em: 20 nov. 2020.

WIKIPEDIA. **Nancy Cruzan vs Director, Missouri Department of Health**. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Cruzan_v._Director,_Missouri_Department_of_Health. Acesso em: 20 nov. 2020