

# TERMINALIDADE DA VIDA E DIRETIVA ANTECIPADAS DE VONTADE DO PACIENTE <sup>1</sup>

*David Lingerfelt  
Lais Hupsel  
Lucas Macedo  
Marcela Mendonça  
Raissa Ribeiro  
Yuri Gusmão  
Yuri Moura*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 NOÇÕES CONCEITUAIS E AXIOLÓGICAS. 2.1 ACEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE MORTE DIGNA. 2.2 VIDA *VERSUS* LIBERDADE. 2.3 EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA 3 TESTAMENTO VITAL: A RESOLUÇÃO 1.995/12 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 3.1. COMPETÊNCIA DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E A FORÇA NORMATIVA DA RESOLUÇÃO. 3.2 ADEQUAÇÃO AO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA 3.3 LIMITES DA DISPOSIÇÃO. 4 QUESTÕES CONTROVERSAS. 4.1 O PROCURADOR. 4.2 DECLARAÇÃO FEITA POR VIA ORAL. 4.3 DESCUMPRIMENTO DA DECLARAÇÃO. 4.4 TRATAMENTOS NOVOS 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Trabalho destinado à análise crítica das diretivas antecipadas de vontade, admitidas a partir da Resolução nº 1.995 de 2012 do CFM. Conceituação de eutanásia, distanásia e ortotanásia, bem como análise principiológica da dignidade da pessoa humana e embate constitucional. Inovações e modificações trazidas pela Resolução e estudo de questões controversas decorrentes.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas de vontade; terminalidade da vida; Resolução nº 1.995/12 CFM.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa uma análise crítica e constitucional sobre as Diretivas Antecipadas de vontade, conhecido em alguns países como Testamento Vital, instrumento trazido pela Resolução nº 1.995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Primeiramente, faz-se fundamental realizar uma análise conceitual, principiológica e constitucional da vida e morte digna. Não menos importante é conceituar a eutanásia, distanásia e ortotanásia, bem como esclarecer a aplicação nestes do instituto em voga.

Superada estas linhas basilares, imperioso se faz analisar positivamente a regulamentação. Neste ponto, serão expostos o alcance e os limites da Resolução, assim como a legitimidade do CFM para regulamentar.

Faz-se ainda uma apreciação axiológica a respeito dos fundamentos de tal instituto,

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado durante o curso da disciplina *Biodireito*, Curso de Direito, Universidade Salvador – UNIFACS.

tendo em vista a possível colisão entre o direito à vida com o princípio da autonomia privada. Tal análise valorativa será feita sob um prisma constitucional hermenêutico.

Após esta fundamentação principiológica, é feita a análise da competência para edição de atos normativos pelo CFM e a força normativa da Resolução, bem como a adequação desta com o Código de Ética Médica (CEM).

Por fim, serão apreciados os pontos controversos da matéria, ressaltando a falta de legislação específica. Ainda assim, é pertinente o debate acerca das possíveis fragilidades que o instrumento traz em seu bojo.

## 2 NOÇÕES CONCEITUAIS

### 2.1 ACEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE MORTE DIGNA

Antes de adentrar a análise crítica da declaração prévia de vontade do paciente terminal, possibilidade trazida pela Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), urge esclarecer o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado concretamente nas questões da morte digna, sendo um dos principais enfoques do testamento vital e do presente artigo.

A dignidade da pessoa humana constitui epicentro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro e se apresenta como direito fundamental, indisponível, recebendo tratamento constitucional no art.1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Apesar da dificuldade de se estabelecer uma definição desse princípio, destaca-se a doutrina de Ingo Sarlet (2005, p. 236-237), que dá a sua conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições de existências mínimas para uma vida saudável [...]

O cerne da questão é justamente essa proteção trazida, a partir do entendimento de Sarlet (2005), pela dignidade da pessoa humana no que tange a qualquer ato de cunho degradante e desumano. Entende-se que a manutenção da vida moribunda contrária à vontade do paciente pode configurar tratamento degradante e desumano. A terminalidade, segundo conceito formulado por Pilar L. Gutierrez (2001, p.01), se configura:

[...] quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna “irrecuperável” e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este

caminhar.

A proteção à dignidade da vida é muito clara no ordenamento jurídico pátrio, expressamente previsto no art. 5º da CF/88, nos seus incisos III e XLVII. A questão trazida pelo testamento vital e analisada no presente trabalho é justamente a proteção à morte digna, que, mesmo não estando exposto no ordenamento, subsume-se a partir de uma interpretação extensiva e lógica da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, expressa Dalva Yukie Matsumoto (2012, p.01), diretora da Academia Nacional de Cuidados Paliativos “pela Constituição, nós temos direito a uma vida digna e os cuidados paliativos dizem que a morte faz parte da vida. Então se a morte faz parte da vida, o cidadão tem direito também a uma morte digna”.

Adentrando à questão da morte digna, deve-se conceber do que se trata a morte. Nas palavras de Luciano de Freitas Santoro (2010, p.86), entende-se “ser a morte o final da existência humana, ou melhor, o caminho natural de todos os homens”. A morte aqui deve ser idealizada como uma fase da vida, como fim inevitável. Tal fase da vida, por si só, já se apresenta culturalmente traumática, na medida em que seu bojo é de dor e sofrimento para os entes e amigos queridos. Ao se entender pela proteção da dignidade da morte, visualiza-se a necessidade de atribuir a esse fenômeno fúnebre um caráter mais humano. Como consequência desse processo, deve ser repensado o papel do médico nos casos de terminalidade, o qual deve ser o de ajudar o paciente, aliando os protocolos médicos às convicções pessoais do paciente com o intuito de tornar tal experiência o menos dolorosa possível.

Em suma, a vida digna possui proteção constitucional, que, através de interpretação extensiva e sistemática, abarca a morte digna. Entende-se, assim, a morte como uma fase da vida. Sendo assim, há a clara aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo e humanizando este momento derradeiro. Aqui, o papel do médico é fundamental e ativo, devendo ele aliviar o sofrimento e a angústia do paciente, propiciando dignidade a este momento e respeitando as disposições finais do paciente contidas em sua declaração prévia de vontade.

## 2.2 VIDA *VERSUS* LIBERDADE

Na Carta Magna, no seu artigo 1º, inciso III, constata-se a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da Constituição e, portanto, da República Federativa do Brasil em todos os seus aspectos, o que ocasiona uma aura de especialidade e destaque deste princípio em relação aos demais. É frequente o uso do termo “núcleo axiológico” da

Constituição para designar a dignidade da pessoa humana, afirmando-se que tal princípio seria o norteador de todas as demais normas fundamentais, devendo estas serem interpretadas sempre à luz daquele. Esta tarefa hermenêutica seria fácil se não fosse tão complexa a conceituação e definição do exato conteúdo da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi forjado no decorrer da história da humanidade, ganhando maior relevância após as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, momento em que o mundo clamava por mais segurança e respeito aos direitos humanos, tão massacrados naquele período obscuro da civilização. No Brasil, apenas em 1988 houve uma efetiva e real tutela da dignidade da pessoa humana, embora o país já fosse signatário de diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, o que representou uma grande conquista para os cidadãos.

Seguramente, o maior problema a ser enfrentado quando se fala em dignidade da pessoa humana é o relativo à sua definição, que gera um autêntico bombardeio de conceitos. Um dos conceitos mais amplos é o adotado por Farias (2000, p.63):

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual.

Numa dimensão jurídica, a dignidade da pessoa humana estaria somente protegida no momento em que fosse possível uma existência humana que permitisse fruição pela dos direitos fundamentais (CUNHA JR., 2012). Este posicionamento apresenta-se pertinente. Contudo, o princípio em comento não abarca apenas os direitos fundamentais, que são chamados de direitos humanos positivados em nível interno, mas também os direitos humanos tradicionais, ou seja, aqueles convencionados internacionalmente, unificando e abrangendo todos os direitos atinentes ao homem. Com isto, qualquer norma ou conduta que viole a dignidade humana será rechaçada e invalidada.

Outra questão jurídica nitidamente envolvida nas disposições da declaração prévia do paciente terminal é a do direito à vida, que é extremamente resguardado pelo ordenamento no famigerado artigo 5º. Esta proteção mostra-se tão robusta, que, em eventual conflito com outro princípio, a vida deve prevalecer na grande maioria dos casos, salvo raras exceções. Muito se debate a respeito da definição jurídica de vida em relação ao seu início e ao seu término.

Analisando o ordenamento jurídico pátrio, entende-se que não há um dever absoluto de manutenção da vida - a exemplo da recente legalização do aborto de feto

anencéfalo e da ortotanásia - bem como, não há uma vedação ao “direito de morrer”. O caráter não absoluto dessa proteção pode ser percebido com os institutos da legítima defesa e da possibilidade de aplicação da pena de morte em casos de guerra. Além disso, através do ambíguo e confuso artigo 15 do Código Civil, o legislador brasileiro tenta garantir ao paciente algum arbítrio em se tratando da submissão, ou não, ao tratamento.

Com isto, conclui-se que não há qualquer vedação jurídica ao implemento da declaração prévia de vontade do paciente terminal, na medida em que não há supressão da vida, mas mera inércia diante da sina natural dos doentes terminais. Mais que isto, a declaração prévia de vontade do paciente terminal é uma garantia de uma morte digna, honrada, respeitável. Desta forma, pode-se perceber que o referido instituto está em forte consonância com o princípio-mor da dignidade da pessoa humana e da vida, somente sendo possível este respeito mediante a valorização e garantia do direito fundamental à liberdade/ autonomia do paciente terminal.

### 2.3 EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

Não é estranha à história humana a ponderação entre uma suposta piedade para com aquele que sofre e a manutenção da vida. O termo cunhado por Francis Bacon em 1623, diz respeito a essa valorização de uma morte digna: do grego “EU” – Bem, bom, belo – “THANATOS” – Morte. Originalmente, a referência à palavra “eutanasia” dizia mais respeito aos cuidados prestados ao enfermo moribundo, seja com sedativos ou com atendimentos espiritual e psicológico, do que propriamente ao processo de morte (SANTORO, 2010).

Faz-se de fundamental importância compreender o alcance e o limite da atual vedação a eutanásia, disciplinada, ainda que não diretamente, no art.122 do Código Penal, § 1º, como homicídio privilegiado. Também é essencial diferir as situações vedadas daquelas que passam a ser admitidas com regulamentação do Conselho Federal de Medicina em caráter de disposição de última vontade.

No direito alemão, sustenta-se que “por eutanásia entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana” (ROXIN, 2000, p.300). De forma análoga, eutanásia é “ato médico que tem como finalidade eliminar a dor e a indignidade na doença crônica e no morrer eliminando o portador da dor.” (MARTIN, 2004, p.201).

Pode-se ainda classificar a eutanásia por sua forma ativa ou passiva, nos dizeres de

Luciano de Freitas Santoro (2010, p.118):

A eutanásia ativa será aquela em que o evento morte é resultado de uma ação direta do médico ou de interposta pessoa, como, por exemplo, o ato de administrar doses letais de drogas ao paciente. A eutanásia passiva, ao contrário, é uma conduta omissiva, em que há a supressão ou interrupção dos cuidados médicos que oferecem um suporte indispensável à manutenção vital.

Na construção do seu pensamento sobre a eutanásia, Claus Roxin (2000) faz ressoar parte da doutrina que entende existir uma eutanásia passiva, que ocorre quando o médico ou familiar próximo omite-se em relação a determinado tratamento ou operação que seria capaz de possibilitar uma sobrevivência ao paciente. Nesse sentido, “o desafio é identificar corretamente se um determinado tipo de comportamento é de fato eutanásia, o que é indispensável para poder emitir com serenidade um juízo ético fundamentado” (MARTIN, 2004, p. 201).

O aumento da sobrevivência de pacientes terminais é notoriamente observado em uma breve comparação com as décadas anteriores. Apresentando a distanásia, Luciano de Freitas Santoro (2010, p.128) leciona:

A distanásia é aquele comportamento em que há um excesso do médico em lutar pela vida do paciente, verdadeira tenacidade traduzida na obstinação terapêutica, retardando inutilmente a morte natural do paciente através da utilização de métodos terapêuticos injustificáveis em pacientes que se encontrem em estado de morte iminente e irreversível.

Dessa maneira, entende-se que a distanásia “trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil” (DINIZ, 2010, p.399). O paradigma aqui visitado é justamente o reconhecimento da frágil fronteira entre a obstinação médica e a luta adequada pelo bem estar e recuperação do paciente. Não podendo jamais existir decisão apriorística, pois se contrariariam frontalmente duas máximas fundamentais da medicina, a que afirma que medicina não é uma ciência exata e a que julga que o considerado válido para um paciente pode não ser válido para outro. A 35ª Assembleia Médica Mundial consigna a obstinação terapêutica como o “tratamento extraordinário do qual ninguém pode esperar nenhum tipo de benefício para o paciente, motivando aí a necessidade de abstenção” (SANTORO, 2010, p.131).

Deve-se, agora, ter em mente que a abreviação da eutanásia e o prolongamento sofrível da distanásia, são contrapostos a concepção de ortotanásia, a morte no tempo certo (VILLAS-BOÂS, 2005). O termo foi inaugurado pelo professor Jacques Roskam: *orthos* (correto) e *thanatos* (morte) (SANTORO, 2010). Na ortotanásia, diferente dos outros dois conceitos abordados, não há uma manifesta ação do médico para abreviar (eutanásia) ou prolongar (distanásia) a vida, aqui o processo de morte já está instaurado, não há conduta com

potencialidade para mudar este quadro, cabendo ao médico apenas a manutenção de cuidados básicas, afim de promover uma melhor transição.

Em acertada síntese, Luciano Santoro (2010, p.133) afirma que:

A ortotanásia, assim, é o comportamento do médico que frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade.

A ortotanásia é o correto comportamento a ser adotado pelo médico, respeitada a morte do paciente como aquela natural, esperada para a sua enfermidade, não a encurtando ou prolongando sem produzir bem algum. Ao médico, impõe-se o dever de cuidado na preservação do maior conforto possível ao paciente, garantindo-lhe tranquilidade ao falecer. Neste diapasão, evidencia Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p.74):

A ortotanásia se efetiva mediante as condutas médicas restrititas, em que se limita o uso de certo recursos, por serem medicamente inadequados e não indicados *in casu*. Mais do que uma atitude, a ortotanásia é um ideal a ser buscado pela Medicina e pelo Direito, dentro da inegabilidade da condição de mortalidade humana.

Apesar da comum confusão entre juristas e médicos, a realidade da eutanásia passiva é completamente distinta da ortotanásia. Não há que se falar em encurtamento da vida na ortotanásia, existindo simplesmente o reconhecimento do seu termo efetivo, já que a morte em si já foi iniciada por razões naturais (SANTORO, 2010)

Consoante alhures, leciona Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p.73-74)

Nem todo paciente em uso de suporte artificial de vida é terminal ou não tem indicação da medida. A eutanásia passiva consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo.

Neste plano, percebe-se que a ortotanásia visa evitar a distanásia, ao vislumbrar que após o processo de morte estar instaurado, nada se pode fazer, apenas se manter os cuidados básicos. Muito adequado é o entendimento que “o direito à vida não inclui o dever de adiar indefinidamente a morte natural, pelo uso de todos os recursos protelatórios existentes, mesmo quando sumamente cruentos e contra-indicados” (VILLAS-BÔAS, 2005).

### 3 TESTAMENTO VITAL: RESOLUÇÃO 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Embora a nomenclatura “testamento” no ordenamento jurídico brasileiro remeta ao instituto do Direito Civil, o que representaria o testamento vital no Brasil não se coaduna com essa prévia noção. Dentre as diferenças, está o campo em que se processam os efeitos da

disposição de vontade, já que o testamento se faz eficaz “causa mortis” e o testamento vital, ainda durante a vida do indivíduo. Além disso, se faz de fundamental importância se analisar a vinculação de terceiros ao disposto nos testamentos, já que, enquanto o testamento civil é ato unilateral e se faz valer judicialmente, o testamento vital, no panorama normativo atual, só vincularia administrativamente a conduta do médico, embora haja controvérsias. Por tais motivos, faz-se de melhor adequação a utilização do termo declaração prévia de vontade para o que está efetivamente sendo discutido nesse trabalho.

Definido como ato pessoal, unilateral e não solene, a declaração prévia de vontade do paciente terminal consiste em um exercício da autonomia privada, aliada ao princípio da dignidade humana (DADALTO, 2008). Tal declaração é, assim, uma declaração prévia de vontade realizada pelo paciente a respeito de quais tratamentos se submeterá ou não, podendo conter ainda nomeação de procurador, em casos de impossibilidade de manifestação de vontade do paciente em estado terminal. Neste sentido, a declaração prévia do paciente terminal nada mais é do que um meio de assegurar uma morte digna.

Editada recentemente pelo CFM, a Resolução nº 1.995/2012 foi a responsável pela introdução oficial da declaração prévia de vontade do paciente terminal no Brasil, já encontrado no cenário mundial. Tal Resolução prevê a possibilidade de determinação de diretivas antecipadas, as quais são instruções que balizam a conduta médica em situações de terminalidade. Nesses casos, o bem da vida e a dignidade da pessoa humana entram em conflito e a vontade não mais pode ser manifestada devido à ausência da capacidade de discernimento do paciente.

Poderão declarar previamente a vontade aqueles pacientes detentores de capacidade de discernimento, de manifestar-se livre e autonomamente, conscientes dos seus atos e dos possíveis resultados que dele poderão advir (DADALTO, 2010). A aptidão para agir, nesse caso, vai além de um simples preenchimento de requisitos legais, pressupondo a condição especial subjetiva de poder o paciente fazer um juízo desembaraçado, sem deixar dúvidas quanto à sua vontade.

A Resolução cogita ainda a possibilidade de designação de um procurador pelo paciente, para que atue na tutela de seus interesses e faça valer a sua vontade, quando não mais puder manifestá-la. De tal procurador, exigir-se-ia que tivesse um vínculo com aquele que o nomeou, uma ligação que o legitime para tanto e comprove a sua intenção em agir em nome do paciente. Agirá assim este procurador, não em nome próprio, mas como representante da vontade do paciente terminal, agindo como se o paciente fosse (CFM, 2012).

Segundo a Resolução em questão, a declaração prévia de vontade do paciente

terminal produz efeitos erga omnes, prevalecendo a vontade previamente manifestada do paciente diante de outras, como a da família e a dos médicos. A vontade do paciente é soberana, desde que não contrarie o Código de Ética Médica, e pode sofrer modificações enquanto o paciente estiver em posse do discernimento. Deverá então o médico responsável pelo tratamento, ciente da vontade declarada, registrá-la no prontuário, para que se possa valer a vontade do moribundo (CFM, 2012).

Nos casos em que não houver uma manifestação prévia de vontade, não se tenha nomeado um procurador, não haja familiares ou estes estejam em discordância, a Resolução determina que os médicos devem recorrer ao Comitê de Bioética do hospital em que se encontra o paciente, ou, se esse inexistente, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina, para que uma solução seja dada a problemática de ordem ética e principiológica (CFM, 2012)

Indo além da Resolução, verifica-se que essa declaração prévia de vontade não é absoluta, sendo limitada pela “objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, e disposições que sejam contraindicadas a patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela medicina” (DADALTO, 2008, p. 74). Não se discute, porém, que a aplicação da declaração está condicionada à decisão do médico, considerando que a prática eutanásica continua proibida.

A respeito das disposições contrárias ao ordenamento jurídico, este limite é, na verdade, uma forma de evitar que se permita a eutanásia respaldada pela declaração prévia de vontade do paciente terminal. Ao se condenar que o declarante estabeleça diretrizes contrárias ao ordenamento jurídico, visa-se então reafirmar o princípio da legalidade. Por isso, não contrariando os ditames legais, a declaração prévia de vontade será admitida nos casos de ortotanásia, a qual não é tipificada como crime.

No que tange as diretrizes que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou que prevejam tratamentos já defasados na Medicina, estas são consideradas nulas, numa tentativa de fazer com que o documento da declaração prévia de vontade do paciente terminal, diante de uma evolução nos tratamentos médicos e avanços na medicina, não fique defasado, representando um perigo aos interesses do paciente. Diante disso, tal limite visa proteger principalmente o melhor interesse do paciente, concretizando o princípio da beneficência (SÁ e NAVES, 2011, p.33).

### 3.1 COMPETÊNCIA DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E A FORÇA NORMATIVA DA RESOLUÇÃO

O CFM, instituído pelo Decreto-lei nº 7.955 de 13 de setembro de 1945 e regulamentado pela lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1957, tem natureza jurídica de autarquia, que, de acordo com o Decreto-lei 200/67, é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Tal natureza autárquica é típica dos conselhos de classe. Assim sendo, como parte da administração indireta, o CFM tem competência para editar atos normativos, sejam instruções, portarias, resoluções, entre outros. É válida a ressalva no sentido de tal ato ter um alcance limitado ao âmbito de atuação da entidade expedidora.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal foi disciplinada pelo CFM, através de um ato administrativo na forma de Resolução (ou seja, ato editado por órgão colegiado) e, como ato administrativo, tem natureza infralegal, não podendo, assim, contrariar dispositivo de lei, sob pena de ser anulado. É possível a apreciação do ato pelo poder judiciário, tal qual é possível sua revisão pelo própria CFM. Assim dito, embora com natureza infralegal, tal ato tem poder vinculador dentro do âmbito de atuação do CFM, o qual é atuação médica em âmbito nacional.

Uma questão passível de ser interposta é no sentido desses atos administrativos, embora considerados como lei em sentido material, acabarem sendo utilizados como lei também em sentido formal, embora não atinjam tal hierarquia. A lei consiste em um ato normativo de natureza originária, primária, ou seja, inova na ordem jurídica, criando direitos e obrigações e, em regra, será editada pelo poder legislativo.

Acontece então que tais atos têm a imperatividade típica do poder extroverso da administração, ocasionando que órgãos da administração direta ou entidades da administração indireta, através de atos administrativos acabam inovando na ordem jurídica, regulando assuntos não previstos em lei (BANDEIRA DE MELLO, 2008). Teoricamente, isso não seria possível, mas no Brasil é amplamente aceito, com pouquíssima discussão, inclusive em âmbito doutrinário. Entretanto, é cabível a argumentação no sentido de que a declaração prévia de vontade do paciente terminal seria uma regulamentação *in concreto* dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) e da Autonomia (princípio implícito no art. 5º), e ainda da proibição de tratamento desumano (art. 5º, III) (DADALTO, 2010).

Em relação à força normativa, tal Resolução terá capacidade vinculatória em relação aos médicos, que, caso não a cumpram, estarão descumprindo o Código de Ética

Médica, que diz no capítulo III, o qual versa sobre a responsabilidade profissional, em seu art. 18, que é vedado ao médico desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los, ficando assim sujeitos às penalidades previstas em lei.

### 3.2 ADEQUAÇÃO AO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

A regulamentação nº1995/2012 deve ser lida no contexto da ética médica, expresso positivamente no CEM. Nos seus princípios fundamentais, o CEM estabelece que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. A partir disso, deve-se entender que a saúde não é vista em um modelo exclusivamente físico, devendo ser considerada em seus planos emocionais e psicológicos. Assim, a interpretação de tal princípio não pode ser vista como uma necessidade do médico manter a qualquer custo a sobrevivência física do indivíduo, mas sim garantir sua saúde física, psíquica e emocional, conformando estas searas e agindo de maneira tal a garantir a sobrevivência digna.

Outro princípio fundamental do CEM é que “o médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”. Nesse caso, mais uma vez, faz-se necessária a compreensão holística do ser humano, entendido em todos os seus aspectos, devendo o médico preocupar-se com todos eles. E, nesse aspecto, destaca-se, a princípio, não haver hierarquia entre sofrimento físico e moral, entendendo, assim, que não cabe ao médico impor um sofrimento moral ao paciente por o alívio de um físico, havendo uma clara conformação da declaração prévia de vontade do paciente terminal.

O sétimo princípio do CEM diz que:

o médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

Percebe-se que o médico, caso a declaração prévia de vontade do paciente terminal vá de encontro aos ditames de sua consciência, poderá recusar-se a implementá-la, desde que haja outro médico de prontidão apto e disposto a tomar seu lugar, mas, de maneira alguma poderá agir de acordo, unicamente, com sua consciência, prevalecendo a vontade manifestada pelo paciente sobre a do médico.

No vigésimo segundo princípio estabelecido pelo CEM há a seguinte disposição: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”. Já está inserido o fato do médico dever evitar os procedimentos terapêuticos desnecessários, mas o que é passível de confusão é a questão de dever propiciar os tratamentos extraordinários. Em caso de declaração prévia, o que é ou não apropriado continuará a ser decidido pelo médico, com o intuito de evitar a eutanásia.

### 3.3 LIMITES DA DISPOSIÇÃO

A Resolução nº1995/2012 do CFM, embora seja a única disciplina normativa, ainda que só vincule a classe médica, sofre limitações decorrentes de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Esses limites são impostos pela hierarquia que há entre a legislação ordinária e uma norma administrativa que só vincula à classe referida. No entanto, ainda que seja somente uma orientação, a declaração prévia do paciente terminal para ser válida deve não exceder algumas imposições legais. Para se entender essas restrições, verifica-se necessário que se faça a distinção entre cuidados paliativos e tratamentos desnecessários e desproporcionais, já que somente o segundo pode ser objeto da declaração.

Os cuidados paliativos são aqueles que não possuem potencial para reverter o quadro terminal do paciente, mas tão somente de ofertar-lhe uma maior qualidade de vida até o momento da morte (DADALTO, 2010). O paciente não pode escolher se submeter ou não a esses cuidados, devendo o médico realizá-los normalmente segundo o protocolo. Caso haja suspensão desses cuidados, isso pode ser considerado como eutanásia passiva (DADALTO, 2010). Já os tratamentos extraordinários ou inúteis devem ser avaliados em cada perspectiva fática apresentada, na medida em que o conceito de “utilidade” só pode ser preenchido levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto (DADALTO, 2010). Entretanto, tentando-se chegar a um conceito geral, os tratamentos inúteis seriam aqueles que não ofereceriam benefícios para o paciente, prolongariam a vida sem qualidade e, possivelmente, com diversos efeitos colaterais. São esses tratamentos que podem ser objeto da declaração prévia de vontade do paciente.

As cláusulas da declaração prévia de vontade do paciente terminal que dispuserem sobre cuidados paliativos ou de outros tratamentos distintos dos extraordinários não serão consideradas válidas e aptas a produzirem efeitos. Por exemplo, essa Resolução não soluciona a questão da recusa à transfusão sanguínea das Testemunhas de Jeová, uma vez que, além da

situação não ser de terminalidade, a transfusão tem potencial para cura. Um indivíduo não possui o condão de afastar a realização de tal procedimento através da declaração prévia de vontade e, se o fizer, não será considerada na realização do tratamento. Apresentam-se, portanto, como objeto da declaração, os tratamentos que não só não conseguem reverter a situação de terminalidade, como também não melhoram a qualidade de vida do paciente.

Houve por parte de alguns setores da sociedade, certa inquietação, originada com a Resolução n.1805/2006 do CFM e ratificada pela de n.1995/2012, acerca do impacto dessas na questão da eutanásia. Tal inquietação derivou do pensamento de que essas resoluções estariam autorizando, implicitamente, a prática da eutanásia. Este entendimento é completamente equivocado. Foi proposta uma Ação Civil Pública (processo n. 2007.34.00.014809-3, 14ª Vara da Justiça Federal), pelo Ministério Público, cujo resultado culminou na não equiparação da ortotanásia como prática que se adequaria ao tipo do artigo 121 do Código Penal. Já a Resolução n.1995/2012 prevê somente a possibilidade do paciente em estado terminal determinar previamente, em seu pleno discernimento, se deseja ou não se submeter aos tratamentos extraordinários, o que não equivale à eutanásia.

Como já foi abordado, a eutanásia é a abreviação da vida e, com a declaração prévia, o paciente não será submetido aos tratamentos fúteis e a vida se prolongará e cessará de maneira natural. Considerando tais premissas, não se apresenta pertinente associar o conteúdo de nenhuma das resoluções citadas a uma possível liberação da eutanásia, até porque uma norma administrativa não pode retirar a força normativa de uma lei ordinária, com eficácia erga omnes, como o art.121 do Código Penal.

## 4 QUESTÕES CONTROVERSAS

### 4.1 O PROCURADOR

A declaração prévia de vontade do paciente terminal, na acepção brasileira, além das disposições sobre os tratamentos inúteis, engloba o que, em outros ordenamentos, é chamado de “mandato duradouro” (DADALTO, 2010). Sendo assim, no texto da declaração, o paciente pode nomear alguém como seu representante, o qual ficaria responsável por garantir a realização da sua vontade manifestada. Não há a obrigatoriedade de que esse procurador seja parente do paciente, embora seja questionável a necessidade de haver um vínculo de intimidade entre eles. De acordo com essa premissa, far-se-ia fundamento do mandato duradouro a relação de intimidade e de confiança entre o paciente e seu procurador. Muitos pensam que, nomeando

esse procurador de sua confiança, estarão mais seguros, dado que não querem ter seus destinos decididos pelo médico ou por uma comissão de ética de instituição hospitalar (DADALTO, 2010). No entanto, nada impede que um médico de confiança seja o escolhido pelo paciente para representá-lo em caso de impossibilidade de manifestação da sua vontade.

#### 4.2 DECLARAÇÃO DE FORMA ORAL

Uma das questões mais polêmicas envolvendo a declaração prévia de vontade do paciente terminal é a falta de exigência, no texto da Resolução do CFM, de documento escrito. A Resolução permite que a declaração seja realizada oralmente pelo paciente. É bastante complicado comentar essa possibilidade, dado que se trata de norma infralegal. Essa observação já apresenta a primeira fragilidade do instituto no Brasil, que é a falta de legislação específica.

De qualquer modo, considerando o disposto na Resolução, a liberalidade quanto à forma gera uma enorme insegurança no que toca à verificação da real vontade do paciente. Se a manifestação é realizada somente por via oral, não há outro meio de se chegar à vontade do paciente, senão através da confiança no que for alegado pelos que estavam presentes em tal momento. Essa presunção de veracidade pode acarretar injustiças, as quais poderiam ser evitadas com a exigência de que a declaração prévia de vontade seja procedida por documento escrito. Esse documento, se posteriormente houver legislação a respeito, pode vir a ser objeto de registro em cartório, espelhando-se em outros ordenamentos jurídicos que já possuem órgãos específicos para o registro de tais declarações (DADALTO, 2010).

Considerando que ainda não há legislação regulamentando o processamento de tal declaração no que toca à operacionalização da informação, sugere-se a criação de um sistema informatizado específico para o depósito de declarações dessa natureza. Por ser em ambiente virtual, seria atendido de maneira bem satisfatória o direito que possui o declarante de alterar a qualquer momento o teor da manifestação. De qualquer modo, sendo sensível a realidade própria do país, sabe-se que ainda existem pessoas sem acesso a meios eletrônicos.

Com o intuito de não prejudicar uma possível vontade desse paciente sem recursos, propõe-se que a declaração prévia de vontade do paciente terminal possa ser depositada no hospital mais próximo, o qual deverá ser responsável por efetuar o cadastro no sistema. Este depósito poderia ser feito a qualquer tempo, inclusive antes da situação de terminalidade. Em caso de mudança, o paciente informaria o hospital, que também ficaria responsável por proceder a alteração. Também recomenda-se que o médico informe ao paciente que já conhece

a sua condição terminal sobre a possibilidade de se utilizar de tal declaração. No entanto, parece mais razoável que essa seja, sempre que possível, formalizada por escrito.

Com esse registro em sistema integralizado, no momento de se montar o prontuário do paciente, deverá haver a pesquisa de seu cadastro pessoal no sistema para verificar a existência ou inexistência de declaração prévia, com o intuito de fazer valer a sua vontade. Esse sistema informatizado seria adequado por ser ágil e simples, não comprometendo o tempo de atendimento no caso de uma emergência.

É de suma importância observar que o documento da declaração prévia de vontade do paciente terminal é um instrumento de prova que pretende oferecer segurança ao profissional da Medicina. Sendo assim, a formalização seria relevante no momento em que evitaria possíveis acusações providas da família, do Ministério Público ou do próprio conselho de classe. Percebe-se, portanto, que o registro nos termos propostos conciliaria a segurança necessária para o profissional com o respeito à vontade do paciente.

#### 4.3 DESCUMPRIMENTO DA DECLARAÇÃO

Esse debate é de extrema importância no momento de se discutir uma possível sanção decorrente do descumprimento da vontade contida na declaração prévia do paciente terminal. Em um primeiro momento, analisando a atual situação normativa, o médico que não seguisse as orientações escolhidas pelo paciente iria responder processo administrativo, o qual poderia ensejar sanções disciplinares. Ainda nesses termos, poderia se questionar se o procurador nomeado pelo paciente também poderia responder pelo descumprimento. Como só há a Resolução do CFM, os únicos que estão, de fato, vinculados à declaração prévia de vontade do paciente terminal são os médicos, ratificando-se que a vinculação é quanto ao órgão de classe. Mas, firmado um mandato, aplicar-se-ão as regras desse, vinculando o procurador, que poderá ser responsabilizado pelo descumprimento.

Assim, se o procurador consente em assumir esse compromisso, ele deve tomar as decisões baseando-se nas convicções do paciente e não nas próprias. É uma situação complexa, tendo em vista que o procurador pode discordar posteriormente, abalado por motivos emocionais, de alguma disposição prévia do paciente já incapacitado de expressar sua vontade. Nesse momento, entra em choque a confiança e a legitimidade atribuída a tal procurador pelo paciente e os limites dessa atuação à observância da vontade estrita deste.

No que toca ao médico, a princípio, em caso de desrespeito injustificado às disposições da declaração, haveria a sanção administrativa aplicada pelo órgão de classe

correspondente. Além disso, questiona-se se o médico pode ser responsabilizado civilmente pelo ato. Tal dúvida é pertinente mesmo não havendo legislação específica, se for considerado o descumprimento como violação de princípios como o da autonomia da vontade ou a própria liberdade. Nesses termos, verifica-se que o médico, descumprindo injustificadamente, pode ser responsabilizado por danos materiais, tendo que arcar com as despesas relativas à saúde do paciente, e por danos morais, por ter feito o paciente se encontrar em situação que atenta a sua honra.

A recusa do médico é balizada pelas objeções de consciência fixadas no CEM, o qual enumera as hipóteses em que se possibilita o médico não tomar alguma decisão. Aplicando no caso da declaração prévia, o médico, alegando algum motivo elencado no CEM, pode não aceitar as disposições da declaração prévia do paciente terminal, situação que ele deverá passar a guarda do paciente para outro profissional que se proponha a tratá-lo. Essa prerrogativa é condicionada à existência de outro médico que possa substituí-lo a tempo sem prejuízo para o paciente. No entanto, ressalta-se, mais uma vez, que a admissibilidade do conteúdo da diretiva antecipada está condicionada ao juízo médico quanto à adequação do tratamento.

#### 4.4 TRATAMENTOS NOVOS

A discussão acerca dos tratamentos novos perpassa por uma omissão e a interpretação que deve ser feita para supri-la. Essa situação de omissão é o caso em que o paciente apontou a sua vontade na declaração prévia e, supervenientemente, a ciência médica encontrou novos tratamentos para a enfermidade. Se o paciente já nomeou procurador, esse ficará responsável por declarar a submissão ou não do paciente ao novo tratamento. A grande problemática está nas declarações em que o paciente não atribuiu a ninguém a prerrogativa de lhe substituir em caso de incapacidade de manifestação.

É possível fazer a interpretação de três maneiras distintas: a restritiva, a expansiva e a sistemática. A restritiva aponta que a leitura da disposição do paciente deve se ater ao que foi escrito e manifestado, o que acarretaria a aceitação irrestrita de um tratamento novo. Seria considerar que, se o paciente não recusou antecipadamente, ele não deverá ser privado da possibilidade, logo, deverá se valer da novidade. Já a interpretação expansiva incita o pensamento de que, mesmo não tendo se manifestado expressamente, o paciente já havia declarado a sua negação aos tratamentos, os quais incluiriam inclusive os posteriormente descobertos. A maneira de se preencher a omissão de forma mais plausível seria a partir de uma

interpretação sistemática, a qual pretende observar, no contexto da declaração, a base axiológica do paciente e tentar, ao máximo, se aproximar dela.

Surge, então, uma questão igualmente complicada, a de quem seria o responsável por fazer essa interpretação. Pode-se pensar em atribuir a responsabilidade à família ou ao Comitê de Bioética do hospital. Por um lado, entende-se que a família pode ir de encontro aos interesses do paciente e apresentar posição bem tendenciosa. Por outro, o Comitê de Bioética pode agir injustamente e causar desconforto familiar. Por questões como essa, faz-se de enorme importância que seja elaborada uma lei para regulamentar esse procedimento, tomando em consideração que o processo legislativo atenderá satisfatoriamente o ideal democrático e representará as diversas opiniões sobre o tema.

É importante deixar claro que as situações discutidas anteriormente só serão aplicadas quando o tratamento novo for desnecessário e desproporcional, podendo então o paciente decidir. Independente de tudo que for discutido, se o tratamento for necessário e proporcional o médico irá realizá-lo, para não incorrer em eutanásia passiva.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, diversas questões foram suscitadas para melhor entender o instituto chamado de “testamento vital”. Ressalta-se que a ortotanásia se apresenta como a medida ideal a ser tomada na maioria dos casos, conciliando qualidade com tempo de vida. Sendo assim, a sua prática deve ser incentivada, sempre respeitando o que estiver disposto na declaração prévia do paciente terminal.

Visou-se, assim, uma reflexão acerca da terminalidade da vida, com um retorno paradigmático, para que a morte possa voltar a ser tratada como um acontecimento natural. Com o intuito de preservar a dignidade, foram propostas algumas soluções para questões que ainda serão objeto de maior análise e, possivelmente, de debate na doutrina. Defende-se a maior flexibilização dos modos de se expressar a declaração prévia de vontade do paciente terminal, bem como a responsabilização civil do médico por eventuais danos sofrido pelo paciente decorrentes do descumprimento da declaração. Além disso, o surgimento de tratamentos novos desproporcionais e desnecessários não deve ensejar a desconsideração do anteriormente disposto, devendo haver uma interpretação sistemática.

Propõe o presente artigo, uma regulamentação mais densa, para abranger aspectos que ficaram de fora da regulamentação, e que podem gerar dúvidas a respeito da aplicação de tal instituto. Conclui-se, ainda, pela necessidade de criação de uma estrutura organizacional

capaz de dar eficácia e publicidade à tal declaração prévia. Entende-se por fim, que tal Resolução representa grande avanço, para alcançar o ideal de uma morte digna.

#### REFERÊNCIAS:

CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. Salvador: Editora Jus podium, 2012.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

DE SÁ, Maria de Fátima Freire. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Curso de Biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Estado Atual do Biodireito. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

GUTIERREZ, Pilar L. O que é o paciente terminal? Abril/Junho de 2001; Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302001000200010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302001000200010&script=sci_arttext)> Acesso em: 02 Out. 2012.

MARTIN, Leonard . Aprofundando alguns conceitos fundamentais, in PASSINI, Leo. EUTANÁSIA: Por que Abreviar a vida? Ipiranga: Edições Loyola, 2004, Capítulo VIII.

MATSUMOTO, Dalva Yukie. Decisão sobre testamento vital acende discussão sobre Cuidados Paliativos. 19 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.paliativo.org.br/noticias/tag/dalva-yukie-matsumoto/>> Acesso em: 02 Out. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros editores, 2008.

ROXIN, Claus. Apreciação jurídico-penal da eutanásia. Revista Brasileira de Ciência criminais. 32/2000, Out.Dez/2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.