UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ANDRÉA BERNADETE TOBIAS GRANJA

TESTAMENTO VITAL:
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE DE PACIENTES TERMINAIS

Florianópolis

2012

ANDRÉA BERNADETE TOBIAS GRANJA

TESTAMENTO VITAL:
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE DE PACIENTES TERMINAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof[a]. Patrícia Fontanella, Msc.

Florianópolis

2012

ANDRÉA BERNADETE TOBIAS GRANJA

TESTAMENTO VITAL:
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE DE PACIENTES TERMINAIS

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 7 de novembro de 2012.

_____

Prof[a]. e Orientadora Patrícia Fontanella, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Alexandre Botelho, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Rafael Espindola Berndt, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

TESTAMENTO VITAL:
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE DE PACIENTES TERMINAIS

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 7 de novembro de 2012.

Andréa Bernadete Tobias Granja

Ao meu marido Maurício, minha alma gêmea, por todo o seu amor e dedicação. Aos nossos amados filhos, Gabriel, Helena, e o bebê Augusto, que tornam nossas vidas muito mais felizes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, representada pelo meu marido Maurício, por acreditar em mim e me incentivar a buscar sempre mais e mais conhecimento; pelos meus filhos, Gabriel e Helena, que mesmo sendo privados da minha atenção durante a elaboração deste trabalho, pacientemente esperaram por mim; pelo bebê Augusto, que do ventre materno pôde sentir comigo as tensões e alegrias durante o cumprimento de cada etapa deste estudo; pela minha mãe, Luísa, pelo amor incondicional; pelo meu padrasto, André, por depositar em mim o amor pela leitura; e pelos meus irmãos Rodrigo e Somaia, que sempre acreditaram em mim.

À Professora Msc. Patrícia Fontanella, exemplo de profissional, pela dedicada orientação e pelo grandioso incentivo na realização deste trabalho.

A todos os professores e colegas da Unisul que compartilharam comigo seus conhecimentos.

“A *Ética* é a expressão da medida que garante a harmonia que resulta da boa firmeza da alma, que comanda o justo lugar de todas as coisas e de todos os atos no mundo.” (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO)

RESUMO

Este trabalho versa sobre o estudo da Declaração Prévia de Vontade de pacientes terminais, ou, como é costumeiramente chamado, do Testamento Vital, tendo como principal objetivo verificar sua validade e eficácia no ordenamento jurídico pátrio. Para esse propósito, primordialmente serão abordadas as origens da bioética e do biodireito e dos princípios que a regem, especialmente os da dignidade humana, da liberdade e da autonomia privada. Verifica-se, pois, que de tais princípios originaram-se as premissas básicas para validação do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento garantidor da autonomia da vontade do paciente terminal em decidir, sob os liames da sua própria consciência, quais os limites deseja estabelecer quanto às intervenções de cunho médico a si aplicadas, quando não puder, por si só, exprimir sua própria vontade. Para isso, faz-se necessário apontar algumas considerações acerca do consentimento livre e esclarecido do agente para declarar sua vontade, bem como sobre os pressupostos quanto à sua capacidade. A fim de possibilitar melhor a compreensão sobre o que vem a ser o Testamento Vital e qual o âmbito da sua aplicabilidade, tratar-se-á sobre as diferenciações básicas entre as terminologias teóricas da eutanásia, do suicídio assistido, da distanásia e da ortotanásia. Em arremate, serão apresentadas as principais considerações acerca da regulamentação do Testamento Vital no Brasil, por meio da Resolução nº 1.995, de 9.8.2012, do Conselho Federal de Medicina (CFM), como também os fundamentos jurídicos e disposições normativas correlatas ao tema proposto.

Palavras-chave: Bioética. Dignidade humana. Autonomia da vontade. Testamento Vital. Declaração Prévia de Vontade do Paciente Terminal. Resolução CFM nº 1.995/2012.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
2 BIOÉTICA E BIODIREITO 12
2.1 DO SURGIMENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO 12
2.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA 19
2.3 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE 23
2.4 DA AUTONOMIA PRIVADA 28
3 DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E DAS DEFINIÇÕES TEÓRICAS PRELIMINARES 33
3.1 DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO 33
3.1.1 Capacidade 33
3.1.2 Escolha consciente 37
3.2 DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS TEÓRICOS 42
3.2.1 Eutanásia 42
3.2.2 Suicídio assistido 46
3.2.3 Distanásia 48
3.2.4 Ortotanásia 50
4 DO TESTAMENTO VITAL 54
4.1 A ORIGEM DO TESTAMENTO VITAL E A TERMINOLOGIA ADEQUADA 54
4.2 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 63
4.2.1 Dos fundamentos jurídicos e normativos correlatos 66
4.2.2 Da Resolução CFM nº 1.995/2012 71
5 CONCLUSÃO 75
REFERÊNCIAS 78
ANEXOS 84
ANEXO A - RESOLUÇÃO N. 1.805/2006, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 85
ANEXO B - RESOLUÇÃO N. 1.931/2009, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 87
ANEXO C - RESOLUÇÃO N. 1.995/2012, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 106
ANEXO D - AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 2007.34.00.014809-3, DA 14ª VARA FEDERAL/DF 110

ANEXO E – MODELO DE TESTAMENTO VITAL..... 124

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como escopo promover o estudo sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade de pacientes terminais ─ ou Testamento Vital ─, especificamente no que concerne à sua validade e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro.

O Testamento Vital consiste em um documento escrito em que a pessoa determina a que tipo de tratamento deseja ou não receber quando encontrar-se com enfermidade incurável em estágio terminal e estiver incapaz de manifestar sua vontade.

A matéria ainda é pouco debatida e bastante polêmica no Brasil, porém de grande relevância, dado ao seu caráter humanístico, e a recente implantação desse instituto em âmbito nacional, por meio da Resolução nº 1.995, de 9.8.2012, do Conselho Federal de Medicina. Assim, a presente pesquisa acadêmica serve ao esclarecimento acerca da matéria.

Nesse sentido, questiona-se se: qual a validade e eficácia do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro?

A problemática inerente à matéria surgiu com as discussões no âmbito da bioética, provenientes dos avanços nas áreas médica e tecnológica, que influíram para a elaboração de diagnósticos médicos mais precisos a respeito das condições de vida e saúde dos pacientes, sendo atualmente possível diagnosticar, com certa margem de segurança, o estado clínico de um paciente em fase terminal de doença.

O sucesso decorrente desses avanços em prol do paciente nos processos de cura e melhoria na qualidade de vida influíram na mudança de comportamento dos profissionais da saúde, que passaram a encarar o padecimento como uma derrota, demonstrando a debilidade da equipe médica. A fim de evitar esse sentimento, passou-se a empregar a obstinação terapêutica como um fim em si mesma, utilizando-se, muitas vezes, da imposição de terapias fúteis e desproporcionais, sem se preocupar com os benefícios delas decorrentes causados ao paciente.

Os debates a esse respeito cingem a temática a respeito da vida e da morte, e estão diretamente relacionados aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tais como direito à vida, à igualdade e à liberdade, e vindo ao encontro do

princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A humanização da morte é, por conseguinte, o fim a que se destina.

Nesse contexto, o tema ora em estudo envolve questões atinentes à Bioética e ao Direito, abarcando as áreas de Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Penal.

O estudo foi dividido em cinco capítulos, sendo parte da pesquisa esta introdução.

No segundo capítulo, são apresentadas algumas considerações acerca da bioética e do biodireito, passando pelo estudo histórico das suas origens, assim como pela explanação dos princípios da dignidade humana, da liberdade e da autonomia privada.

Na sequência, o terceiro capítulo aborda o consentimento livre e esclarecido do paciente em decidir as questões afetas à sua vida e saúde, com enfoque na sua capacidade e escolha consciente. Também são apresentadas nesse capítulo as distinções entre os principais conceitos teóricos pertinentes à matéria, quais sejam, eutanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia.

O quarto capítulo busca trazer a lume a questão cerne deste trabalho, ou seja, o estudo do Testamento Vital, com base na abordagem da sua origem e do uso da terminologia adequada, dos seus fundamentos jurídicos e normativos correlatos, e da sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

O quinto e último capítulo reserva-se à conclusão desta monografia, buscando fazer um apanhado das considerações trazidas ao longo do estudo, bem como da opinião acerca da eficácia e aplicabilidade do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa deste trabalho monográfico é realizada partindo-se do método dedutivo, com enfoque bibliográfico, por meio de consulta à legislação brasileira, doutrina e jurisprudência pátrias, *Diário Oficial da União*, e artigos de periódicos especializados, em meios físico e eletrônico.

2 BIOÉTICA E BIODIREITO

Neste capítulo serão apresentadas algumas reflexões acerca da bioética e do biodireito, abordando suas origens históricas, os princípios que regem a bioética e, especialmente, quanto aos princípios da autonomia privada, da liberdade e da dignidade humana.

Para realizar esta tarefa, serão tomadas como referências fundamentais a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2002), e o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931, de 17.12.2009), bem como as contribuições teóricas dos principais doutrinadores que abordam este tema, com ênfase para os trabalhos de Maria Helena Diniz, Ingo Wolfgang Sarlet, José Alfredo de Oliveira Baracho, Karl Larenz, entre outros.

2.1 DO SURGIMENTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Vive-se em um momento de grandes evoluções científicas e tecnológicas, que, consequentemente, refletem no pensar ético da sociedade. Esta, por sua vez, passa por constante adaptação frente às novas exigências. Dessa forma, surge para o Direito a necessidade de se adequar à realidade, modificando-se para acompanhar o real sentido de justiça.[1]

Esse progresso, que para o presente estudo interessa especialmente o avanço acelerado no campo da biologia e da medicina, suscita novas questões, muitas vezes polêmicas, que geram consequências de natureza ética no mundo jurídico.

É nesse contexto que se mostra tão relevante o estudo pragmático da bioética e do biodireito, fundamental para o transcorrer argumentativo do presente estudo.

O termo bioética somente foi utilizado, pela primeira vez, pelo oncologista e biólogo americano Van Rensselaer Potter, em sua obra *Bioethics: bridge to the*

[1] CAMILO, Adélia Procópio; SOARES, Mário Lúcio Quintão. O Direito e os Progressos Científicos: Princípios da Bioética e do Biodireito. **Senatus**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 51-59, mar. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/99590/1/O%20Direito%20e%20os%20progressos%20cientificos.pdf>. Acesso em: 8 set. 2012.

feature.[2] Porém, o sentido dado pelo autor tinha significado diferente do utilizado nos dias atuais, pois tratava especialmente das questões afetas à ecologia, ou melhor, relacionadas à "ciência da sobrevivência."[3] Conforme Clotet,[4] o enfoque dado, à época, era relacionado "à importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida; quer dizer, a Bioética seria, para ele [Potter], a ciência que garantiria a sobrevivência no planeta."

Segundo Silva:[5]

> A tese original da abordagem bioética, enquanto 'ponte para o futuro', é que é impossível separar valores éticos (*ethics values*) dos fatos biológicos (*biological facts*), daí a explicação para a composição grega do neologismo: *bio* representa a ciência dos sistemas viventes, e *ethike,* o conhecimento dos sistemas de valores humanos.

Na atualidade, o termo bioética vem sendo empregado como a ética das ciências da vida, ou seja, uma ética biomédica, possuindo estreita relação com as ciências médicas.[6] De acordo Diniz:[7]

> A bioética seria, no sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos, etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas.

Em consequência, as questões acerca da bioética e do biodireito surgiram "em razão da perplexidade e do forte impacto social provocados pelos problemas decorrentes das inovações das ciências biomédicas, da engenharia genética, da

---

[2] CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? **Revista Bioética**. v. 1, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/474/291>. Acesso em: 9 set. 2012.
[3] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.
[4] CLOTET, 2012.
[5] SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 166.
[6] DINIZ, 2009, p. 9.
[7] DINIZ, 2009, p. 10-11.

embriologia e das altas tecnologias aplicadas à saúde."[8]

Nos dizeres de Baracho[9], o ponto de partida para o grande impulso na área médica — que avança em estágio muito mais acelerado que em épocas remotas — foi "a revolução terapêutica, iniciada em 1936, com os antibióticos e a revolução biológica, inspiradora do conceito de patologia molecular." Ressalta que outra grande influência para o avanço no campo da medicina é a descoberta do código genético, "que propiciou o conhecimento das leis que presidem na formação da vida."

Esses e outros avanços na biologia e na medicina fizeram com que ética e bioética passassem a fazer parte do cotidiano de tais ciências, dado o poder a que esses avanços influem na vida humana. Surge para o homem a necessidade de assegurar a melhor forma de aplicar o conhecimento, sem, contudo, deixar de observar as diretrizes éticas e morais que regem a sociedade.

Conforme Baracho, "a revolução terapêutica, no que concerne à medicina, ou melhor, à ética de aplicação nos progressos recentes, no tratamento, na prevenção das doenças, e na ética da procura clínica, motivaram diversas indagações científicas."[10]

Origina-se, daí, a bioética como um novo ramo do saber, decorrente desse "entrecruzamento da ética com as ciências da vida e com o progresso da biotecnologia"[11], o qual "provocou uma radical mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, dando outra imagem à ética médica [...]."[12]

Todavia, a bioética ganhou forças verdadeiramente a partir da década de 1960, como um estudo multidisciplinar, permeando por disciplinas além da Filosofia do Direito, tais como o Direito Civil e o Direito Penal.[13]

Questões afetas à ética e à ciência da vida, ou seja, o campo de estudo da bioética, remetem frequentemente às reflexões acerca da vida e da morte. Especialmente frente aos constantes avanços da tecnologia e da medicina, que possibilitam, atualmente, a elaboração de diagnósticos médicos precisos relativos às

---

[8] DINIZ, 2009, p. 1.
[9] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 56, jul./set. 2006. p.114.
[10] BARACHO, 2006, p.115.
[11] DINIZ, 2009, p. 5.
[12] DINIZ, 2009, p. 5.
[13] SÁ, 1999 apud CAMILO; SOARES, 2007.

condições de vida e saúde dos pacientes; é possível se aferir, com certa segurança, o diagnóstico de um paciente em quadro clínico terminal. Ainda que as modernas técnicas médicas venham buscando aprimorar a saúde e prolongar a expectativa de vida do indivíduo, a aceitação da morte, de forma digna e natural, é um tabu para a sociedade.

Revela salientar a necessidade em se determinar o liame entre a vida e a morte, respeitando-se o sentido natural da vida. Surgem então duas questões: Até que ponto valem os esforços em manter uma vida a qualquer custo e até que ponto está o indivíduo preparado a se sujeitar aos tratamentos fúteis para mantê-la?

A esse respeito, colacionam-se os ensinamentos de Baracho:[14]

> O médico, face à morte, tornou-se tema constante da bioética e do direito, quando apela-se para seus conhecimentos sobre o processo científico. Deve ele conhecer dos limites de seu poder, em presença de uma doença atualmente fatal, evitando tratamentos desarrazoáveis e agressivos, que caracterizam uma terapêutica absurda, desde que todo homem ou mulher devem morrer em paz. Grandes discussões ocorrem em colóquios científicos sobre tratamentos paliativos, para doenças fatais. Os progressos da medicina, as descobertas sobre o tratamento de diversas doenças, tidas por longo tempo, como fatais, sofrem transformações decorrentes da pesquisa científica.

A enorme complexidade nas discussões éticas médico-científicas, especialmente quanto às decorrentes dos grandes avanços da biologia molecular e da biotecnologia ocorridos nos últimos 30 anos, desperta no homem o pensar bioético, e, diante disso, surge a necessidade de se preservar a dignidade humana dos abusos do biopoder.[15]

Nesse contexto, leciona Diniz:[16]

> O imperativo científico-tecnológico vai progressivamente dando espaço ao imperativo ético, e, com isso, a bioética emerge como novo domínio da reflexão que considera o ser humano em sua dignidade e as condições éticas para uma vida humana digna, alertando a todos sobre as consequências nefastas de um serviço incontrolado de biotecnologia e sobre a necessidade de uma tomada de consciência dos desafios trazidos pelas ciências da vida. A bioética é personalista, por analisar o homem como pessoa ou como um “eu”, dando valor fundamental à vida e à dignidade humanas, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa, que sempre será um fim, nunca um meio para a obtenção de outras finalidades.

---

[14] BARACHO, 2006. p. 117.
[15] DINIZ, 2009. p. 5-6.
[16] DINIZ, 2009. p. 6.

Segue a autora:[17]

> [...] a bioética precisa de um paradigma de referência antropológico-moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade, liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos e em busca de uma qualidade de vida digna, dando, portanto, prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência. A bioética não poderá preocupar-se apenas com os caminhos para a solução dos problemas bioéticos; deverá levar à aquisição de hábitos éticos e de qualidade de caráter.

Sob o mesmo ponto de vista, Silva[18] preceitua a respeito da ética e da moral do homem:

> A natureza de toda a vida, em termos genéricos, manifesta-se na preservação e na afirmação da própria existência, a exemplo do 'instinto de autoconservação'. O que significa dizer que o primeiro dever ético do homem é estar vivo. Ocorre que 'estar vivo' não é preceito estático. Na verdade, a existência e desdobramento de suas potencialidades específicas são a mesma coisa. O primeiro dever ético do homem, melhor entendida a premissa antecedente, consiste no desdobramento de suas potencialidades de acordo com as leis de sua natureza.

Nesse diapasão e a fim de melhor estudar as nuances que permeiam o campo da bioética, surge uma nova disciplina, o *biodireito*, fruto da união da bioética e do direito, a seguir abordado por Diniz:[19]

> [...] como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o *biodireito*, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, em traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade. (grifo do autor)

Nesse contexto, Silva[20] enfatiza a necessidade "do uso responsável da expressão biodireito", fundada em um "forte pensamento bioético", nesse novo ramo do Direito:

> Se o direito existe para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e se todo indivíduo humano é pessoa, conforme as diretrizes bioéticas assinaladas, inadmissível é o uso da expressão biodireito senão

[17] DINIZ, 2009. p. 12-13.
[18] SILVA, 2002. p. 112.
[19] DINIZ, 2009. p. 7-8.
[20] SILVA, Reinaldo Pereira e**. Biodireito**: A nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003. p. 124.

> para a tutela integral da vida, desde a concepção, ainda que extra-uterina, até a fase adulta. Caso assim não seja, o que muito se lastima, o uso da expressão "biodireito" não passará de um modismo, um rótulo para mais uma variante do pensamento fraco.

De fato, é com base nas nuances acima assinaladas que se funda o presente estudo: na concepção de uma vida digna, desde o nascimento até a morte. Desse modo, há que se sobressaltar que não basta simplesmente estar vivo, pois para que se possa ter uma qualidade de vida digna implicaria, consequentemente, em também ter o direito de morrer com dignidade. Em sua obra, Silva[21] elucida:

> Ocorre que refletir sobre a dignidade do processo de morrer implica a reflexão sobre viver uma vida com dignidade. Eis aqui outro grande desafio do biodireito, disciplinar o processo de morrer com dignidade num contexto em que novos fármacos e novos aparelhos biométricos asseguram, artificialmente, a persistência da vida humana agonizante ou vegetativa sem esperança de cura.

É verdade que, diante das inúmeras problemáticas decorrentes da explosão tecnológica voltada à área médica, surgiu grande temor em relação às atrocidades que poderiam ser cometidas e que, agora, estavam ao alcance do homem. Outra não é a preocupação de Coan,[22] quando expõe:

> [...] ao mesmo tempo que o devir do progresso humano permite a intervenção da novidade, o aumento de conhecimentos e o alargamento das possibilidades de um bem-estar maior trazem o risco do imponderável, da agressão à natureza e à própria espécie humana. E o grande perigo da produção de novidades sem nenhum tipo de refreamento consiste na possibilidade de serem violados valores humanos fundamentais.

Especialmente quanto a experimentações envolvendo seres humanos, com a terapêutica experimental, testes genéticos, clonagem e demais experiências não controladas, surge a necessidade de se estabelecer os princípios éticos que devem servir de baliza para o estudo da bioética.

Dentre as classificações propostas, expõe-se a apresentada no Relatório de Belmont[23] pela Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos da

---

[21] SILVA, 2003. p. 68.
[22] COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 247.
[23] *Belmont Report*, publicado em 1978, elaborado no Centro de Convenções Belmont, no Estado de Mariland, EUA. SILVA, 2002. p. 160-161.

Pesquisa Biomédica e Comportamental, Estados Unidos da América, tornando-se a "declaração principialista da abordagem bioética", que se baseou em três princípios éticos gerais:[24]

> Partindo do pressuposto de que não há ação humana autônoma senão pelo prévio consentimento livre e informado, propôs o Relatório de Belmont: a) o respeito pela pessoa (autonomia), incorporando duas convicções éticas: a1) todas as pessoas devem ser tratadas com autonomia; e a2) as pessoas cuja autonomia esteja diminuída ou se encontre em desenvolvimento devem ser protegidas (vulnerabilidade); b) a beneficência, também incorporando duas convicções éticas: b1) não causar dano; e b2) maximizar os benefícios e minimizar os possíveis riscos; e c) a justiça, enquanto imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios.

Diante do acima exposto, verifica-se estreita relação entre o prévio consentimento livre e informado do paciente e o princípio da autonomia, reconhecendo ao paciente, no âmbito da biomedicina, "a competência para decidir, juntamente com o médico, sobre os diagnósticos a que se deve submeter, bem como sobre a alternativa terapêutica mais adequada aos seus valores culturais."[25]

Posteriormente, tentou-se incluir, também, como quarto princípio, o princípio da não-maleficência (*primum non nocere*), o qual foi considerado "supérfluo" por tratar-se de um desdobramento do princípio da beneficência, tendo em vista a sua semelhança, já que não fazer o mal, ou seja, "evitar o mal", possui direta correlação com o "dever de fazer o bem."[26] A esse respeito, leciona Silva[27]:

> A bem da verdade, o princípio da beneficência, que corresponde à obrigação hipocrática de fazer o bem (do latim *bonum facere),* e o princípio da não-maleficência, que igualmente corresponde a uma obrigação hipocrática, a de não causar o mal (do latim *non nocere*), nada mais são do que desdobramentos do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito biométrico.

Revela-se, pois, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio norteador e fundamental para o estudo da bioética e do biodireito.

Nos tópicos que seguem, serão pormenorizados os princípios fundamentais que servem como supedâneo para o estudo da bioética e que nortearão o presente trabalho, quais sejam: os princípios da dignidade humana, da

[24] SILVA, 2002. p. 161.
[25] SILVA, 2002. p. 162.
[26] SILVA, 2002. p. 162.
[27] SILVA, 2002. p. 174.

liberdade e o respeito à autonomia privada.

2.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, inciso III, que trata dos fundamentos que regem este país como Estado Democrático de Direito.

De acordo com Sarlet:[28]

> A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzido. Apenas neste século e, ressalvada uma ou outra exceção, tão-somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948.

É fato que o avanço do pensamento focado nos direitos do homem vinha sendo, paulatinamente, debatido, e, de acordo com Bobbio, o avanço nesses debates podia ser interpretado quase "como um sinal 'premonitório' (*signum prognosticum*) do progresso moral da humanidade."[29]

Elucida Bobbio:[30]

> [Que o] fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito. É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos.

Segundo Fagundes Júnior,[31] com a inserção da expressão "dignidade da pessoa humana" no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, buscou o constituinte enfatizar a responsabilidade do Estado com a garantia de que as pessoas possam viver dignamente, no intuito de coibir qualquer forma de restringi-la.

---

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001. p. 101.
[29] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 19 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 52.
[30] BOBBIO, 1992. p. 61.
[31] FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 273.

É cediço que essa preocupação é historicamente recente, especialmente quando se trata da prevalência da dignidade humana aplicada aos princípios bioéticos, que, conforme tratado anteriormente, somente ganhou forças na década de 1970. Para fins históricos, especialmente quanto ao valor intrínseco da terminologia "pessoa humana" a qual se confere a dignidade, colhem-se os ensinamentos de Fagundes Júnior:[32]

> Não havia, na Antiguidade, o conceito de pessoa humana como entendemos atualmente, sendo certo que seu conhecimento surgiu apenas na era moderna. O homem para a filosofia grega era uma animal político ou social, como em Aristóteles, cujo ser era a cidadania, o fato de pertencer ao Estado. O conceito de pessoa como valor essencial que a legitimaria a ser possuidora de direitos subjetivos fundamentais e de dignidade, somente surgiu com o advento do Cristianismo, não obstante "possa a origem dos direitos individuais do homem ser igualmente apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado".

Para o presente estudo mostra-se de suma relevância abordar o princípio da dignidade humana como corolário dos demais princípios bioéticos, e, como tal, cingindo-o como princípio fundamental e absoluto.[33] Dele, pressupõe-se o respeito à vida humana, à sua proteção, o direito à saúde física e mental, à liberdade e à autonomia, à vida e à morte digna.

De acordo com Sarlet, "não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana."[34]

Dias,[35] dialogando acerca do respeito à dignidade humana com enfoque hodierno voltado à era dos direitos humanos, elucida:

> A dignidade não visa apenas assegurar um tratamento não degradante e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Nesta linha, a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico, para se tornar condição essencial de possibilidade de outros direitos.

Ressalta Fagundes Júnior[36] sua preocupação a respeito da necessidade

---

[32] FAGUNDES JÚNIOR, 2001. p. 271.
[33] COAN, 2001. p. 258.
[34] SARLET, 2001. p. 99.
[35] DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 378.
[36] FAGUNDES JÚNIOR, 2001. p. 268.

de se conferir limites à ciência, de modo a preservar e garantir esse princípio:

> [...] sob justificativa de propiciar uma vida melhor, não podem os avanços da ciência ir além dos limites impostos pelo Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, que vem permeado, dentre outros, pelos Direitos e Garantias Fundamentais.
> Com efeito, nestas situações é defeso, em nome de promessas de melhoria da qualidade de vida, que se pratiquem atentados contra a existência, as liberdades individuais e a inviolabilidade da pessoa humana, procurando justificar as posições assumidas nos parâmetros apresentados pelo Biodireito, pela Bioética e pela própria Constituição Federal, que cuidou de estender a dignidade da pessoa humana a todos os direitos fundamentais que contenham características inerentes à historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunicabilidade [sic], integrando, ou não, a parte que lhes é reservada no texto constitucional.

Considerando ser o homem um ser social capaz de atuar conscientemente sobre a natureza, transformando-a com o uso da sua inteligência racional, a isso implica, necessariamente, a observância de princípios e limites éticos. Dessa premissa advém o princípio da dignidade humana, lastreado pela liberdade e autonomia do homem como ser responsável pelos seus próprios atos.[37] Nessa esteira, "o direito à dignidade assegura a salvaguarda contra tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor."[38]

Corolário da garantia da dignidade da pessoa humana, o princípio da inviolabilidade do direito à vida surge em primeiro plano dentre os direitos e garantias individuais inscritos na Constituição Federal (art. 5º, *caput*).[39] De fato, segundo Coan[40], tal princípio é considerado "bem maior ou supremo na esfera natural e jurídica, uma vez que em sua volta, e como consequência de sua existência, todos os demais direitos da pessoa humana gravitam."

Além dos princípios e garantias fundamentais anteriormente referidos, ainda a respeito da temática ora sugerida, importa transcrever a necessidade de observância dos seguintes preceitos insculpidos na Constituição Federal: prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX); as garantias de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), de que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art.

---

[37] COAN, 2001. p. 261.
[38] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 42. ed. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 100.
[39] COAN, 2001. p. 256.
[40] COAN, 2001. p. 259.

5º, III), de que é livre a manifestação do pensamento (art. 5º, IV), da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), da livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), e de que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X); do direito à saúde (art. 196); do incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico (art. 218); da proteção e preservação do ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); e da proteção à família (art. 226).[41-42]

A esse respeito, complementa Fagundes Júnior:[43]

> Dessa forma, cumpre destacar que a doutrina constitucional reconhece três níveis de regramentos destinados à proteção dos direitos fundamentais, baseando-se na ordem histórica cronológica em que vieram a ser reconhecidos constitucionalmente, quais sejam: os direitos fundamentais de primeira geração, consubstanciados nos direitos individuais e políticos; os de segunda geração, inerentes aos institutos sociais, culturais e econômicos; e, na terceira geração, surgem os direitos do homem, onde encontramos os direitos difusos e coletivos.

Conclui Fagundes Júnior[44] que os direitos fundamentais de primeira geração são basicamente os "direitos do indivíduo *contra* o Estado", ou seja, os "direitos de participar da política do Estado". Já os direitos fundamentais de segunda geração, que conforme o autor são relativos aos direitos econômicos sociais e culturais, "são reclamados como direitos a serem conferidos *pelo* Estado".

Arremata, enfim, Ferreira Filho:[45] "A primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa*: liberdade*, *igualdade*, *fraternidade*."

Destarte, sendo a dignidade humana categoria central para a abordagem do presente estudo, revela mencionar o pensamento externado por Borges[46], no sentido de que o avanço da medicina, quanto às tecnologias postas à disposição do médico, podem provocar não somente benefícios à saúde das pessoas, mas também podem causar demasiada preocupação caso esse mesmo aparato

---

[41] 2001. p. 258.
[42] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 297-298.
[43] FAGUNDES JÚNIOR, 2001. p. 274.
[44] FAGUNDES JÚNIOR, 2001. p. 275.
[45] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57.
[46] BORGES, 2001. p. 283.

tecnológico venha a provocar dano à pessoa, afetando diretamente a sua dignidade.

É por esse motivo, lastreado na preocupação anteriormente externada, que se mostra tão relevante o estudo dos princípios da liberdade e da autonomia privada, abordados nos tópicos que se seguem, a fim de se garantir ao indivíduo seu direito precípuo de defender sua liberdade e sua autodeterminação, de acordo com a sua própria consciência.

2.3 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Dentre os princípios que norteiam o presente estudo, a fim de sustentar o Testamento Vital como instrumento garantidor da liberdade e autodeterminação do indivíduo, no intuito de estabelecer quais são os limites que devem ser observados na ocorrência de eventual tratamento médico a que venha se submeter, encontra-se o princípio da liberdade, amparado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Muito embora a tutela jurídica dos direitos de personalidade remonte à antiguidade, o "reconhecimento dos direitos de personalidade como categoria de direito subjetivo[47] é relativamente recente", afirma Diniz.[48] A autora destaca, a respeito do fortalecimento da ideia de liberdade ao longo da história, que "foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão."[49]

Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial, diante das inúmeras atrocidades cometidas ao ser humano, em afronta direta à sua dignidade, que os direitos de personalidade ganharam força no mundo jurídico.[50]

Corroboram o exposto os ensinamentos de Monteiro,[51] a respeito dos direitos da personalidade:

> O respeito à pessoa afirmou-se no mundo na segunda metade do século XX, especialmente nas duas últimas décadas, quando os valores próprios

[47] A respeito da distinção entre o direito subjetivo e o objetivo, leciona Diniz: "O direito objetivo é sempre um conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando-o a fazer ou a não fazer algo. Estando, portanto, fora do homem, indica-lhe o caminho a seguir, prescrevendo sanção em caso de violação. O direito subjetivo é sempre permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo." DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 27.
[48] DINIZ, 2012. v. 1. p. 132.
[49] DINIZ, 2012. v. 1. p. 132-133.
[50] DINIZ, 2012. v. 1. p. 133.
[51] MONTEIRO, 2009. p. 98.

> de cada pessoa ganharam força extraordinária e foram incorporados às mais diversas legislações. Nunca se procurou tanto preservá-los e fazê-los valer como exteriorização da dignidade humana, física e moral.

Leciona Diniz que a personalidade é inerente ao ser humano, não se constituindo, necessariamente, em um direito. Revela, então, que a personalidade "é objeto do direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra [...]."[52]

Conforme Barroso,[53] as normas constitucionais podem ser enquadradas em duas categorias: "as normas-princípios e as normas-disposição". Estas ─ referidas como "regras" ─ possuem aplicação específica às quais se dirigem; aquelas ─ também denominadas princípios ─ têm "maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema." Para o autor os princípios são "a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica", e como tal, delimitam as premissas básicas de todo o ordenamento jurídico, "costurando suas diferentes partes" e indicando "o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos."[54]

De acordo com Larenz,[55] "no grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma 'ideia jurídica geral', pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio conduto." Ensina, ainda, que pode haver contradição entre os princípios, em maior ou menor grau, devendo, no caso, cada princípio ceder perante o outro, de modo que ambos possam ser aplicados. Nessa hipótese, há que se verificar cada caso específico, para que assim sejam ponderados os bens jurídicos tutelados.[56]

Havendo choque entre os princípios, no que tange à "ordem hierárquica interna", "a Lei fundamental atribui um nível mais elevado à vida, à liberdade e à dignidade humana do que aos bens materiais."[57]

Barroso[58] classifica os princípios de acordo como o seu grau de destaque no sistema jurídico e sua consequente abrangência. Dessa feita, divide os princípios

---

[52] DINIZ, 2012. v. 1. p. 134.
[53] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.
[54] BARROSO, 2009. p. 157.
[55] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 674.
[56] LARENZ, 1997. p. 675-676.
[57] LARENZ, 1997. p. 677.
[58] BARROSO, 2009. p. 158-160.

em fundamentais, gerais e setoriais ou especiais. Os princípios fundamentais “são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado”; os setoriais ou especiais “são aqueles que se presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição”; e os gerais ─ os quais se mostram de relevância para o presente tema ─ que, “embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais.” São, portanto, “princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramento dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direito.”[59] Sob os limites desse tema, tem-se, como exemplo, o princípio da liberdade.

Leciona Fernandes:[60]

> Segundo a doutrina filosófica de Kant, a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo o único direito inato daquele. Aqui, liberdade é compreendida como autonomia (capacidade de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão). Nesse aspecto, o direito no pensamento filosófico prussiano tem um papel fundamental, que é o de limitar arbítrios através do conceito de *legalidade*.

Diante da relação direta entre os direitos privados e os direitos fundamentais, destaca-se o direito à liberdade, elencado no art. 5º da Constituição Federal, o qual, segundo Gagliano e Pamplona Filho, “é um verdadeiro monumento à liberdade, em todas as suas formas, seja na concepção mais individualizada até a consagração de liberdades coletivas.”[61]

Com efeito, “no plano da Constituição brasileira de 1988, o tratamento jurídico dado à liberdade no art. 5º revela uma concepção ampla desse direito, o que leva alguns autores a falar em um *direito geral de liberdade* [...].”[62] De fato, a liberdade permeia todo o âmbito jurídico, especialmente as relações privadas.

Contudo, cumpre salientar que o direito de liberdade não é irrestrito, absoluto. A liberdade do indivíduo encontra limites sob os seus mais variados aspectos, decorrentes da vida em sociedade, pelo que a liberdade de uma pessoa

---

[59] BARROSO, 2009. p. 159.
[60] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 280.
[61] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 165.
[62] FERNANDES, 2011. p. 282.

não pode se sobrepor à liberdade de outra.[63] Conforme Ascensão,[64] "o Direito Civil não pode ignorar que o homem não é um ser isolado. O Homem está com os outros. *Viver é conviver*, e a realização do homem só se consegue através do convívio com os outros." Complementa o autor:[65]

> Nenhuma liberdade é absoluta, e seguramente não o é a liberdade de decisão dos privados. Há mesmo traços por vezes acentuados de vinculação, no direito de Família, por exemplo. Mas o Direito privado é o domínio natural da liberdade de agir.
> Isto tem uma manifestação essencial na falta de controle de *motivação* das partes. Enquanto no direito público a motivação é sempre relevante, no Direito Privado é em princípio livre. Cada um conduz a sua vida como quer. O Direito só intervém limitadamente, excluindo aspectos viciosos, nomeadamente através da cláusula geral do 'abuso do direito'.

Sobre o assunto, preleciona Moraes:[66]

> O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.

Essa correlação que tem o indivíduo como ser detentor de liberdade encontra respaldo, ainda, no seu direito à integridade. Tradicionalmente, e segundo Szaniawski,[67] "tem-se sustentado consistir o direito à integridade num poder que o indivíduo tem sobre o seu próprio corpo." Porém, tal entendimento não é uníssono entre os autores, haja vista não possuir o ser humano amplo poder de disposição sobre o seu próprio corpo, não lhe sendo permitido, por exemplo, "mutilá-lo ou destruí-lo", e, da mesma forma, não lhe é autorizada "a extrema diminuição permanente da integridade física, que se traduziria na perda da própria vida."[68]

---

[63] OLIVEIRA, Aluisio Santos de. O direito de morrer dignamente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21065/o-direito-de-morrer-dignamente/2>. Acesso em: 7 set. 2012.
[64] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Teoria Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 19.
[65] ASCENSÃO, 2010. v. 1. p. 12.
[66] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 138.
[67] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 469.
[68] SZANIAWSKI, 2005. p. 470.

No âmbito da bioética, e de acordo com Santos,[69] tal princípio age conjuntamente com a responsabilidade do indivíduo, nos termos abaixo transcritos:

> A reflexão bioética possui manifesto compromisso com a verdadeira democracia, alicerçada no binômio liberdade e responsabilidade, que é basicamente a idéia de existência de limites: a lei que ajuda a encontrar a identidade, o sentido e poderes.

Incumbe ao princípio da liberdade a possibilidade de o indivíduo agir de acordo com a sua consciência, de estabelecer, por si próprio, os limites a que se propõe em tudo na vida, seja para uma simples decisão cotidiana, seja para solucionar um dilema ético e moral. De fato, o que dá a capacidade ao sujeito para decidir são justamente a liberdade e a autonomia que ele possui.

No presente estudo o princípio da liberdade, figurando como o sustentáculo dos direitos de personalidade, tem grande relevância, e, aliado ao princípio da autonomia, garante ao indivíduo o poder de deliberar sobre os tratamentos médicos a que deseja se submeter.

Tal princípio encontra guarida no Código de Ética Médica[70] (Resolução nº 1.931, de 17.9.2009, do Conselho Federal de Medicina, em vigor desde 13.4.2010) que elenca, em diversos dispositivos, a importância em se preservar o respeito à liberdade do paciente em negar ou consentir a realização de determinado tratamento médico. Já no preâmbulo da referida Resolução, estabelece que o médico deverá primar pela “busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade”. O Capítulo I do citado documento destaca, no inciso XXI, o dever do médico em respeitar “as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.”

Nesse aspecto, com o presente trabalho não se pretende perder o foco primordial de que:

> A vida humana é o bem supremo. Preexiste ao direito e deve ser respeitada por todos. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser

---

[69] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano. In: _____. (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 317.

[70] BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009. 2009a. **Código de Ética Médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acesso em: 26 set. 2012.

> humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nessa condição.[71]

Nesse contexto, "a garantia à vida é plena, irrestrita, posto que dela defluem as demais, até mesmo contra a vontade do titular, pois é contrário ao interesse social que alguém disponha da própria vida."[72] Em suma, "o direito à vida é o *direito ao respeito à vida* do próprio titular e de todos."[73] Verifica-se, pois, que "a concepção de um direito à vida (e não – repita-se! – sobre a vida) implica o reconhecimento estatal da legitimidade do combate individual e coletivo a todas as ameaças à sadia qualidade de vida."[74]

O que se pretende demonstrar não é o direito irrestrito ao corpo, no qual se permita agir, ativa ou passivamente, no intuito de abreviar ou pôr fim à própria vida. Pretende-se, sim, garantir que o indivíduo possa optar por deixar a natureza seguir o seu curso natural, que lhe seja permitido "permitir-se morrer", naturalmente e sem os prolongamentos desnecessários e ineficazes frente a um estado persistente de doença incurável já em fase terminal.

2.4 DA AUTONOMIA PRIVADA

Além dos princípios da dignidade humana e da liberdade, funda-se o presente trabalho na autonomia privada do indivíduo, como pressuposto garantidor da sua liberdade. Destaca Coelho[75] que "o direito privado assenta-se no princípio da autonomia da vontade (a faculdade outorgada aos particulares de auto-regularem seus interesses), em homenagem ao valor fundamental da liberdade."

Larenz[76] estabelece uma estreita relação entre os "princípios com forma de proposição jurídica" e os "princípios abertos", que não possuem caráter de norma. Os princípios com forma de proposição jurídica, embora não estejam explicitados na lei, nela estão contidos, podendo-se extraí-los, porquanto são evidentes. Exemplo deles são os princípios da dignidade e o da liberdade. Este

---

[71] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p. 194.
[72] CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro.** 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54.
[73] DINIZ, 2012. v. 1. p. 134.
[74] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009. v. 1. p. 151.
[75] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 17.
[76] LARENZ, 1997. p. 682-683.

último, por sua vez, está subordinado a um princípio aberto, o da autonomia privada.

Primordialmente, convém demonstrar a distinção, apresentada por Borges, entre a autonomia privada e a autonomia da vontade, que, segundo a autora, "importa em consequências práticas importantes". Com efeito, "a evolução do conceito de autonomia da vontade para a autonomia privada termina por modificar a própria noção de negócio jurídico."[77] Logo, complementa a autora:[78]

> **Segundo a teoria da autonomia da vontade**, a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido. Essa idéia derivava de uma concepção individualista exacerbada de direito, que considerava o sujeito fora do contexto social. Uma vez declarada a vontade, esta, em geral, teria a força de desencadear efeitos jurídicos.
> Por outro lado, **na noção de autonomia privada**, o negócio jurídico não nasce da simples manifestação de vontade. A teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar conseqüências jurídicas. A vontade não é o único fator determinante do negócio jurídico. Este nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige. (grifo nosso)

Segundo Borges, a teoria da autonomia da vontade já se encontra superada pela teoria da autonomia privada, muito embora venha sendo utilizada por diversos autores.[79] Importa, pois, estabelecer essa dicotomia, haja vista a autonomia privada estar vinculada "diretamente aos valores constitucionais, devendo estar orientada, assim, à valoração da pessoa humana."[80]

Em acepção mais minimalista, sintetiza Clotet:[81]

> O princípio da autonomia, denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas, exige que aceitemos que elas se autogovernem, ou sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos.

Embora a autonomia privada se manifeste nos mais diversos campos de atuação decorrentes dos direitos de personalidade, é sob o enfoque bioético que, para o trabalho em tela, encontra especial relevância. Como já tratado alhures, o princípio da autonomia privada é essencial ao estudo da bioética, visto que dele se

---

[77] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51.
[78] BORGES, 2007. p. 53.
[79] BORGES, 2007. p. 51.
[80] BORGES, 2007. p. 51.
[81] CLOTET, 2012.

baseia, como parte integrante dos seus princípios éticos gerais.

De acordo com Silva, foi somente ao final da década de 1970 que o princípio da autonomia passou a ser analisado sob o enfoque da bioética,[82] refletindo que:

> Se a autonomia consiste na capacidade de autogoverno, cada ato autônomo pressupõe a vida do homem que o realiza, conforme se depreende dos princípios da beneficência e da não-maleficência. Logo, o princípio da autonomia, na perspectiva personalista, possui um conteúdo vital a que se deve respeitar. A proeminência da vida estabelece, assim, um limite objetivo ao exercício da liberdade de cada ser humano, possibilitando aquilatar seu grau de responsabilidade em relação a si mesmo e em relação ao outro.[83]

Com o mesmo ponto de vista, concorda Diniz:[84]

> O *princípio da autonomia* requer que o profissional de saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Aquele que tiver sua vontade reduzida deverá ser protegido. Autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa. Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e a maneira de como tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz, ou seja, não tiver autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate, por estar preso ou ter alguma deficiência mental.

Também o Código Civil, em seu art. 15, garante ao paciente o seu direito de escolha, baseado na sua autonomia, dispondo que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."[85]

A esse respeito, leciona Diniz:[86]

> O profissional de saúde deve, ante o princípio da autonomia, respeitar a vontade do paciente, ou de seu representante, se incapaz. Daí a exigência do consentimento livre e informado. Imprescindível será a informação

[82] SILVA, 2002. p. 162.
[83] SILVA, 2002. p. 175.
[84] DINIZ, 2009. p. 14.
[85] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.
[86] DINIZ, 2012. v. 1. p. 141.

> detalhada sobre seu estado de saúde e o tratamento a ser seguido, para que tome decisão sobre a terapia a ser empregada. A prática médica, em razão do princípio da beneficência, deve buscar o bem-estar do paciente, evitando, na medida do possível, quaisquer danos de risco de vida. Só se pode usar tratamento ou cirurgia para o bem do enfermo.

No que tange à autonomia do paciente quando da tomada de decisão frente a determinado tratamento médico, dispõe claramente o Código de Ética Médica,[87] no art. 41, que é vedado ao médico "abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal." Em sequência, acrescenta:

> 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.

Destarte, "é direito do paciente a recusa de algum tratamento ou não aceitação de continuidade terapêutica nos casos incuráveis ou de sofrimento atroz ou, ainda, que possa trazer risco de vida."[88] Essa prerrogativa do paciente encontra fundamento no "seu direito à integridade física, valendo registrar que, no caso da impossibilidade de sua manifestação volitiva, deve esta caber ao seu representante legal."[89]

Verifica-se que a autonomia do paciente deve prevalecer, por meio da sua manifesta vontade, seja ela expressa pelo próprio sujeito de direito, seja por seu representante legal, a fim de que se certifique estar-se agindo com base nas intenções e desejos do paciente, quando este não puder manifestá-los espontaneamente.

Cabe ao médico observar, diante do seu dever funcional:

> Se não houver tempo hábil para ouvir o paciente ou para tomar essas providências, e se tratar de emergência que exige pronta intervenção médica, como na hipótese de parada cardíaca, por exemplo, terá o profissional a obrigação de realizar o tratamento, independentemente de autorização, eximindo-se de qualquer responsabilidade por não tê-la obtido.[90]

Há que se destacar que, nas situações de emergência, pode o médico

[87] BRASIL, 2009a.
[88] DINIZ, 2012. v. 1. p. 144.
[89] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009. v. 1. p. 156.
[90] GONÇALVES, 2012. v.1. 198.

intervir, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, na hipótese de iminente perigo de vida, não incidindo, no caso, o crime de constrangimento ilegal (art. 146, § 3º, inciso I, do Código Penal[91]).

No entanto, também não se pode tirar do indivíduo a sua autonomia, consistente na sua liberdade de escolha, especialmente se estiver diante de opção pela realização ou não de tratamento que se constitua em mero prolongamento artificial da vida, considerado fútil ou inútil, o qual não trará em nada benefícios para a vida do paciente. De acordo com Borges:[92]

> A pessoa tem a proteção legal de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir onde e como deseja morrer. Esta decisão precisa ser respeitada. É velho o ditado segundo o qual cada um sabe o que é melhor para si. Estando informado sobre o diagnóstico e o prognóstico, o paciente decide se vai se submeter a tratamento ou se vai continuar se submetendo a tratamento. Ele pode decidir pelo não tratamento, desde o início, e pode também decidir pela interrupção do tratamento que considera fútil.

Ademais, complementa a autora:[93]

> É o reconhecimento da morte como elemento da vida humana, é da condição humana ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra, sem o recurso a meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia. A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra sua dignidade.

Essas e outras questões devem estar bem definidas no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que se possa limitar a intervenção do Judiciário nas questões afetas ao direito de morrer segundo o curso natural da vida.

Nesse capítulo estudou-se a bioética e o biodireito, especialmente quanto às suas origens históricas, tratando, também, em especial, sobre os princípios da dignidade humana, da liberdade e da autonomia privada.

Na sequência serão discutidos os aspectos relativos ao consentimento livre e esclarecido e às definições teóricas preliminares pertinentes ao tema, quais sejam, eutanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia.

---

[91] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.
[92] BORGES, 2001. p. 299.
[93] BORGES, 2001. p. 299.

3 DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E DAS DEFINIÇÕES TEÓRICAS PRELIMINARES

No presente capítulo será abordada a figura do consentimento livre e esclarecido, especialmente no que tange à capacidade e à escolha consciente do paciente, bem como será apresentada a distinção entre os conceitos teóricos inerentes ao tema desta monografia, quais sejam, eutanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia.

Com esse intuito, serão utilizadas como referências o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2002) e o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931, de 17.12.2009), assim como as contribuições teóricas de Luiz Roberto Barroso, Diaulas Costa Ribeiro, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Léo Pessini e outros.

3.1 DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Para a abordagem do presente tema, é de suma relevância esclarecer os aspectos relativos ao consentimento livre e esclarecido do paciente quanto à tomada de decisão relativa à intervenção ou continuidade de determinado tratamento médico a que este se submeta, decorrente do seu direito precípuo de liberdade e autonomia privada. Para tanto, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da capacidade do agente e, posteriormente, abordar os pressupostos inerentes à sua escolha consciente para proferir decisão acerca dos limites a si impostos para a realização de tratamentos e intervenções médicas.

3.1.1 Capacidade

O Código Civil[94] prescreve que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1º), e que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, mas que a “lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (art. 2º). Dessa forma, a legislação disciplinou de forma genérica a capacidade civil, deixando para tratar das exceções nos arts. 3º e 4º, os quais tratam, respectivamente, das incapacidades absoluta e relativa:

[94] BRASIL, 2002.

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I - os menores de dezesseis anos;
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
> III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
> [...]

Contextualizando, a "capacidade exprime poderes ou faculdade; personalidade é a resultante desses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes."[95]

No que tange à cessação da menoridade, nos termos do art. 5º do Código Civil, se perfaz aos 18 anos completos, "quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil",[96] portanto, "sem restrições impostas pela idade, situação que se prolongará por toda a vida, uma vez que inexiste idade que ponha fim à capacidade assim adquirida."[97]

Coelho[98] define pessoa capaz nos seguintes termos:

> A pessoa capaz pode praticar os atos e negócios jurídicos por si, isto é, diretamente, independentemente de auxílio ou intervenção de outra pessoa. Ela é considerada, pelo direito, como dotada de condições psíquico-físicas suficientes à compreensão das conseqüências de seus atos. Considera a lei, por isso, que a pessoa natural capaz sabe sopesar convenientemente seus interesses e, em função disso, nortear suas decisões. Tem maturidade, experiência de vida e hábeis meios de comunicação que afastam, presumivelmente, a possibilidade de vir a praticar ato ou negócio jurídico prejudicial aos seus direitos ou interesses.

Enfatiza Monteiro[99] que são duas "as espécies de capacidade, a de *gozo* ou de *direito* e a de *exercício* ou de *fato*. Esta pressupõe aquela, mas a primeira pode subsistir independentemente da segunda." O autor explica essa premissa baseada no princípio de que a capacidade de gozo ou de direito é inata do ser humano, sendo tal direito posto a salvo pelo ordenamento jurídico.[100]

---

[95] MONTEIRO, 2009. p. 66.
[96] BRASIL, 2002.
[97] MONTEIRO, 2009. p. 75.
[98] COELHO, 2006. v. 1. p. 159.
[99] MONTEIRO, 2009. p. 69.
[100] MONTEIRO, 2009. p. 69.

Todavia, muitos são os casos em que o indivíduo é privado da sua capacidade do gozo de seus direitos, porquanto se ache em situação de incapacidade temporária ou permanente para praticar determinado ato jurídico, e, consequentemente, manifestar sua vontade.

Surge, pois, a espécie de capacidade de exercício ou de fato. Explica Monteiro:[101]

> [Capacidade de exercício ou de fato] É simples aptidão para exercitar direitos. É a faculdade de os fazer valer. Se a capacidade de gozo é imanente a todo ser humano, a de exercício ou de fato deste pode ser retirada. O exercício dos direitos pressupõe realmente consciência e vontade; por conseguinte, a capacidade de fato subordina-se à existência no homem dessas duas faculdades.
> Essa capacidade acha-se, assim, vinculada a determinados fatores objetivos: idade e estado de saúde. A incapacidade de exercício ou de fato não suprime a capacidade de gozo ou de direito, conatural ao homem, sendo suprida pelo instituto da representação.

Diante da ausência de capacidade, ainda que transitória, destaca Diniz que todas as pessoas que não puderem "exprimir a sua vontade, para a prática dos atos da vida civil, deverão estar representadas por um curador, apesar de não se decretar sua interdição, pois exige-se causa duradoura."[102]

Este também é o entendimento de Gonçalves:[103]

> Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde, desenvolvimento mental etc., a lei, com o intuito de protegê-las, malgrado não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de os exercer pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as representa ou assiste.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, há que se considerar, portanto, a incapacidade absoluta dos menores de dezesseis anos, ditos impúberes, para a prática dos atos da vida civil, "em razão de seu exíguo desenvolvimento mental, de sua reduzida adaptabilidade à vida social."[104] Nesse passo, "a incapacidade absoluta acarreta a proibição total, pelo incapaz, do exercício do direito."[105]

---

[101] MONTEIRO, 2009. p. 70.
[102] DINIZ, 2012. v. 1. p. 178-179.
[103] GONÇALVES, 2012. v.1. p. 96.
[104] MONTEIRO, 2009. p. 70.
[105] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 103.

Para este trabalho, importa verificar a capacidade do indivíduo no que concerne à manifestação de vontade, livre e consciente, para deliberar sobre procedimentos médicos que venham a se submeter. Neste caso, em se constatando a incapacidade, esta ficará a cargo dos tutores ou curadores, desde que inseridos num contexto legal. Dessa forma não assiste aos menores de 16 anos o direito de manifestar a sua vontade.[106]

Nos termos do art. 11 do Código Civil, "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."[107] Tais características implicam a indisponibilidade desses direitos,[108] visto que:

> [...] Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade etc.[109]

Igualmente, considerando a indisponibilidade dos direitos de personalidade:

> O poder familiar dos pais, em relação aos filhos, só os autoriza a consentir tratamento, exames médicos, transfusões de sangue etc., para proteger a vida e a saúde do menor incapaz, e nunca de trazer-lhe uma diminuição de sua integridade psicofísica em caráter temporário e, muito menos, permanente.[110]

Complementa Szaniawski,[111] em posição acerca dos direitos de personalidade e a manifestação de vontade pelos maiores de 16 anos:

> Dentro deste pensamento, na ideia de que os indivíduos, a partir dos 16 anos, já têm a possibilidade de 'querer' e de perfeitamente externar o seu 'querer', somos de opinião de que não tem o pai, a mãe ou o tutor, na falta daqueles, o poder e, muito menos, o direito de exigir que o relativamente incapaz se submeta a toda sorte de exames médicos e corporais contra a sua vontade, mesmo quando a intenção do representante legal que pretenda assisti-lo seja a de proteger este maior-menor ou cuidar de seus interesses.

---

[106] MONTEIRO, 2009. p. 71.
[107] BRASIL, 2002.
[108] GONÇALVES, 2012. v.1. p. 187.
[109] GONÇALVES, 2012. v.1. p. 187.
[110] SZANIAWSKI, 2005. p. 500-501.
[111] SZANIAWSKI, 2005. p. 502.

Contudo, o pensamento defendido pelo autor não pode ser entendido na sua mais ampla concepção, visto que, sendo o indivíduo menor, não há, por completo, a definição dos conceitos ético e moral impressos na sua consciência. A responsabilidade surge com a maturidade, e somente com esta é possível discernir, emitir juízo de valor acerca do que é certo ou errado, do que é permitido ou proibido, sem as quais qualquer decisão pode ser tomada precocemente.

Também são absolutamente incapazes os que, mesmo que transitoriamente, não possam exprimir sua vontade (art. 3º, III, CC). Estes, ao contrário dos menores de 16 anos, possuem vontade, porém não podem transmiti-la.[112]

Sendo o agente capaz para manifestar sua vontade pessoalmente, no momento oportuno, esta haverá de ser respeitada. Porém, nem sempre o paciente se encontra em situação de poder manifestar-se livremente, sendo necessário que tenha consignado expressamente o seu desejo, seja para pessoa próxima sua, seja por escrito. Nesse caso, a incapacidade se reveste de obstáculo apenas quanto ao seu agente emissor, mas não cerceará a vontade manifestada do paciente em estado terminal. Conforme Coelho:[113]

> A diferença entre ter ou não capacidade diz respeito, em suma, à mediação dos atos e negócios jurídicos. Só a pessoa capaz pode praticá-los *imediatamente*. O incapaz só pode praticar o ato ou negócio *por meio* de seu representante ou *mediante* o auxílio de seu assistente.

Portanto, nos casos em que o paciente pode, por sua própria vontade, manifestar o seu desejo em plena consciência dos seus atos, não há óbice em respeitá-lo. Todavia, essa situação se complica quando o paciente se encontra incapaz de demonstrar a sua vontade, pelo que será necessário buscar socorro em documentos de que se possa extraí-la, ou, ainda, em pessoas próximas suas que possam alegar essa manifestação prévia.

3.1.2 Escolha consciente

A Constituição brasileira elencou, em rol não exaustivo, vários direitos que se constituem as chamadas liberdades públicas, dentre os quais se destacam “o

[112] MONTEIRO, 2009. p. 71.
[113] COELHO, 2006. v. 1. p. 161.

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade física, à inviolabilidade à intimidade, da vida privada, da honra e da imagem", assim como previu a "proibição de tortura ou de atos que degradem o ser humano."[114] Tais liberdades "surgem como prestações positivas, impostas ao Estado, e configuram outros direitos essências além da liberdade."[115]

Segundo Fachin e Ruzyk:[116]

> Nada obstante a noção e direitos fundamentais tenha sua origem na garantia de liberdades do indivíduo frente ao Estado, com uma eficácia vertical, o processo histórico acabou por alargar o espectro e o campo de eficácia desses direitos. É corrente o estudo das diferentes gerações de direitos fundamentais, bem como da sua eficácia em face de outros indivíduos, ainda que em patamar de igualdade, e não somente em face do Estado.

De acordo com os autores,[117] devido à sua origem histórica, vivenciada em um momento em que havia uma necessidade essencial em se fortalecer a autonomia dos indivíduos frente ao Estado, especialmente com o fim de romper o caráter absolutista que imperava, os direitos fundamentais eram, inicialmente, exercidos contra o Estado. Havia, nesse contexto, uma relação de superioridade do Estado para com os indivíduos, ainda que estes possuíssem "a garantia de um espaço de liberdade intangível para o Estado." Por outro lado, a relação entre indivíduos era de igualdade perante a lei. Advêm, nesse contexto histórico, duas especialidades decorrentes dos direitos fundamentais: o público e o privado:

> Em tal contexto, os direitos fundamentais de primeira geração se projetam como liberdades públicas, no sentido de que eram exercidas frente ao Estado. Constituíam, sobretudo, liberdades negativas, que implicavam deveres de omissão por parte do Estado. Em outras palavras, as liberdades negativas são aí espaços de não-intervenção. É do exame dessas liberdades que se revela a constituição da clivagem público e privado, uma vez que é precisamente na constituição dos direitos subjetivos que estabelecerá os limites de atuação do Estado.[118]

---

[114] MONTEIRO, 2009. p. 99.
[115] MONTEIRO, 2009. p. 99.
[116] FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 90.
[117] FACHIN; RUZYK, 2006. p. 90-91.
[118] FACHIN; RUZYK, 2006. p. 91.

Para Sarlet,[119] apresentam particular importância quanto aos direitos de cunho negativo ─ ou direitos fundamentais de primeira dimensão ─ os direitos à vida, à liberdade, e à igualdade perante a lei, sendo, "posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva [...]."

Segundo Barroso, "os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares."[120] Nessa esteira, surge dessa relação jurídica um vínculo "que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado o *direito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir."[121] Complementa o autor que "a idéia de direito subjetivo, embora situada na teoria geral do Direito, teve o seu curso predominante no direito privado."[122]

Na esfera do direito privado encontra-se o Direito Civil e, neste, os direitos de personalidade, tratados com grande enfoque no Código Civil de 2002. Convém destacar que:

> A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem o direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objetivo do direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.[123]

Dentre os direitos de personalidade, a escolha consciente encontra fundamento no princípio da autonomia privada, pelo qual a pessoa declara a sua vontade, decorrente de manifestação consciente e esclarecida acerca de determinada situação fática ou jurídica a que esteja envolvida. Argumenta Borges:[124]

> Atualmente, o poder de gerar regras jurídicas para as próprias situações ou relações não está na simples vontade da pessoa, mas na declaração de vontade que estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo e quanto à capacidade e legitimidade do sujeito. Assim, a manifestação de vontade, pura e simplesmente, não tem, por si, a força de gerar aquisição, modificação ou extinção de direitos. Apenas a vontade

[119] SARLET, 2001. p. 50.
[120] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 101.
[121] BARROSO, 2003. p. 104.
[122] BARROSO, 2003. p. 104.
[123] DINIZ, 2012. v. 1. p. 133-134.
[124] BORGES, 2007. p. 54.

> que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara.

No âmbito em estudo, a escolha consciente diz respeito ao direito que tem o paciente em escolher, de acordo com sua própria consciência, os limites estabelecidos em intervenções ou tratamentos de cunho médico.

É o princípio da dignidade da pessoa humana que capacita o indivíduo a tomar as suas próprias decisões de acordo com a consciência que tem em si mesmo, de "autodeterminar a sua conduta."[125] Desse modo, "verifica-se que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana parece residir ─ e a doutrina majoritária conforta este entendimento ─ primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa [...]."[126]

Acrescenta Sarlet:[127]

> Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

Tratando-se de indivíduos competentes, várias são as "justificativas para a prática do livre e informado consentimento", destacando-se, dentre elas, a "dignidade individual", "a liberdade ou independência dos indivíduos", o reconhecimento de que "os indivíduos muitas vezes são os melhores juízes de seus próprios interesses particulares", dentre outros.[128]

Em suma, argumenta Engelhardet Junior:[129]

> O direito ao livre e informado consentimento, em seu sentido mais fundamental dentro da moralidade secular geral, compreende 1) o direito de dar consentimento a participar do tratamento sem coerção, sem ser enganado e com competência, assim como 2) o de retirar-se do tratamento, por completo ou em parte.

Defende o autor que "podemos assim justificar as práticas do livre e

---

[125] SARLET, 2001. p. 107.
[126] SARLET, 2001. p. 107.
[127] SARLET, 2001. p. 107.
[128] ENGELHARDET JUNIOR, H. Tristram. **Fundamentos da bioética.** São Paulo: Loyola, 1998. p. 362.
[129] ENGELHARDET JUNIOR, 1998. p. 368.

informado consentimento, com base nos princípios de permissão e beneficência."[130]

Analogamente, ensina Dias:[131]

> O direito ao consentimento informado encontra fundamento nos princípios da **bioética**. O princípio da **autonomia** é o reconhecimento da liberdade individual que deve compreender também o respeito à escolha da maneira de morrer e controlar a assistência médica que o paciente deseja receber no futuro. O princípio da **beneficência** se consubstancia no respeito à pessoa e às suas opções de vida. **Não-maleficência** é não fazer o mal, e significa respeitar as promessas e os compromissos firmados pelo médico com o paciente. Mas é no princípio da **justiça** que de modo mais saliente se vislumbra o direito de suspender os suportes da vida, apesar da resistência no âmbito do poder judiciário. (grifo do autor)

A prevalência do compromisso firmado entre médico e paciente implica a aceitação mútua dessas escolhas, dentro dos limites pré-estabelecidos.[132] Ou seja, o paciente declara a sua vontade, manifestando sua escolha dentro dos seus padrões éticos e morais, sem, contudo, deixar de observar os limites legais para tal decisão, alertados pelo profissional.

Conforme já tratado anteriormente, é vedado ao médico "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."[133] (art. 22 do Código de Ética Médica). Recomenda Engelhardet Junior:[134]

> Quanto mais estranhos são o médico e o paciente em relação aos conjuntos de valores e objetivos mútuos, mais necessária será a formação de regras específicas para orientar o livre e informado consentimento e para que esse consentimento compreenda detalhadamente as questões em jogo no tratamento. Quanto mais os pacientes e os médicos compartilham uma visão comum dos objetivos da assistência à saúde em particular e da vida em geral, menos complexas precisarão ser as revelações.

É fundamental, portanto, que o paciente mantenha boa relação com o profissional que o assiste, conhecendo seus ideais profissionais e morais, e este passe a compreender e respeitar as expectativas e decisões de seus pacientes.[135]

Em situação extrema, enfatiza Borges[136] que "a inobservância dessa vontade, por parte dos médicos, pode caracterizar cárcere privado, constrangimento

---

[130] ENGELHARDET JUNIOR, 1998. p. 362.
[131] DIAS, 2011. p. 379.
[132] ENGELHARDET JUNIOR, 1998. p. 346.
[133] BRASIL, 2009a.
[134] ENGELHARDET JUNIOR, 1998. p. 348.
[135] ENGELHARDET JUNIOR, 1998. p. 353.
[136] BORGES, 2001. p. 294.

ilegal e até lesões corporais, conforme o caso."

Assim, do direito que tem a pessoa de manifestar a sua escolha consciente decorrem outros direitos, tal qual o "de ser deixado em paz, ao de privacidade, ao de recusar o toque e as intervenções de outras pessoas." Por conseguinte, "esse direito é central à própria noção de uma comunidade pacífica, unida pelo respeito mútuo à idéia de uso por outros apenas com sua permissão."[137]

A regra geral a ser observada é o respeito à escolha consciente do paciente, ou seja, o seu consentimento informado, manifestado diretamente por ele, diante da situação concreta.[138] Quando esse consentimento não puder ser exprimido pelo próprio paciente, observar-se-á a necessidade de sua representação, nos termos anteriormente aduzidos.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS TEÓRICOS

Na sociedade em que se vive, a temática envolvendo a terminalidade da vida tem provocado diversas discussões no âmbito social, jurídico e religioso. Para uma melhor compreensão do que vem a ser o testamento vital, bem como a sua aceitação como documento válido e permitido no ordenamento jurídico, faz-se mister apresentar algumas distinções entre os conceitos teóricos que envolvem essa temática, tais como a eutanásia, o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia.

Essas e outras expressões correlatas vêm ocupando debates atuais sobre os limites humanos para o controle do processo da morte, com enfoque, em especial, na amenização do sofrimento sentido pelo paciente.

3.2.1 Eutanásia

No sentido etimológico da palavra, eutanásia significava "boa morte ou morte sem dor, tranquila, sem sofrimento." A palavra possui origem grega, derivada dos vocábulos *eu*, que significa bom, e *thanatos*, que significa morte. Da junção dos vocábulos, a palavra eutanásia significaria boa morte, morte serena, morte doce, morte sem sofrimento.[139] O temo "foi empregado pela primeira vez, em 1623, por

[137] ENGELHARDET JUNIOR, 1998. p. 369.
[138] BORGES, 2001. p. 294.
[139] BORGES, 2007. p. 234.

Francis Bacon, na sua obra *Historia vitae et mortis*, no sentido de boa morte."[140]

Entretanto, com o decorrer dos anos o significado de eutanásia sofreu transformações, sendo hoje entendida como a morte provocada movida por sentimentos de piedade ao enfermo. Na sua acepção hodierna, o termo eutanásia refere-se a uma ação, um "agir sobre a morte, antecipando-a."[141]

Para que assim seja considerada, tem que estar presente o ato de piedade para com o enfermo,[142] bem como estar demonstrado que a pessoa tem "condições de continuar vivendo, ainda que com sofrimentos terríveis."[143]

Para que se configure a eutanásia, há ainda o entendimento que esta só pode ser cometida pelo médico. Todavia, a necessidade do cumprimento desta condição não é pacífica entre os autores que abordam o tema, sendo possível, também, que a eutanásia seja cometida por demais profissionais da saúde, por familiar ou amigo da pessoa que padece.

Conforme Ribeiro:[144]

> Modernamente, eutanásia é a morte de uma pessoa com grande sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora, produzida por médico, com o consentimento dela. O consentimento do paciente exclui a ilicitude dessa intervenção, o que consagra o princípio da vontade livre como garantia suprema do exercício e renúncia a direitos fundamentais. Eutanásia não é morte por piedade; é morte por vontade.

Assim, pelo conceito atual, não se espera apenas morrer naturalmente, amenizando seus efeitos, há a interferência humana no processo de morte, antecipando-a. Segundo Borges:[145]

> Utilizando a concepção atual da expressão, admite-se que só se pode falar em eutanásia quando ocorre a morte movida por piedade, por compaixão em relação ao doente. A *eutanásia* verdadeira é a morte provocada em paciente vítima de forte sofrimento e doença incurável, motivada por compaixão. Se a doença não for incurável, afasta-se a eutanásia. Diante do Código Penal brasileiro, o que acabamos de chamar de eutanásia pode

---

[140] DINIZ, 2009. p. 377.
[141] BORGES, 2007. p. 234.
[142] CENEVIVA, 2003. p. 56.
[143] CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62.
[144] RIBEIRO, Diaulas Costa. **Eutanásia:** Viver bem não é viver muito. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=209&p_ch=>. Acesso em: 22 out. 2012.
[145] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>. Acesso em: 24 out. 2102.

> atualmente ser considerada homicídio privilegiado. Se não estiverem presentes aqueles requisitos, cai-se na hipótese de homicídio simples ou qualificado, dependendo do caso.

A alteração do conceito etimológico da palavra tem gerado grande confusão em torno do tema, motivo pelo qual a eutanásia, atualmente, possui diversas classificações.

Há autores que classificam a eutanásia como ativa ou passiva, sendo a primeira subdividida em direta ou indireta. Para Godinho,[146] "na eutanásia ativa direta, provoca-se a morte do paciente, para aliviar-lhe o sofrimento", já na "eutanásia ativa indireta, não há a intenção de suprimir a vida, mas de aplicar ao paciente medicamentos que, embora abreviem o sofrimento, podem ter por efeito a morte."

O referido autor traz o conceito de eutanásia passiva como sendo sinônimo de ortotanásia, quando dispõe que "na eutanásia passiva ou ortotanásia, simplesmente se deixa de aplicar ao paciente a medicação adequada, havendo a interrupção de tratamento vital [...]."[147] Porém, tal entendimento não é unânime na doutrina, muito embora os conceitos de ambos os institutos possuam semelhanças significativas.

Os maiores problemas provenientes da sua conceitualização são, na maioria das vezes, decorrentes dos "diversos vocábulos e adjetivos" a ela relacionados.[148] Conforme Baracho:[149]

> Interrogações sobre a eutanásia levam a sua classificação e a prova adicional de sua complexidade. De conformidade com a execução, pode ser ativa ou passiva. Os motivos de sua existência constituem assunto de irrelevância para o direito penal. Esta variedade de assuntos levam à compreensão de sua incidência real e jurídica. A eutanásia realizada pelo próprio interessado, conceitualmente não coincide com o suicídio, daí a importância dos estudos sobre os limites pessoais e penais da eutanásia. A eutanásia é examinada, também, com motivação altruística ou humanitária, inclusive com referências à recusa dos tratamentos vitais.

Há quem entenda que a eutanásia é representada pela "liberação dos abusos terapêuticos", pela "abstenção ou a interrupção de terapias fúteis e

---

[146] GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2545, 20 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/15066>. Acesso em: 22 out. 2012.
[147] GODINHO, 2010.
[148] MIRANDA, Gonzalo. **Bioética e eutanásia.** Bauru: EDUSC, 1998. p. 37.
[149] BARACHO, 2006. p.130.

desproporcionais", ou pela "administração de analgésicos que, como 'efeito secundário', podem abreviar a vida."[150]

Miranda[151] expõe que as confusões mais frequentes costumam ser duas, mormente relativas ao que vem a ser a eutanásia ativa ou passiva, direta ou indireta, para as quais apresenta as seguintes distinções:

> Às vezes é apresentada como "**eutanásia passiva**" a simples recusa da chamada "fúria terapêutica". E, então, são tiradas conclusões errôneas, por exemplo, quando se diz que x% dos médicos de uma região são favoráveis à eutanásia, quando na realidade se trata de uma resposta positiva à pergunta que solicitava aos médicos responderem se eram favoráveis ou não à recusa da "fúria terapêutica".
> Outras vezes, sobrepõe-se à distinção entre "**eutanásia ativa**" e "**eutanásia passiva**" a "**eutanásia direta**" e a "**eutanásia indireta**". Esta última distinção clássica na teologia moral católica é aplicada a muitos diversos problemas (aborto direto ou indireto, esterilização direta e indireta etc.), faz referência à intenção do sujeito em ação: chama-se **ação direta** ("eutanásia direta") aquela que pretende realizar diretamente aquela "coisa" (do latim "tendere in", intenção em relação ao objeto da própria ação); no caso contrário, isto é quando aquela "coisa" não é intencional pela vontade do sujeito, mas apenas tolerada como efeito secundário de uma ação que deve cumprir, sem poder evitar aquele efeito colateral, fala-se de "ação indireta". (grifo nosso)

Em conclusão, somente se pode considerar propriamente a eutanásia quando ela for intencional, quando o "sujeito deseja a morte diretamente" (eutanásia direta), seja por ação (eutanásia ativa) ou por omissão (eutanásia passiva). Se a morte for decorrência de "efeito secundário não desejado", ou refere-se, apenas, à recusa da chamada fúria terapêutica, não há que falar em eutanásia.[152]

A ação ou omissão praticada nesse sentido constitui conduta criminalizada no ordenamento jurídico brasileiro, pelo cometimento de crime contra a vida, configurando, apenas, causa de diminuição da pena, de acordo com o § 1º do art. 121 do Código Penal,[153] quando o crime for cometido por motivo de relevante valor social ou moral, hipótese em que o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Corroborando o exposto, o Código de Ética Médica deixa bem clara a impossibilidade do médico em abreviar a vida do paciente, quando dispõe, no art. 41, que é vedado ao médico "abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste

[150] MIRANDA, 1998. p. 37.
[151] MIRANDA, 1998. p. 37-38.
[152] MIRANDA, 1998. p. 38-39.
[153] BRASIL, 1940.

ou de seu representante legal."[154] Logo, a eutanásia, ainda que praticada no intuito de minimizar a dor do paciente, constitui homicídio, pois envolve a ação do médico.

A ação praticada nesse sentido é contrária ao ordenamento jurídico pátrio, e afronta diretamente o bem maior tutelado pela Constituição Brasileira: o direito à vida. Conforme Diniz:[155]

> Não se pode aceitar a licitude do direito de matar piedosamente, pois a vida humana é um bem tutelado constitucionalmente. O homem não tem o direito de consentir em sua morte; não tem direito de matar-se, nem de exigir que outrem o mate, por não ser dono de sua própria vida. Não se pode negar a paciente portador de mal incurável a prestação de cuidados médicos vitais, sem os quais ele morreria, nem renunciar a cuidados ordinários disponíveis, ainda que sejam parcialmente eficazes, nem deixar de tratar doente comatoso mesmo se não houver alguma possibilidade de recuperação.

Verifica-se, portanto, que a eutanásia é cometida em decorrência de fatores tais como o sofrimento físico ou psíquico, ou ainda pela angústia decorrente da incapacidade em que pode encontrar-se o paciente enfermo. Contudo, não significa, necessariamente, que o paciente esteja acometido de doença ou enfermidade incurável em fase terminal, visto que não há, no caso, a intenção em esperar pela morte naturalmente, mas sim antecipá-la.

3.2.2 Suicídio assistido

Há quem defenda o suicídio assistido como meio garantidor da morte digna, pelo qual o próprio paciente põe fim à sua vida sob a orientação de terceiro ou profissional da saúde.[156]

No suicídio assistido, é o próprio enfermo quem procura ajuda para pôr fim à própria vida, normalmente um médico.[157] É semelhante à eutanásia à medida que também requer o consentimento para que seja assim qualificado.[158]

Embora o suicídio seja conduta atípica perante o Código Penal, é criminalizado o suicídio assistido, conforme dispõe o art. 122 do Código Penal:[159] "Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça." Aqui,

---

[154] BRASIL, 2009a.
[155] DINIZ, 2009. p. 382-383.
[156] DINIZ, 2009. p. 373.
[157] MIRANDA, 1998. p. 40.
[158] RIBEIRO, 2012.
[159] BRASIL, 1940.

assim como na eutanásia, o bem a que se pretende tutelar é a vida. Ressalta Diniz:[160]

> O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir a sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isto seria legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite.

Todavia, Ribeiro[161] defende que o suicídio assistido é conduta atípica perante o Código Penal, e encontra fundamento no consentimento do paciente para a excludente da ilicitude. Para ele, "é possível que se alegue até mesmo uma excludente de tipicidade — seja do crime de homicídio ou de participação em suicídio — porque o médico não passaria, nesses dois casos, de uma longa manus do paciente."

A respeito da atipicidade dessa conduta, leciona o autor:[162]

> Bem próximo da eutanásia está o suicídio assistido; mas não se confundem. Nem o suicídio assistido se confunde com a indução, instigação ou auxílio ao suicídio, crime tipificado no artigo 122 do Código Penal. Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge diretamente a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é conseqüência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro.

Este não é o entendimento esposado por Borges, que elenca o instituto como simples auxílio ao suicídio, com previsão no Código Penal. Quem dá causa à morte é a própria vítima. Todavia, se houver do paciente a solicitação de ajuda para morrer, poderá ser caracterizada a eutanásia.[163] Na definição da autora:[164]

> Ocorre com a participação material, quando alguém ajuda a vítima a se matar oferecendo-lhes meios idôneos para tanto. Assim, um médico, enfermeiro, amigo ou parente, ou qualquer outra pessoa, ao deixar disponível e ao alcance do paciente certa droga em dose capaz de lhe causar a morte, mesmo com solicitação deste, incorre nas penas de auxílio ao suicídio. A vítima é quem provoca, por atos seus, sua própria morte. Se o

[160] DINIZ, 2009. p. 22.
[161] RIBEIRO, 2012.
[162] RIBEIRO, 2012.
[163] BORGES, 2007. p. 235.
[164] BORGES, 2007. p. 235-236.

> ato que visa à morte é realizado por outrem, este responde por homicídio, não por auxílio ao suicídio. A solicitação não afasta a ilicitude da conduta.

Ressalta-se que no suicídio assistido não há qualquer ligação direta com a ocorrência de enfermidade incurável, em fase avançada ou terminal. Pode o agente cometê-lo baseado apenas no seu sofrimento, físico ou psíquico, sendo possível, ainda, que essa pessoa não possua nenhuma doença terminal.[165]

3.2.3 Distanásia

A distanásia, em situação oposta à eutanásia, trata-se de instituto que visa ao prolongamento artificial do processo de morte, que frequentemente causa sofrimento ao paciente[166]. Não se propõe, aqui, amenizar a dor e o sofrimento do paciente, apenas mantê-lo vivo, ainda que não reste a essa pessoa qualquer chance de cura ou melhora em seu quadro clínico.

A definição de distanásia é encontrada nos ensinamento de Pessini:[167]

> Trata-se de um neologismo de origem grega, em que o prefixo *dys* tem o significado de 'ato defeituoso'. Portanto, distanásia, etimologicamente, significa prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente. O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento fútil e inútil, que tem como conseqüência uma morte medicamente lenta e prolongada, acompanhada de sofrimento. Com essa conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer.

No mesmo sentido, complementa Silva[168] a respeito da distanásia:

> A distanásia, também conhecida como furor terapêutico (*acharnement thérapeutique*) ou obstinação desarrazoada (*obstination déraisonnable*), é toda ação, toda intervenção ou todo procedimento médico que não se sujeita ao objetivo de beneficiar o paciente em fase terminal, prolongando sofrida e inutilmente o processo de morrer.

O enfoque dado à futilidade, nesse caso, está muito mais relacionado aos "usos da intervenção a ser realizada" do que às "qualidades ou defeitos inerentes da

---

[165] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 83.
[166] PESSINI, Leocir. **Distanásia:** até quando prolongar a vida? São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2001.
[167] PESSINI, 2001. p. 30.
[168] SILVA, 2003. p. 66.

intervenção."[169] Desse modo, "os tratamentos não são nunca fúteis por si, mas fúteis em relação a alguma coisa", ou melhor, somente podem ser considerados fúteis "em relação aos objetivos particulares que pretendiam atingir ou pelo menos quais podem ser usados como instrumentos."[170]

A exemplo de categorização de tratamentos fúteis, enumera Pessini:[171]

> [...] quando não atingem os objetivos de adiar a morte; prolongar a vida; melhorar, manter ou restaurar a qualidade de vida; beneficiar o paciente; beneficiar o paciente como um todo; melhorar o prognóstico; melhorar o conforto do paciente, bem-estar ou estado geral de saúde; atingir determinados efeitos fisiológicos; restaurar a consciência; terminar a dependência de cuidados médicos intensivos; prevenir ou curar doença; aliviar o sofrimento; aliviar os sintomas; restaurar determinada função; e assim por diante.

Nesse diapasão, deve-se observar qual é o enfoque dado ao tratamento pretendido ─ ordinário ou extraordinário ─ e a sua proporcionalidade, ou seja, quais os benefícios e utilidades previstos em cada caso concreto.[172]

Outro ponto a se considerar, para fins de reflexão, diz respeito às precárias condições de vida e saúde vivenciadas em muitas sociedades: como se pode falar em distanásia sem lembrar que as obstinações terapêuticas sequer fazem parte da realidade para muitos países, em que as precárias condições de saúde e higiene mostram-se tão evidentes? Conforme Silva:[173]

> Na América Latina, falar de distanásia, sem falar do descaso pela vida humana, ceifada antes do tempo, parece um discurso deslocado. Ocorre que refletir sobre a dignidade do processo de morrer implica a reflexão sobre viver uma vida com dignidade. Eis aqui outro grande desafio do biodireito, disciplinar o processo de morrer com dignidade num contexto em que novos fármacos e novos aparelhos biométricos asseguram, artificialmente, a persistência da vida humana agonizante ou vegetativa sem esperança de cura.

Face aos constantes debates bioéticos, especialmente no meio médico, a prática da distanásia tem sido gradativamente repudiada, sendo objeto, inclusive, de previsão contida no Código de Ética Médica,[174] pelo qual o médico deve evitar a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários, além de

---

[169] PESSINI, 2001. p. 62.
[170] PESSINI, 2001. p. 62.
[171] PESSINI, 2001. p. 62.
[172] PESSINI, 2001. p. 71.
[173] SILVA, 2002. p. 68.
[174] BRASIL, 2009a.

propiciar aos seus pacientes todos os cuidados paliativos apropriados para cada caso em específico.

3.2.4 Ortotanásia

Em contraponto à distanásia, surge a figura da ortotanásia, que etimologicamente significa morte correta: *orto*: certo, *thanatos*: morte. Em situação que se assemelha bastante ao conceito originário de eutanásia, ortotanásia significa deixar o processo morte seguir o seu curso natural, sem prolongá-la artificialmente, sendo apenas o médico agente capaz de realizá-la. Assim, o médico deixa de agir para o prolongamento artificial da vida do paciente, que já se encontra em processo natural de morte.[175]

A ortotanásia não implica no abreviamento da vida, no ato deliberado em ceifar a vida sofrida do paciente, mas sim na não utilização de meio que venha a prolongar essa vida inutilmente, pela imposição de tratamento fútil que em nada propiciará a melhora ou a cura do paciente. Ou seja, "na ortotanásia não há deliberação de provocar a morte, mas a cessação de ato que venha a prolongar a vida."[176]

Verifica-se, portanto, que não se trata se auxílio à morte, ou, ainda, do encurtamento da vida, pois o médico não está intervindo nesse processo, apenas deixa-o evoluir naturalmente. Além disso, o médico não é obrigado a prolongar a vida do paciente além da sua expectativa natural sem que este o tenha requerido.[177]

A ortotanásia decorre da necessidade do indivíduo em ter garantida a sua vida e morte dignas, de acordo com seus padrões preestabelecidos, e da sua autonomia para decidir acerca das intervenções médicas a que pretende se submeter. Destaca-se que a dignidade não é algo negociável, a que o indivíduo possa ou não abdicar, mas a algo que é essencial à sua própria existência. De acordo com Sarlet:[178]

> Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser

[175] BORGES, 2005.
[176] DINIZ, 2009. p. 384
[177] BORGES, 2005.
[178] SARLET, 2001. p. 106.

> humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Outro ponto a se considerar é que a morte faz parte da condição de ser humano, é inerente à própria existência humana. Considerando essa premissa, é perfeitamente natural que chegue o momento em que determinado tratamento seja considerado inútil ou fútil, visto que, independente dos esforços envidados pelo médico, a morte ocorrerá. Para Pessini:[179]

> Chegará um momento em nossa vida no qual os tratamentos serão fúteis. Atingir-se-á o limite final das capacidades médicas. A administração humana da morte é a responsabilidade final mais exigente para o médico, que é convidado a reconhecer em seu paciente uma limitação inerente à ciência e à arte da medicina: nossa condição de seres mortais e finitos.

No momento em que a morte é inevitável, decorrente do processo natural da evolução humana, esclarece Borges:[180]

> O princípio da não-futilidade exige o respeito pela dignidade da vida. O respeito pela dignidade da vida exige o reconhecimento de que 'tratamentos' inúteis ou fúteis apenas prolongam uma mera 'vida biológica', sem nenhum outro resultado. A não-intervenção, desejada pelo paciente, não é uma mera eutanásia, com a provocação da morte ou aceleração desta: é o reconhecimento da morte como elemento da vida humana; é da condição humana ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra sem o recurso a meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia.

O tratamento médico despendido deve ser aquele suficientemente apropriado para solucionar ou amenizar o problema, sem, contudo, utilizar-se de "malabarismos milagrosos" para ludibriar a morte. Para isso se presta a ortotanásia, que na definição de Martin:[181]

> A ortotanásia permite ao doente que já entrou na fase final de sua doença, e àqueles que o cercam, enfrentar seu destino com certa tranqüilidade porque, nesta perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito este fato que a cultura ocidental

[179] PESSINI, 2001. p. 60.
[180] BORGES, 2007. p. 233.
[181] MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

> moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, entre manter a vida ─ quando isto for o procedimento correto ─ e permitir que a pessoa morra ─ quando sua hora chegou.

Não se trata, pois, da diminuição da vida, pois o médico tem o dever de promover todos os esforços no tratamento de seu paciente, evitando-lhe a dor. Todavia, quando não há mais perspectiva de cura ou melhora do estado de saúde do paciente, enfatiza Borges:[182]

> O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com o direito de morrer. O direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, refere-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. Esse tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio ao suicídio, que são intervenções que causam ou antecipam a morte. Não se trata de defender qualquer procedimento que antecipe ou cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação.

Quanto à diferença entre a eutanásia e a ortotanásia, Chimenti e outros[183] preceituam que na eutanásia há “a interrupção da continuidade biológica”, pois considera que “a pessoa tem condições de continuar sobrevivendo”. Já quanto à ortotanásia, ressaltam os autores que quando a pessoa não tem condições de continuar vivendo por si só “não há falar em interrupção da vida biológica”. Dessa forma, elencam como prática ortotanástica o desligamento de aparelhos para a sustentação da vida artificialmente.

Esse entendimento não é uníssono entre os autores, pois, conforme já abordado, pode-se, nesse caso, restar comprovada a eutanásia.

A ortotanásia foi regulamentada no Brasil por meio da Resolução nº 1.805, de 9 de novembro de 2006, do Conselho Federal de Medicina. Todavia, até 1º de dezembro de 2010, esteve com sua eficácia suspensa por decisão liminar do M. Juiz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal. Na decisão, o juiz federal julgou improcedente o pedido e revogou a tutela anteriormente concedida, por entender não haver qualquer ilegitimidade ou ilegalidade na referida resolução.

---

[182] BORGES, 2001. p. 284-285.
[183] CHIMENTI, 2008. p. 62.

No que tange à fundamentação da decisão aprazada, no próximo capítulo serão explanadas as suas principais considerações, as quais se constituíram em grande relevância para a regulamentação do testamento vital no Brasil.

4 DO TESTAMENTO VITAL

Neste último capítulo estudar-se-á o Testamento Vital, tema específico desta monografia. Serão discutidas a origem dessa terminologia, sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro e a legislação correlata, visando a responder o questionamento do presente trabalho: qual a validade e eficácia do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro?

Para isso, utilizar-se-á como referências o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2002) e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina n^{os} 1.805/2006, 1.931/2009 e 1.995/2012, assim como as abordagens de Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Luciana Dadalto Penalva, Léo Pessini, Diaulas Costa Ribeiro, e outros.

4.1 A ORIGEM DO TESTAMENTO VITAL E A TERMINOLOGIA ADEQUADA

É reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro o direito de testar, pelo qual a pessoa pode dispor de seus bens após a morte, desde que preenchidos alguns requisitos. De acordo com disposto no art. 1.857, § 2º, do Código Civil[184], "são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado." Conforme o art. 1.858[185] do mesmo diploma legal, "o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo", e dessa circunstância "decorre também a sua alterabilidade e revogabilidade."[186]

Dispõe Coelho:[187]

> O testamento é ato personalíssimo. Isso significa que ninguém pode testar por procurador ou tendo sua vontade fortemente influenciada por outra pessoa. Admite-se, apenas, que o testador possa ser auxiliado, no aclaramento de sua vontade e compreensão dos respectivos efeitos, por alguém de sua confiança ou um profissional da área jurídica.

Além das disposições supramencionadas, possui o testamento a característica da formalidade, ou seja, é ato solene, e que "além de requerer forma

---

[184] BRASIL, 2002.
[185] BRASIL, 2002.
[186] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5. p. 285.
[187] COELHO, 2006. v. 5. p. 285.

escrita está rodeado de requisitos *ad substantiam*, cuja inobservância torna nula a manifestação de última vontade."[188]

Colhe-se de Diniz:[189]

> A exigência da estrita observância dessas formalidades legais tem por escopo garantir a autenticidade do testamento e preservar a vontade livre do testador, possibilitando, na elaboração do testamento, a identificação do testador com a declaração por ele feita, a espontaneidade da expressão volitiva de última vontade [...].

As espécies de testamento previstas no Código Civil[190] estão elencadas nos arts. 1.862 e 1.886, que tratam, respectivamente, das espécies de testamentos ordinários ─ público, cerrado e particular ─ e extraordinários ─ marítimo, aeronáutico e militar. De acordo com o art. 1.887, não se admite na ordenação jurídica brasileira outros testamentos além dos referidos, assim como também "proíbe forma híbrida nas disposições testamentárias."[191]

No que diz respeito à capacidade para testar, leciona Venosa:[192]

> Há uma capacidade especial para testar que não se confunde com a capacidade em geral para os atos da vida civil. Quando a lei regula diferentemente a aptidão para determinados atos, trata-se, na verdade, de legitimação para o ato, em terminologia destacada da teoria do processo.

Venosa acrescenta que algumas restrições são aplicadas a certas formas de testamento, ou ao alcance das disposições testamentárias.[193] Todavia, esclarece o autor:[194]

> Para a prática de qualquer ato jurídico, primeiramente verifica-se a existência da capacidade em geral; uma vez existente esta, verificar-se-á se, para o ato em questão, a lei (ou mesmo a vontade da parte, quando isto é possível) não lhe tirou a capacidade. A regra geral é a capacidade.

O art. 1.860 do Código Civil[195] estabelece que "além dos incapazes, não

---

[188] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. p. 233.
[189] DINIZ, 2012. v. 6. p. 233-234.
[190] BRASIL, 2002.
[191] DINIZ, 2012. v. 6. p. 235.
[192] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 7. p. 187.
[193] VENOSA, 2009. v. 7. p. 187.
[194] VENOSA, 2009. v. 7. p. 187-188.
[195] BRASIL, 2002.

podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento." Verifica-se, dessa forma, que não há óbice para que os maiores de 16 anos possam testar.[196] Acrescenta Coelho a respeito da capacidade:[197]

> Exige-se, para a validade da declaração mortuária, que o testador esteja em seu pleno discernimento, isto é, no domínio das faculdades mentais. Não basta ser capaz, para validamente dispor sobre a destinação *post mortem* dos próprios bens; é indispensável que, ademais, não esteja o testador sem consciente controle de sua vontade. (CC, art. 1.860).

Sobre os efeitos do testamento, leciona Venosa:[198]

> Os efeitos do negócio principiam unicamente após a morte do testador. Seja qual for o momento em que a vontade tenha sido emitida, é sempre a vontade extrema do testador, *sua última vontade*, por maior que tenha sido o intervalo entre a manifestação volitiva e sua eficácia. (grifos do autor)

Destaca o autor que "a vontade testamentária é *ambulatória*, [...] pois sempre haverá possibilidade de o ato de última vontade ser revogado ou alterado, enquanto vivo e capaz o testador."[199]

Além das espécies de testamentos mencionadas, permite também o Código Civil[200] a elaboração de codicilo (art. 1.881), que "vem a ser o ato de última vontade pelo qual o disponente traça diretrizes sobre assuntos pouco importantes, despesas e dádivas de pequeno valor,"[201] podendo conter, também, disposições sobre o próprio enterro e doações de pouca monta.

Feitas as considerações supracitadas, passa-se a traçar as características da figura do Testamento Vital, como instrumento garantidor da autonomia da vontade do paciente quanto aos critérios por este estabelecidos para as intervenções médicas a si aplicadas, quando se encontrar em fase terminal de doença e não puder manifestar-se espontaneamente. As considerações apresentadas sobre testamentos, colhidas do Código Civil e da doutrina, muito embora se refiram especialmente às espécies de testamento elencadas no código, são trazidas a lume nas discussões a respeito do tema proposto.

Preliminarmente, destaca-se que a nomenclatura utilizada para esse

---

[196] VENOSA, 2009. v. 7. p. 188.
[197] COELHO, 2006. v. 5. p. 285.
[198] VENOSA, 2009. v. 7. p. 180.
[199] VENOSA, 2009. v. 7. p. 180.
[200] BRASIL, 2002.
[201] DINIZ, 2012. v. 6. p. 242.

instituto é equivocada, cabendo melhor o uso da expressão “Diretivas Antecipadas de Vontade”, e não “Testamento Vital”. Isso porque, com o uso da palavra “testamento”, pode-se incorrer em erro quanto aos efeitos produzidos por este, que somente se concretizam após a morte do testador, o que não é válido para aquela expressão. No testamento, “o evento morte [...] é pressuposto necessário de sua eficácia.”[202] No entanto, Testamento Vital é a expressão mais corrente entre os estudiosos dessa temática, motivo pelo qual é adotada no presente trabalho.

Também conhecido por “testamento biológico, testamento em vida, *living will*, *testament de vie*”, muito embora somente agora tenha sido regulamentado no Brasil, é utilizado como documento válido desde a década de 1970 nos Estados Unidos da América.[203]

O documento teve origem com o *Natural Death Acts* e com o *Terminally Ill Acts*, que constituem leis sobre a morte natural e sobre o doente terminal, promulgadas por quarenta e dois Estados norte-americanos. Nos referidos documentos, há a previsão da elaboração de uma “declaração concernente ao fim da vida”, a qual prevê, também, a designação de mandatário para garantir que a vontade manifestada pelo signatário seja respeitada quando este não puder mais exprimi-la.[204]

Colhe-se de Borges[205] a definição dada a esse instituto:

> O testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não-tratamento, como vontade do paciente, que pode vir a estar impedido de manifestar sua vontade em razão da doença.

Ao contrário dos testamentos em geral, o testamento vital não possui forma específica. Todavia, algumas das características mais correntes são enumeradas por Dias:[206]

> O testamento vital não tem as mesmas características dos testamentos tradicionais, que são disposições para vigorarem após a morte do testador.

---

[202] GONÇALVES, 2012. v.1. p. 332.
[203] BORGES, 2007. p. 240.
[204] VIEIRA, 1999. p. 82.
[205] BORGES, 2007. p. 240.
[206] DIAS, 2011. p. 379.

> É preciso que o paciente expresse sua vontade antes de perder a capacidade civil, por meio de escritura pública ou documento particular autêntico, devendo a manifestação estar acompanhada de declaração do médico assistente que ateste sua plena capacidade. O documento deve ser mantido aberto, para o conhecimento da família, dos médicos ou de um amigo. Também o paciente pode nomear um procurador para que tome as providências necessárias ao cumprimento das suas determinações.

Há quem diferencie, ainda, a nomenclatura utilizada para cada caso concreto:

> **Testamento vital** é o documento que contém disposições sobre a assistência médica a ser prestada a paciente terminal, enquanto **diretivas antecipadas** são disposições sobre tratamentos médicos em geral, dos quais o paciente pode se recuperar ou não. Também se distingue o **consentimento informado**, como a manifestação dos pacientes capazes, em oposição às chamadas diretivas antecipadas a serem levadas a efeito quanto aos pacientes incapazes.[207] (grifos do autor)

A autonomia do paciente na elaboração das suas diretivas antecipadas de vontade encontram respaldo na sua liberdade, dignidade e autonomia. A esse respeito, dispõe Dias:[208]

> O princípio da liberdade e o direito à intimidade precisam garantir o direito de escolha, como um dos ingredientes dos direitos da personalidade. Em respeito à autonomia privada há a necessidade de se permitir a livre manifestação de vontade visando limitar a intervenção médica não-curativa em certas situações terminais ou de inconsciência irreversível. Atende o dever de respeito ao princípio da autonomia da vontade autorizar a interrupção de **esforços terapêuticos** no caso de pacientes em estado vegetativo persistente ou em fase terminal de doenças incuráveis. A morte digna é também um direito humano e compreende a morte rápida, fulminante, sem dor, sem angústia. (grifos do autor)

Os fundamentos para que alguém deseje declarar previamente sua vontade se justificam à medida que esta declaração possui o condão de "evitar os procedimentos médicos desmedidos, evita que o médico seja processado por não ter oferecido tratamento a paciente em fase terminal, conforme solicitado por este no documento."[209] Acrescenta Szaniawski:[210]

> O direito à integridade física [...] confere ao seu titular o poder de pôr fim aos atos materiais praticados por alguém contra seu corpo, tendo o

[207] DIAS, 2011. p. 379.
[208] DIAS, 2011. p. 378.
[209] BORGES, 2007. p. 240.
[210] SZANIAWSKI, 2005. p. 471.

> indivíduo o poder de evitar ou fazer cessar qualquer ato atentatório contra seu corpo ou sua saúde.

Para Ribeiro,[211] a suspensão dos esforços terapêuticos, nos casos de tratamentos fúteis, visa pôr fim ao que ele chama de "encarniçamento terapêutico" ou "distanásia", ou seja, possuem o condão de pôr fim "à teimosia em se adiar a morte, como se isso fosse bom e possível para sempre." Ainda conforme o autor, com a suspensão dos esforços terapêuticos, "o paciente não morre de uma dose de cloreto de potássio ou de adrenalina. Morre da própria doença, da falência da vida, que só é eterna na visão perspectiva de algumas religiões."[212] Todavia, para que seja possível aplicar a suspensão do esforço terapêutico é necessário que o paciente tenha se manifestado para tal, preferencialmente antes da perda da sua capacidade civil.[213] Esclarece o autor[214] sobre as alternativas apresentadas para a manifestação da vontade do paciente:

> A *primeira*, uma escritura pública feita em cartório, na qual o paciente declara não aceitar o encarniçamento terapêutico. Não aceita ser mantido vivo por aparelhos, especificando, ainda, que tipo de tratamento aceita. A *segunda*, uma declaração escrita em documento particular, numa simples folha de papel assinada, de preferência com firma reconhecida. Nesses dois casos temos os *testamentos vitais*, também chamados *living will, disposiciones antecipadas, testamentos biologicos ou testament de vie*. É evidente que, em qualquer dos sistemas onde estão vigentes, inclusive no Brasil, os testamentos vitais não têm os requisitos de um testamento tradicional (a ser cumprido após a morte). Ao contrário destes, devem ser mantidos abertos, ao conhecimento da família, dos médicos ou de um terceiro, a quem o paciente pode nomear para tomar, nessas matérias, decisões não incluídas no testamento.
> Finalmente, há uma solução para quem não teve oportunidade de fazer um testamento vital, mas que disse a amigos que rejeitaria o esforço terapêutico em caso estado [sic] vegetativo persistente ou de doença terminal. Nesse caso, é necessário reproduzir prova válida dessa vontade do paciente, o que demandaria processos judiciais longos, como ocorreu com Nancy Cruzan e Terri Schiavo. (grifos do autor)

Reza a história que as questões sobre tratamentos fúteis tiveram sua origem na Grécia antiga, com Platão e Hipócrates, que debatiam sobre a "resposta apropriada dos médicos a pacientes em face dos limites da medicina."[215] À época, "o médico tinha o dever de não utilizar um tratamento quando a aplicação da arte médica fosse inútil para curar uma doença prolongada, restaurar funções, aprimorar

[211] RIBEIRO, 2005.
[212] RIBEIRO, 2005.
[213] RIBEIRO, 2005.
[214] RIBEIRO, 2005.
[215] PESSINI, 2001. p. 77.

a qualidade de vida ou impedir a morte."[216] Doutra face, "o paciente virtuoso não solicitaria uma intervenção médica nessa circunstância, mas, se ele o fizesse, mesmo sendo extremamente rico, o médico era obrigado a recusar."[217]

Na atualidade, outras são as circunstâncias que levam a medicina a tomar rumo diverso:

> Em contraste com a prática da medicina na antiga Grécia, na atualidade reconhece-se de imediato que o conhecimento, a competência, a tecnologia, o diagnóstico, os procedimentos terapêuticos e os medicamentos disponíveis evoluíram muito, e, com eles, o compromisso com a cura.[218]

Ainda que os procedimentos aplicados na antiga Grécia não possam ser comparados aos dos tempos hodiernos, a problemática envolvendo a futilidade terapêutica permanece.

Para contextualização, traz-se à baila o relato da Professora Doutora do Instituto de Psicologia da USP, Maria Júlia Kovács, Consultora do Centro Oncológico de Recuperação e Apoio, em que presenciou situação que ilustra a tentativa em prolongar a vida de um paciente portador de câncer, a qual reflete com propriedade o quanto a obstinação terapêutica afronta a liberdade, autonomia e dignidade do indivíduo:

> Sr. X, 84 anos de idade, portador de um câncer controlado, problemas cardíacos, pressão alta, teve diversos episódios de angina e alguns enfartes, tendo sido constatada uma obstrução em pontos importantes de suas artérias. O paciente, consciente, pede que não se tente nenhuma intervenção, sente que viveu o suficiente e gostaria de morrer em paz. O seu médico, que o acompanhava há muitos anos, concordou com este pedido. Entretanto, outros membros da equipe médica do hospital decidem realizar um procedimento de cateterismo, convencendo o paciente de que este exame era simples e poderia dar melhor indicação do seu quadro, possibilitando talvez uma desobstrução das artérias entupidas. Mesmo contra a sua vontade o exame foi realizado, e por uma intercorrência, que parece não ser tão rara nestes casos, sofreu um derrame que o deixou praticamente totalmente paralisado. Este procedimento teve conseqüências graves, e este homem sobreviveu nestas condições por mais dois anos. Por ocasião de uma piora do seu quadro foi hospitalizado e conduzido à UTI, onde foram realizadas diversas manobras de sobrevivência. A última imagem que tivemos, um pouco antes de sua morte, foi aquela que chamamos de "Frankenstein" do século XX. Havia tubos por todos os orifícios de seu corpo, todas as atividades vitais eram realizadas por máquinas, as mãos estavam amarradas, da sua boca torta saía o tubo do respirador, com seu ruído constante. O único meio de comunicação que lhe

[216] PESSINI, 2001. p. 77.
[217] PESSINI, 2001. p. 77.
[218] PESSINI, 2001. p. 77.

> restava eram os olhos, que expressavam profunda tristeza, e dos quais rolavam lágrimas.[219]

Situações como essa, infelizmente, não são raras. Pudesse esse mesmo senhor ver sua vontade aceita, talvez não tivesse tantos anos a mais de sobrevida, mas certamente estaria rodeado por seus familiares e amigos, sendo tratado com a dignidade que merece e com o fornecimento de todos os tratamentos paliativos para amenizar sua dor e sofrimento. Certamente, este seria o retrato de uma morte em paz e com dignidade.[220]

De acordo com Miranda:[221]

> Se o verdadeiro bem da pessoa enferma exige fazer "todo o possível", isso significa também fazer "apenas o que é possível": fazer tudo aquilo que verdadeiramente beneficie a pessoa, evitando aquilo que é fútil, inútil ou danoso.

Os aparatos tecnológicos são colocados à disposição da medicina para a promoção da saúde das pessoas. Com o uso exagerado e desmedido, esse benefício pode vir a afetar a dignidade da pessoa. Transcorre Borges:[222]

> Esses avanços são notados sobretudo quanto ao controle da morte. Biologicamente, pessoas podem ser mantidas em funcionamento indefinidamente, de forma artificial, sem nenhuma perspectiva de cura ou melhora. Alguns procedimentos médicos, em vez de curar ou de propiciar benefícios ao doente, têm apenas prolongado o processo de morte.
> [...] Há situações em que os tratamentos médicos se tornam um fim em si mesmos e o ser humano é simplesmente ignorado. A atenção tem seu foco no procedimento, na tecnologia, não na pessoa que padece. Nessas situações o paciente sempre está em risco de sofrer medidas desproporcionais, pois os interesses da tecnologia deixam de estar subordinados aos interesses do ser humano.

Para essas e outras situações em que a pessoa torna-se incapaz de tomar suas próprias decisões, é que se enfrenta a necessidade da aceitação do Testamento Vital como documento válido para garantir a escolha do paciente.

---

[219] KOVÁCS, 2012.
[220] KOVÁCS, 2012.
[221] MIRANDA, 1998. p. 15.
[222] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 284.

Serrão,[223] em análise cética acerca do instituto do Testamento Vital, faz a ressalva:

> O instituto jurídico do consentimento para atos médicos impõe uma informação prévia, dada à pessoa doente pelo médico responsável pelo tratamento ou intervenção que propõe; e esta informação tem de ser completa, verdadeira, compreensível pela pessoa e respeitante à situação clínica concreta em que a pessoa doente se encontra.

A preocupação sobre a extensão dos efeitos permitidos pela declaração do paciente é um dos motivos para que o Testamento Vital ainda seja encarado com receio pela sociedade. Todavia, as disposições nele contidas não poderão nunca ferir o ordenamento jurídico pátrio, nem atentar contra a própria vida ou integridade do paciente, sob pena de nulidade. Também o médico observará as circunstâncias que permitam a sua aplicabilidade, de acordo com os seus deveres éticos, inerentes à própria profissão. Não pode o médico proceder à eutanásia, ainda que a pedido do paciente, assim como também não deve "medir esforços para suavizar a dor de seu paciente."[224]

Destaca Diniz:[225]

> Se o médico entender que o paciente tem condições de sobrevida deve proceder à reanimação. Caso contrário, se algum dos familiares insistir na manobra reanimadora, o médico deverá fazê-la, mas compete-lhe decidir sobre o uso desta ou daquela medida extraordinária. É preciso esclarecer que o tempo de sobrevida, o seu benefício social ou o bem para a família do paciente devem ser sopesados na decisão de oferecer, ou não, terapêutica médica extraordinária. Mas os cuidados ordinários devem ser mantidos, pois a doença deve ser tratada e a dor sanada, afastando-se, assim, a eutanásia e permitindo-se que o paciente morra naturalmente e com dignidade.

Enquanto nos tempos remotos a medicina intervinha dentro dos limites e condições tecnológicas aplicadas à época, hoje os médicos possuem um aparato tecnológico que, muitas vezes, é capaz de manter a vida artificialmente de um paciente por vários e vários anos. Ou ainda prolongar o processo da morte, que não raramente vai de encontro às necessidades do paciente, que sofre e padece. Essa é

---

[223] SERRÃO, Daniel. Testamento Vital: a humanização da morte. **Boletim da Ordem dos Advogados**, n. 71, out./2010. p. 34-35. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Ba1e859a0-ac71-4f39-9c37-f31ef37da458%7D.PDF>. Acesso em: 14 out. 2012.
[224] DINIZ, 2009. p. 381.
[225] DINIZ, 2009. p. 397.

a preocupação externada por Pessini:[226]

> Até onde a medicina deve intervir no alívio do sofrimento? Essa questão começa a ser inquietante hoje e será ainda mais no futuro, à medida que a medicina tiver de trabalhar os seus deveres, bem como os limites de tais deveres para com os que sofrem. O sofrimento, particularmente quando ligado à condição de uma determinada doença terminal ou crônica, suscita nos pacientes questões sobre o sentido da vida, o bem e o mal, a trajetória pessoal e o destino - questões de cunho espiritual ou filosófico, que por sua natureza não são médicas.

As discussões no âmbito desse contexto tornaram-se não só de ciência, mas também de valor.[227]

Agravado pela polêmica situada, sobretudo, nos temas que envolvem a terminalidade da vida, tais como a eutanásia e a ortotanásia - principalmente pelas confusões geradas entre esses dois conceitos - o Poder Legislativo não abordou, especificadamente, sobre o Testamento Vital. Destaca Pessini:[228]

> Quando a bioética começou a discutir a decisão apropriada de tratamento no final da vida, ficou claro que a questão de não aplicar ou descontinuar tratamentos sustentadores de vida não podia ser respondida em definitivo de uma perspectiva exclusivamente médica ou científica.

Diante dessa omissão, coube ao Conselho Federal de Medicina publicar resolução a respeito da permissibilidade da ortotanásia e das disposições de última vontade de pacientes terminais. As disposições dessas regulamentações serão abordadas nos tópicos seguintes.

4.2 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A feitura do Testamento Vital visa a evitar a promoção de tratamentos médicos fúteis, desproporcionais quanto à medida tomada e aos benefícios causados, em ato atentatório à dignidade da pessoa. Para tanto, deve o indivíduo estabelecer suas diretrizes antecipadas de vontade, nas quais esclarece, junto com médico de sua confiança, os tratamentos que deseja ou não se submeter quando encontrar-se em estágio avançado de doença terminal.

O processo de decisão sobre a assistência médica prestada, mediante o

[226] PESSINI, 2001. p. 58.
[227] PESSINI, 2001. p. 73.
[228] PESSINI, 2001. p. 73.

consentimento informado ou a recusa de consentimento, diz respeito à capacidade e ao direito de agir autonomamente do indivíduo, como ser capaz que é. Explica Araújo:[229]

> Pôs-se em relevo a correlação do "consenso informado" com a faculdade do paciente não apenas de escolher entre as diversas possibilidades de tratamento médico, mas também de eventualmente rejeitar a terapia e de decidir interrompê-la, seja em que fase da vida estiver, terminal ou não. Assim, a rejeição à terapia médico-cirúrgica, ainda quando possa conduzir à morte, não poderia ser confundida com a eutanásia, ou seja, com um comportamento que se destina a abreviar a vida, causando positivamente a morte. Significaria a escolha de que a doença siga seu curso natural. Por isso, na presença de uma determinação autêntica e genuína do interessado no sentido de rejeitar a cura, o médico não poderia dar seguimento ao tratamento, ainda que a omissão da intervenção terapêutica possa ocasionar perigo de agravamento do estado de saúde do doente e a morte.

As diretrizes previamente estabelecidas são de suma relevância para as situações em que o paciente não puder mais exprimir a sua vontade, de modo a permitir que familiares e amigos do enfermo possam oferecer subsídios para nortear a decisão do profissional médico, sobretudo quando realizado por escrito, respeitando-se:

> Em qualquer das hipóteses de disposição de partes do corpo os limites da autonomia privada devem ser observados, ou seja, o ato não pode ultrapassar o que é permitido pela Constituição Federal, pelas leis, pela ordem pública, além de observar a dignidade humana como valor fundamental de todos os atos jurídicos. A declaração de vontade deve ser feita, preferencialmente, de forma escrita, e deve estar detalhada quanto à extensão do ato de disposição, sua finalidade, o âmbito de intervenção a ser feita no corpo, dentre outros aspectos.[230]

Não se busca defender a todo custo o direito de morrer, como dito alhures, pela prática da eutanásia ativa ou passiva, repudiada no ordenamento jurídico brasileiro.

O Testamento Vital direciona-se à autorização específica e declarada para a prática da ortotanásia, que visa a “proporcionar ao paciente irrecuperável uma morte digna, mediante a não utilização de métodos e medicamentos

---

[229] ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O direito de morrer: o caso Eluana Englaro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2099, 31 mar.2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12557>. Acesso em: 8 out. 2012.
[230] BORGES, 2007. p. 173.

extraordinários, evitando-se, assim, a distanásia [...].”[231] No posicionamento de Pessini:[232]

> A luta contra a morte, em muitas de suas manifestações, é um objetivo importante da medicina, mas sempre deve existir uma tensão saudável entre isso e o dever da medicina de aceitar a morte como destino de todos os seres humanos. O tratamento médico deve ser usado de tal forma que aumente a possibilidade de uma morte em paz.

No processo de validação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, há que se considerar que a proteção dos direitos à saúde é tutelada pelo Estado, conforme disposto nos arts. 196 a 200 da Constituição Federal. Segundo Diniz,[233] “as atividades médicas, que envolvem a vida e a saúde física e mental, deverão sujeitar-se à tutela estatal e aos ditames da legislação. Além disso, haverá responsabilidade civil e penal médica pelos danos causados ao paciente.”

Esclarece Penalva[234] quanto aos limites a serem observados pela pessoa quando da realização documento:

> Importante verificar os limites que a doutrina aponta à declaração prévia de vontade do paciente terminal: a objeção de consciência do médico; a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico; e disposições contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento, superadas pelo avanço da medicina.

Com isso, pode-se constatar que não pode o indivíduo elencar disposições no documento que afrontem à ordem jurídica ou a sua própria vida:

> Quanto à proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, a principal preocupação é com as que incitem a prática da eutanásia. A eutanásia – ativa ou passiva – é proibida no Brasil, bem como na maioria dos países ocidentais. Todavia, aprioristicamente, salta aos olhos a semelhança entre a previsão de suspensão de esforço terapêutico na declaração prévia de vontade do paciente terminal e a eutanásia passiva consentida.[235]

A observação quanto à afronta aos ditames legais fica, portanto, a cargo

---

[231] SANTOS, Luara; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Testamento Vital: Diretrizes para uma morte digna. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIV, n. 319, p. 14-16, abr. 2010. p. 16.
[232] PESSINI, 2001. p. 59.
[233] DINIZ, 2009. p. 155.
[234] PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/515/516>. Acesso em: 18 abr. 2011. Também disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf>.
[235] PENALVA, 2011.

do profissional da medicina, que possui a capacitação técnica suficiente para analisar cada caso concreto.

4.2.1 Dos fundamentos jurídicos e normativos correlatos

A temática envolvendo a terminalidade da vida, dada à sua complexidade, é enfrentada não só no âmbito das ciências humanas como também pela Igreja Católica. O enfoque hodierno dado à matéria encontra respaldo especialmente nos princípios da dignidade humana, da autonomia, da liberdade e da beneficência. Explana Miranda:[236]

> Em 1980, a *Declaração sobre a eutanásia*, Congregação pela Doutrina da Fé reafirmou aquela doutrina. No parágrafo IV afirmava: 'Na iminência de uma morte inevitável apesar dos meios usados, é lícito tomar conscientemente a decisão de renunciar os tratamentos que procurarão um prolongamento precário e penoso da vida, sem, no entanto, interromper os tratamentos normais dados ao enfermo em casos semelhantes.'
> [...]
> O *Catecismo da Igreja Católica,*[237] de 1992, confirma sinteticamente esta doutrina: 'A interrupção de procedimentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionais' em relação aos resultados esperados pode ser legítima. Em tal caso, renuncia-se a 'fúria terapêutica'. Não se deseja dessa maneira a morte: aceita-se o fato de não poder impedi-la. (grifo do autor)

No Brasil essas discussões são realizadas, mormente, pelo Conselho Federal de Medicina, que, por meio de resoluções, regulamenta as matérias específicas para cada caso. Dentre as abordadas neste estudo, destacam-se as que versam sobre o Código de Ética Médica, a Distanásia e as Diretivas Antecipadas de Vontade dos pacientes.

De acordo com Ribeiro,[238] a suspensão dos esforços terapêuticos está legitimada pela Constituição Federal, pelo Código Civil - "que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos" -, pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90, art. 7º, III) - "que reconhece o direito à autonomia do paciente" - e pelo Código de Ética Médica - "que proíbe o médico de realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora dos casos de emergência médica."

Quanto ao novo Código de Ética Médica,[239] em vigor desde 13 de abril de

---

[236] MIRANDA, 1998. p. 17-18.
[237] Traz o autor: Catechismo dela Chiesa cattolica, n. 2.278.
[238] RIBEIRO, 2005.
[239] BRASIL, 2009a.

2010, vários são os dispositivos em que é vedado ao médico agir sem o consentimento do paciente ou de familiar seu, em desacordo com o respeito à sua liberdade e à sua autonomia, ou praticar ou se omitir, deliberadamente, na intenção de privar a vida do paciente, ainda que a pedido deste:

> DIREITOS HUMANOS
> 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. 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. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.
> [...]
> Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.
> [...]
> RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES
> É vedado ao médico:
> Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.
> Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.
> [...]
> Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
> Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.
> [...]

Nesse passo, pelas inovações trazidas pelo novo código subentende-se "a possibilidade da formalização e validade das diretivas antecipadas entre médico e paciente."[240]

No que tange à ortotanásia, segundo Borges,[241] não é nova a tentativa da sua regulamentação no Brasil:

---

[240] BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar./2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206>. Acesso em: 1º nov. 2012.

[241] BORGES, 2007. p. 237.

> Em 1984, junto com a proposta de reforma da Parte Geral do Código Penal, havia também um anteprojeto para modificar a Parte Especial. A modificação da Parte Especial não ocorreu. Esse anteprojeto Parte Especial do Código Penal brasileiro previa expressamente a ortotanásia, no art. 121, §4º: 'Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão'.

Atualmente, encontra-se em fase de tramitação o Projeto de Lei nº 236/2012,[242] de iniciativa do Senado Federal, com vistas à reforma do Código Penal Brasileiro. Dentre as proposituras, destaca-se a alteração da Parte Especial quanto aos crimes contra a vida, que tem como escopo descriminalizar a prática da ortotanásia no Brasil.[243]

Independentemente de legislação ordinária, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.805/2006, que possibilita ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves ou incuráveis.

A resolução é formada por apenas três artigos, embasados, especialmente, no princípio da dignidade humana, elencado no art. 1º, inciso III, e no art. 5º, inciso III, pelo qual "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante", ambos da Constituição Federal. Propõe a referida resolução:[244]

> Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
> § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
> § 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
> § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
> Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência

[242] BRASIL. Senado Federal. **Projetos e Matérias Legislativas**: PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 236 de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 2 nov. 2012a.
[243] BRASIL. Senado Federal. **Portal de Notícias**: Projeto do Código Penal recebe mais de 200 emendas. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/10/29/projeto-do-codigo-penal-recebe-mais-de-200-emendas>. Acesso em: 2 nov. 2012b.
[244] BRASIL. Resolução CFM nº 1.805, de 9.11.2006. **Conselho Federal de Medicina**: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.

> integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Dos argumentos que a fundamentaram, destacam-se:[245]

> Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual.

Trata, portanto, da permissão da prática da ortotanásia no Brasil, que esteve com sua eficácia suspensa até dezembro de 2010 quando foi, finalmente, julgada legal.

Colhem-se os principais trechos da Decisão proferida pelo Juiz Roberto Luís Luchi Demo, em 1º de dezembro de 2010, nos autos da Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal, a respeito da legalidade da Resolução CFM nº 1.805/2006:[246]

> Decisão:
> Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, *verbis*:
> '[...]
> Nossa posição se resume, brevemente, em três premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam

[245] BRASIL, 2006.
[246] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal. Juiz: Roberto Luís Luchi Demo. Distrito Federal, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em 30 out. 2012.

> com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.
> [...]
> Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal. Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão.
> De outra parte, mesmo que nos dispuséssemos a não fazer uma interpretação constitucional da lei penal e, assim, considerássemos criminosa a ortotanásia, ainda assim parece-nos que a citada norma não mereceria a reprovação que a inicial lhe imprimiu.
> É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema.
> Se considerarmos que a Resolução visa a conferir maior segurança e tranqüilidade ao médico, em face de possíveis posteriores ameaças de ser enquadrado no Código Penal pátrio como homicida ou autor de omissão de socorro, não se poderá objetar o seu poder regulamentar, já que se trata de regramento do ato médico, dos limites do proceder médico em face dos princípios regentes da profissão (autonomia, beneficência, não-maleficência, entre outros), em prol do bem comum, da função social da Medicina e da higidez ética no trato da vida e da morte.
> Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser apurado e constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da 'autorização' prevista na resolução impugnada. Portanto, o Conselho Federal de Medicina não exorbitou de seu poder regulamentar, certo que tem atribuição legal para expedir normas disciplinares da profissão e da conduta médica.
> [...]'
> Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.
> Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO**. (grifos do autor)

Tramita, também, no Senado o Projeto de Lei nº 524/2009,[247] de autoria do Senador Gerson Camata, que dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. A regulamentação da prática da ortotanásia, via do Poder

[247] BRASIL. Senado Federal. **Projetos e Matérias Legislativas**: PLS - Projeto de Lei do Senado, n. 524 de 2009. 2009b. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323>. Acesso em: 1º nov. 2012.

Legislativo, complementa o já disposto na Resolução CFM nº 1.805/2006, porém, de forma bem mais detalhada. Acrescenta, ainda, alguns conceitos para a melhor compreensão do tema, tais como as definições de: pessoa em fase terminal de doença; procedimentos paliativos e mitigadores do sofrimento; cuidados básicos, normais e ordinários; e procedimentos proporcionais, desproporcionais e extraordinários.

4.2.2 Da Resolução CFM nº 1.995/2012

Com a aprovação da Resolução CFM nº 1.805/2006, ampliaram-se os debates para a possibilidade de regulamentação do Testamento Vital no Brasil, que se concretizou por meio da Resolução nº 1.995, de 9.8.2012, do Conselho Federal de Medicina, publicada no *Diário Oficial da União* em 31.8.2012.

A resolução considerou, para sua aprovação, não só a necessidade e a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira, assim como a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face destas. Trouxe, também, na sua fundamentação, as consequências negativas advindas dos novos recursos tecnológicos, as quais "permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios", podendo ser essas medidas antecipadas pelo paciente.[248] Seguem seus dispositivos, *in verbis*:

> 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.

[248] BRASIL. Resolução CFM nº 1.995, de 9.8.2012. **Conselho Federal de Medicina**: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 7 set. 2012c.

> § 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.[249]

A publicação da Resolução traz grandes benefícios não só para a sociedade como um todo, mas também serve de alicerce para o corpo médico, à medida que a declaração externada pelo paciente vale como meio de orientação para as decisões tomadas pelo profissional.

Segundo Pessini,[250] "existem cinco princípios relevantes na atenção aos pacientes terminais: da veracidade, da proporcionalidade terapêutica, do duplo efeito, da prevenção e do não-abandono." Sob esse enfoque, há que se destacar que a declaração prestada pelo paciente servirá de baliza para as decisões médicas e deverá ser respeitada, porém se contiver disposições que colidam com a legislação nacional, esta não será respeitada.

De acordo com Pessini:[251]

> O morrer hoje exige um exame profundo do papel do médico na sociedade. Os médicos são curadores de doenças e ferimentos, preservadores da vida e aliviadores do sofrimento. Os julgamentos médicos envolvem conflitos entre o dever de aliviar o sofrimento e o de preservar a vida, procurando levar em consideração em cada caso: a) o princípio da autonomia do paciente e a obrigação correspondente de respeitar sua escolha; b) o conhecimento sobre se o tratamento médico prescrito é saudável; c) as consequências potenciais de uma diretriz que permita aos médicos agir de maneira tal que se preveja o resultado das mortes de pacientes.

O Testamento Vital dever ser realizado por pessoa capaz, maior de idade, não podendo os pais do menor de idade fazer a opção pelos filhos.[252] Também deve ser realizado por pessoa lúcida e, preferencialmente, quando ainda nem estiver doente, não sendo aconselhável a realização do documento quando o paciente já estiver debilitado, física e psicologicamente. Essa situação pode se agravar ainda

---

[249] BRASIL. Resolução CFM nº 1.995, de 9.8.2012. **Diário Oficial da União**; Poder Executivo, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1, p. 269-270. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=31/08/2012&jornal=1&pagina=269&totalArquivos=272>. Acesso em: 7 set. 2012d.

[250] PESSINI, 2001. p. 211.

[251] PESSINI, 2001. p. 120.

[252] BRASIL. **Jus Brasil**. Notícias: Parlamentares questionam resolução do Conselho de Medicina sobre paciente terminal. Disponível em: <http://camara-dos-deputados.jusbrasil.com.br/noticias/100047138/parlamentares-questionam-resolucao-do-conselho-de-medicina-sobre-paciente-terminal>. Acesso em: 29 out. 2012e.

mais quando o paciente atingir um estado depressivo tal que a sua decisão poderá influir negativamente no processo evolutivo da doença, impedindo-o de tomar suas decisões conscientemente.[253]

No que tange à capacidade para a realização de Testamento Vital, leciona Godinho:[254]

> No Brasil, para além da questão formal, cabe proclamar que o testamento vital deve ser realizado pelo interessado plenamente capaz (embora os testamentos contemplados pelo Código Civil possam 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. Por analogia com as regras civis concernentes aos testamentos, a capacidade do agente deve ser averiguada no momento da realização do ato, uma vez que '*a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade*'. (grifos do autor)

Penalva acrescenta:[255]

> Primeiramente, é importante verificar que deverá ser escrito por pessoa com discernimento e será eficaz apenas em situações de terminalidade da vida, quando o paciente não mais puder exprimir sua vontade. É imperioso verificar que o paciente terminal deve ser cuidado de modo digno, recebendo tratamentos ordinários para lhe amenizar o sofrimento e assegurar-lhe qualidade de vida [...].

Todavia, se realizado na ocasião em que a pessoa já se encontre doente, é prudente observar as diretrizes explanadas por Vieira:[256]

> A solicitação deve ser examinada com prudência, tomando-se as precauções devidas, obtendo-se o maior número possível de informações acerca da doença, evitando-se um erro de prognóstico consultando um segundo médico e, eventualmente, um psicólogo. Há que se observar qual a atitude desse indivíduo não apenas em face da morte, mas, também, em relação à vida.

Pode também ser consignada no documento a nomeação de representante para informar os desejos do paciente, que também serão levadas em

---

[253] GOIÁS. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Helio de Sousa comenta Resolução do CFM. 5 set. 2012. Disponível em: <http://www.assembleia.go.gov.br/noticias/ver/id/112004/helio+de+sousa+comenta+resolucao+do+cfm>. Acesso em: 7 set. 2012.
[254] GODINHO, 2010.
[255] PENALVA, 2011.
[256] VIEIRA, 1999. p. 91.

consideração pelo médico.

Quanto à sua validade no tempo, Godinho[257] ressalta que o documento pode ser revogado ou alterado a qualquer tempo, considerando-se, por analogia, o disposto no art. 1.858 do Código Civil.

Não há forma específica para a elaboração do Testamento Vital, podendo ser realizado por documento assinado e reconhecido em cartório, com ou sem a presença de testemunhas; anotado no prontuário do paciente; ou ainda mediante acordo verbal entre o médico e o paciente.[258]

É justamente essa ausência de formalidade que causou surpresa aos profissionais atuantes na área, que questionam, principalmente, o fato de a Resolução permitir constar as diretivas antecipadas apenas em prontuário assinado pelo médico, sem necessidade de testemunhas ou da assinatura do próprio paciente.[259]

Assim, é preciso ter cautela na elaboração do Testamento Vital, preferencialmente com o auxílio de médico de confiança, haja vista a decisão tomada valer “sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares” (§3º do art. 2º da referida Resolução), pois somente não serão obedecidas as disposições que estiverem em desacordo com os preceitos estabelecidos pelo Código de Ética Médica e a legislação pátria.

Por fim, vale enfatizar que a segurança das informações prestadas e a clareza das disposições estabelecidas devem ser cuidadosamente verificadas pela pessoa que estabelece as diretrizes antecipadas, tornando-se o documento mais seguro e eficaz se dado amplo conhecimento da sua existência.

---

[257] GODINHO, 2010.
[258] LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natalia. O Direito de Escolher. **Veja**. São Paulo: Abril, ed. 2.286, ano 45, n. 37, 12 set. 2012. p. 100.
[259] BRASIL, 2012e.

5 CONCLUSÃO

O foco deste trabalho foi estudar o instituto do “Testamento Vital”, como instrumento garantidor do direito de morrer dignamente, sendo este um frequente dilema bioético inserido no âmbito jurídico.

Debates sobre temas que envolvem a terminalidade da vida são constantemente recebidos como um “tabu” pela sociedade em geral. Muito embora se deseje o fim da vida de maneira natural, digna e sem sofrimento, não se pode prevê-la, nem sob que circunstâncias ela chegará.

À medida que os avanços da tecnologia e da Medicina proporcionam desempenhos inimagináveis nos processos de cunho médico/terapêutico em benefício da humanidade, esse mesmo desempenho pode vir a surtir efeitos negativos quando aplicados de maneira ostensiva, correndo-se o risco de submeter o paciente a terapias fúteis e desnecessárias, que não influem na melhora do quadro clínico, muito menos na cura da enfermidade. O que é pior, muitas vezes, somente prolongam o sofrimento do paciente, e são executadas mesmo sem o consentimento do enfermo.

Trata-se da prática da distanásia, ou seja, do prolongamento artificial da vida sem se preocupar com a qualidade de vida do paciente, e que tem se tornado objeto de crítica e repúdio pelas mais diversas comunidades científicas, que buscam cada vez mais frequentemente regulamentar as questões voltadas ao respeito pela vida digna, pela autonomia e pela liberdade de escolha do paciente.

É justamente para esse fim que se presta a Declaração Prévia de Vontade do paciente terminal, o Testamento Vital, visando a estabelecer, previamente, as diretrizes para o fim da vida a respeito de quais tratamentos médicos deseja ou não se submeter.

Estando lúcido e capaz no momento de consentir pelo tratamento posto à sua disposição, o paciente o fará conforme sua consciência. Porém, não sendo possível exprimir a sua vontade e não a tendo expressado em momento oportuno, pode o paciente ficar à mercê das decisões proferidas pela equipe médica, que se utilizará de todos os meios para manter a vida do paciente sob qualquer custo.

No intuito de evitar a distanásia, pode o paciente desejar declarar previamente, com o auxílio de médico de sua confiança, como quer ser tratado em caso de terminalidade da vida, quais os limites impostos para as práticas

terapêuticas e qual o momento de cessá-las, permitindo que a vida possa ser mantida sob condições naturais, apenas evitando-se a dor e amenizando-se o sofrimento causado pela doença.

Com a regulamentação da ortotanásia, pela da Resolução CFM nº 1.805/2006, aliada aos princípios éticos e morais estabelecidos no novo Código de Ética Médica ─ Resolução CFM nº 1.931/2009 ─, com enfoque moderno voltado a respeitar a escolha consciente do paciente, desde que dentro dos limites éticos e legais, reforçaram-se as discussões para o respeito ao apelo de última vontade do paciente terminal.

Desse contexto, surge à baila a regulamentação do Testamento Vital, por meio de Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº 1.995/2012) e, juntamente com ela, o seguinte questionamento: qual a sua eficácia e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro?

Verificou-se, neste trabalho, que a referida Resolução teve como escopo garantir a liberdade de escolha do paciente em estado terminal de doença, sem, contudo, transpor todas as nuances inerentes ao tema.

O primeiro questionamento que surge diz respeito à sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro e, como tal, em que pressupostos está embasada. Verificou-se no trabalho que a referida regulamentação não só encontra respaldo na Constituição Federal ─ na qual se consubstanciam os princípios da dignidade humana, da liberdade e da autonomia privada ─, como também no Código Civil ─ que garante ao paciente o seu direito de escolha, baseado na sua autonomia, e autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos ─ e no Código de Ética Médica ─ que proíbe o médico de realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente.

No tange à sua aplicabilidade, dada a sua recente regulamentação, ainda é cedo para apresentar quais reflexos surtidos após a data da sua publicação, a partir do que se tornou oficial e passou a gerar efeitos jurídicos. Ainda que existissem documentos similares ao Testamento Vital já produzidos com o propósito de ver garantida a liberdade de escolha das diretrizes médico/terapêuticas pelo paciente, até a sua real regulamentação, não seria garantida a obediência das disposições ali constantes. O que não ocorre hoje, pós-regulamentação, haja vista as declarações prestadas terem validade sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares, só não sendo observadas se contrárias

aos preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. Nesse contexto, deve o médico atender à reivindicação do paciente em estado terminal, permitindo-lhe morrer naturalmente. Porém, ─ pise-se! ─ está-se autorizando a prática da ortotanásia, e não da eutanásia, repudiada e criminalizada penalmente. Com isso, está-se garantindo ao paciente a recusa a tratamentos exagerados e inúteis, sem, contudo, retirar-lhe a vida, oferecendo-lhe todos os meios necessários a fim de amenizar o seu sofrimento.

Ainda persistem alguns questionamentos quanto à ausência de forma específica do documento, que pode ser realizado em cartório, com ou sem a presença de testemunhas, anotado no prontuário médico, ou em simples declaração. O que se ressalta importante é que o Testamento Vital tenha sido prestado por paciente lúcido e capaz, preferencialmente antes mesmo de estar doente, pois assim terá melhores condições de decidir, livre de eventuais pressões psicológicas provenientes da enfermidade.

Contudo, longe de se pretender esgotar o tema, uma vez que a aprovação do documento no Brasil conta apenas com poucos meses de publicação, verifica-se que a recente regulamentação representou um grande progresso para as ciências médicas e jurídicas. Novas dúvidas surgirão e, certamente, muito haverá a se discutir. Sabe-se que, assim como os testamentos, a feitura do Testamento Vital não representará expressiva adoção pela população brasileira, contudo estará à disposição para quem assim o desejar.

Por derradeiro, destaca-se que, com a recém-publicação da Resolução do Testamento Vital, pode-se compreender o fervor nas discussões que circundam essa matéria e as dúvidas frequentes que surgem a seu respeito, mormente pela extensão dos seus efeitos e pela ausência de forma específica, que pode gerar dúvidas quanto à segurança das disposições ali contidas.

Espera-se que o presente trabalho auxilie na ampliação desses debates para que se possa instigar na sociedade a reflexão bioética, no intuito de garantir a observância do direito mais prezado pela humanidade: a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O direito de morrer: o caso Eluana Englaro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2.099, 31 mar./2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12557>. Acesso em: 7 set. 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Teoria Geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 56, jul./set. 2006. p.113-161.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 19 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar./2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206>. Acesso em: 1º nov. 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

_____. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>. Acesso em: 24 out. 2102.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009. 2009a. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Senado Federal. **Projetos e Matérias Legislativas**: PLS - Projeto de Lei do Senado, n. 524 de 2009. 2009b. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. Senado Federal. **Projetos e Matérias Legislativas**: PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 236 de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 2 nov. 2012a.

_____. Senado Federal. **Portal de Notícias**: Projeto do Código Penal recebe mais de 200 emendas. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/10/29/projeto-do-codigo-penal-recebe-mais-de-200-emendas>. Acesso em: 2 nov. 2012b.

_____. Resolução CFM nº 1.995, de 9.8.2012. **Conselho Federal de Medicina**: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em 7 set. 2012c.

_____. Resolução CFM nº 1.995, de 9.8.2012. **Diário Oficial da União**; Poder Executivo, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Seção 1, p. 269-270. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=31/08/2012&jornal=1&pagina=269&totalArquivos=272>. Acesso em: 7 set. 2012d.

_____. **Jus Brasil**. Notícias: Parlamentares questionam resolução do Conselho de Medicina sobre paciente terminal. Disponível em: <http://camara-dos-deputados.jusbrasil.com.br/noticias/100047138/parlamentares-questionam-resolucao-do-conselho-de-medicina-sobre-paciente-terminal>. Acesso em: 29 out. 2012e.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal. Juiz: Roberto Luís Luchi Demo. Distrito Federal, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em 30 out. 2012.

_____. Resolução CFM nº 1.805, de 9.11.2006. **Conselho Federal de Medicina**: Portal Médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.

CAMILO, Adélia Procópio; SOARES, Mário Lúcio Quintão. O Direito e os Progressos Científicos: Princípios da Bioética e do Biodireito. **Senatus**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 51-59, mar. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/99590/1/O%20Direito%20e%20os%20progressos%20cientificos.pdf>. Acesso em: 8 set. 2012.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro.** 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLOTET, Joaquim. Por que Bioética? **Revista Bioética**. v. 1, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/474/291>. Acesso em: 9 set. 2012.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 246-266.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

_____. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

ENGELHARDET JUNIOR, H. Tristram. **Fundamentos da bioética.** São Paulo: Loyola, 1998.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89-106.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**:

ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 267-282.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2545, 20 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/15066>. Acesso em: 22 out. 2012.

GOIÁS. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. **Helio de Sousa comenta resolução do CFM**. 5 set. 2012. Disponível em: <http://www.assembleia.go.gov.br/noticias/ver/id/112004/helio+de+sousa+comenta+resolucao+do+cfm>. Acesso em: 7 set. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_____. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

KOVÁCS, Maria Júlia. Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade. **Revista Bioética**, v. 6, n. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326/394>. Acesso em: 29 out. 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natalia. O Direito de Escolher. **Veja**. São Paulo: Abril, ed. 2286, ano 45, n. 37, 12 set. 2012. p. 98-105.

MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

MIRANDA, Gonzalo. **Bioética e eutanásia.** Bauru: EDUSC, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 42. ed. atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107-149.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. O direito de morrer dignamente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21065>. Acesso em: 7 set. 2012.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/515/516>. Acesso em: 18 abr. 2011. Também disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf>.

PESSINI, Leocir. **Distanásia:** até quando prolongar a vida? São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2001.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Eutanásia, suicídio assistido, distanásia e suspensão de esforço terapêutico: diferenças e legalidade. **Boletim dos Procuradores da República**, n. 67, ano VI, p. 25 -27, maio/jun. 2005. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/files/boletim_67.pdf>. Acesso em: 7 set. 2012.

_____. **Eutanásia:** Viver bem não é viver muito. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=209&p_ch=>. Acesso em: 22 out. 2012.

SALVAN, Cristiane et al. **Trabalhos acadêmicos na Unisul**: apresentação gráfica. Palhoça: Ed. Unisul, 2012.

SANTOS, Luara; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Testamento Vital: Diretrizes para uma morte digna. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIV, n. 319, p. 14-16, abr. 2010.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano. In: _____. (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 306-325.

_____. (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 246-266.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

SERRÃO, Daniel. Testamento Vital: a humanização da morte. **Boletim da Ordem dos Advogados**, n. 71, out./2010. P. 34-35. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Ba1e859a0-ac71-4f39-9c37-f31ef37da458%7D.PDF> acesso em: 14 out. 2012.

SILVA, Reinaldo Pereira e**. Biodireito**: A nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

_____**. Introdução ao Biodireito:** Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 7.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito.** São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ANEXOS

ANEXO A - Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006
(Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169)

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.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e
CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;
CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;
CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante";
CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;
CONSIDERANDO que o art. 1° da Resolução CFM n° 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;
CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;
CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

RESOLVE:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

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

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO
Secretária-Geral

ANEXO B - Resolução nº 1.931/2009, do Conselho Federal de Medicina

RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009

(Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90)

(Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173)

(Alterada pela Resolução CFM nº 1997/2012)

Aprova o Código de Ética Médica.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e, consubstanciado nas Leis n.º 6.828, de 29 de outubro de 1980 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes;

CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade;

CONSIDERANDO as propostas formuladas ao longo dos anos de 2008 e 2009 e pelos Conselhos

Regionais de Medicina, pelas Entidades Médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias para a revisão do atual Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO as decisões da IV Conferência Nacional de Ética Médica que elaborou, com participação de Delegados Médicos de todo o Brasil, um novo Código de Ética Médica revisado.

CONSIDERANDO o decidido pelo Conselho Pleno Nacional reunido em 29 de agosto de 2009;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária de 17 de

setembro de 2009.

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização.

Art. 2º O Conselho Federal de Medicina, sempre que necessário, expedirá Resoluções que complementem este Código de Ética Médica e facilitem sua aplicação.

Art. 3º O Código anexo a esta Resolução entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação e, a partir daí, revoga-se o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União, no dia 26 de janeiro de 1988, Seção I, páginas 1574-1579, bem como as demais disposições em contrário.

Brasília, 17 de setembro de 2009.

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE — Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO — Secretária-Geral

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

PREÂMBULO

I – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.

II - As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código.

III - Para o exercício da Medicina impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo

Estado, Território ou Distrito Federal.

IV - A fim de garantir o acatamento e a cabal execução deste Código, o médico comunicará ao Conselho Regional de Medicina, com discrição e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infração

do presente Código e das demais normas que regulam o exercício da Medicina.

V - A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das comissões de ética e dos médicos em geral.

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Capítulo I

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - 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.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - 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.

VII - 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.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

X - O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

XIII - O médico comunicará às autoridades competentes quaisquer formas de deterioração do ecossistema, prejudiciais à saúde e à vida.

XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

XV - O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício éticoprofissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

XVIII - O médico terá, para com os colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos.

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com

seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - 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.

XXIII - Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, visando ao maior benefício para os pacientes e a sociedade.

XXIV - Sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.

XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendoas em sua dignidade, identidade e integridade.

Capítulo II

DIREITOS DOS MÉDICOS

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional

de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X– Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Capítulo III

RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do

qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com

nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

Capítulo IV

DIREITOS HUMANOS

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.

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.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 29. Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.

Art. 30. Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime.

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1° Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2° Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 39 Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

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.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

Capítulo VI

DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

É vedado ao médico:

Art. 43. Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspender meios artificiais para prolongar a vida do possível doador, quando pertencente à equipe de transplante.

Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.

Art. 45. Retirar órgão de doador vivo quando este for juridicamente incapaz, mesmo se houver autorização de seu representante legal, exceto nos casos permitidos e regulamentados em lei.

Art. 46. Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.

Capítulo VII

RELAÇÃO ENTRE MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 47. Usar de sua posição hierárquica para impedir, por motivo de crença religiosa, convicção filosófica, política, interesse econômico ou qualquer outro, que não técnico-científico ou ético, que as instalações e os demais recursos da instituição sob sua direção, sejam utilizados por outros médicos no exercício da profissão, particularmente se forem os únicos existentes no local.

Art. 48. Assumir emprego, cargo ou função para suceder médico demitido ou afastado em represália à atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.

Art. 49. Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de obter vantagens.

Art. 50. Acobertar erro ou conduta antiética de médico.

Art. 51. Praticar concorrência desleal com outro médico.

Art. 52. Desrespeitar a prescrição ou o tratamento de paciente, determinados por outro médico, mesmo quando em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível benefício para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.

Art. 53. Deixar de encaminhar o paciente que lhe foi enviado para procedimento especializado de volta ao médico assistente e, na ocasião, fornecer-lhe as devidas informações sobre o ocorrido no período em que por ele se responsabilizou.

Art. 54. Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou por seu representante legal.

Art. 55. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade ao ser substituído ao fim do seu turno de trabalho.

Art. 56. Utilizar-se de sua posição hierárquica para impedir que seus subordinados atuem dentro dos princípios éticos.

Art. 57. Deixar de denunciar atos que contrariem os postulados éticos à comissão de ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina.

Capítulo VIII

REMUNERAÇÃO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 58. O exercício mercantilista da Medicina.

Art. 59. Oferecer ou aceitar remuneração ou vantagens por paciente encaminhado ou recebido, bem como por atendimentos não prestados.

Art. 60. Permitir a inclusão de nomes de profissionais que não participaram do ato médico para efeito de cobrança de honorários.

Art. 61. Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos.

Art. 62. Subordinar os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

Art. 63. Explorar o trabalho de outro médico, isoladamente ou em equipe, na condição de proprietário, sócio, dirigente ou gestor de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos.

Art. 64. Agenciar, aliciar ou desviar, por qualquer meio, para clínica

particular ou instituições de qualquer natureza, paciente atendido pelo sistema público de saúde ou dele utilizar-se para a execução de procedimentos médicos em sua clínica privada, como forma de obter vantagens pessoais.

Art. 65. Cobrar honorários de paciente assistido em instituição que se destina à prestação de serviços públicos, ou receber remuneração de paciente como complemento de salário ou de honorários.

Art. 66. Praticar dupla cobrança por ato médico realizado.

Parágrafo único. A complementação de honorários em serviço privado pode ser cobrada quando prevista em contrato.

Art. 67. Deixar de manter a integralidade do pagamento e permitir descontos ou retenção de honorários, salvo os previstos em lei, quando em função de direção ou de chefia.

Art. 68. Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, indústria farmacêutica, óptica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização de produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza.

Art. 69. Exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia ou obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional.

Art. 70. Deixar de apresentar separadamente seus honorários quando outros profissionais participarem do atendimento ao paciente.

Art. 71. Oferecer seus serviços profissionais como prêmio, qualquer que seja sua natureza.

Art. 72. Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos.

Capítulo IX

SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de

conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito. (nova redação – Resolução CFM nº 1997/2012)

(Redação anterior: Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.)

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

Capítulo X

DOCUMENTOS MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 80. Expedir documento médico sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade.

Art. 81. Atestar como forma de obter vantagens.

Art. 82. Usar formulários de instituições públicas para prescrever ou atestar fatos verificados na clínica privada.

Art. 83. Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer

como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.

Art. 84. Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta.

Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

Art. 86. Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta.

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.

Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

Art. 91. Deixar de atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou por seu representante legal.

Capítulo XI

AUDITORIA E PERÍCIA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 92. Assinar laudos periciais, auditoriais ou de verificação médico-legal quando não tenha realizado pessoalmente o exame.

Art. 93. Ser perito ou auditor do próprio paciente, de pessoa de sua família ou de qualquer outra com a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho ou de empresa em que atue ou tenha atuado.

Art. 94. Intervir, quando em função de auditor, assistente técnico ou perito, nos atos profissionais de outro médico, ou fazer qualquer apreciação em presença do examinado, reservando suas observações para o relatório.

Art. 95. Realizar exames médico-periciais de corpo de delito em seres humanos no interior de prédios ou de dependências de delegacias de polícia, unidades militares, casas de detenção e presídios.

Art. 96. Receber remuneração ou gratificação por valores vinculados à glosa ou ao sucesso da causa, quando na função de perito ou de auditor.

Art. 97. Autorizar, vetar, bem como modificar, quando na função de auditor ou de perito, procedimentos propedêuticos ou terapêuticos instituídos, salvo, no último caso, em situações de urgência, emergência ou iminente perigo de morte do paciente, comunicando, por escrito, o fato ao médico assistente.

Art. 98. Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, bem como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

Parágrafo único. O médico tem direito a justa remuneração pela realização do exame pericial.

Capítulo XII

ENSINO E PESQUISA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 99. Participar de qualquer tipo de experiência envolvendo seres humanos com fins bélicos, políticos, étnicos, eugênicos ou outros que atentem contra a dignidade humana.

Art. 100. Deixar de obter aprovação de protocolo para a realização de pesquisa em seres humanos, de acordo com a legislação vigente.

Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País.

Parágrafo único. A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências.

Art. 103. Realizar pesquisa em uma comunidade sem antes informá-la e esclarecê-la sobre a natureza da investigação e deixar de atender ao objetivo de proteção à saúde pública, respeitadas as características locais e a legislação pertinente.

Art. 104. Deixar de manter independência profissional e científica em relação a financiadores de pesquisa médica, satisfazendo interesse comercial ou obtendo vantagens pessoais.

Art. 105. Realizar pesquisa médica em sujeitos que sejam direta ou indiretamente dependentes ou subordinados ao pesquisador.

Art. 106. Manter vínculo de qualquer natureza com pesquisas médicas, envolvendo seres humanos, que usem placebo em seus experimentos, quando houver tratamento eficaz e efetivo para a doença pesquisada.

Art. 107. Publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado; atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado por seus subordinados ou outros profissionais, mesmo quando executados sob sua orientação, bem como omitir do artigo científico o nome de quem dele tenha participado.

Art. 108. Utilizar dados, informações ou opiniões ainda não publicados, sem referência ao seu autor ou sem sua autorização por escrito.

Art. 109. Deixar de zelar, quando docente ou autor de publicações científicas, pela veracidade, clareza e imparcialidade das informações apresentadas, bem como deixar de declarar relações com a indústria de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos, implantes de qualquer natureza e outras que possam configurar conflitos de interesses, ainda que em potencial.

Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua

dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.

Capítulo XIII

PUBLICIDADE MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 111. Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade.

Art. 112. Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico.

Art. 113. Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.

Art. 114. Consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa.

Art. 115. Anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina.

Art. 116. Participar de anúncios de empresas comerciais qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão.

Art. 117. Apresentar como originais quaisquer idéias, descobertas ou ilustrações que na realidade não o sejam.

Art. 118. Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, o seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina.

Parágrafo único. Nos anúncios de estabelecimentos de saúde devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.

Capítulo XIV

DISPOSIÇÕES GERAIS

I - O médico portador de doença incapacitante para o exercício profissional, apurada pelo Conselho Regional de Medicina em procedimento administrativo com perícia médica, terá seu registro suspenso enquanto perdurar sua incapacidade.

II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e

cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.

III - O Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina e a categoria médica, promoverá a revisão e atualização do presente Código quando necessárias.

IV - As omissões deste Código serão sanadas pelo Conselho Federal de Medicina.

ANEXO C - Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina

RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012

(Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70)

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012,

RESOLVE:

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

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.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 9 de agosto de 2012

ROBERTO LUIZ D'AVILA — Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA — Secretário-geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/12

A Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina, considerando, por um lado, que o tema diretivas antecipadas de vontade situa-se no âmbito da autonomia do paciente e, por outro, que este conceito não foi inserido no Código de Ética Médica brasileiro recentemente aprovado, entendeu por oportuno, neste momento, encaminhar ao Conselho Federal de Medicina as justificativas de elaboração e a sugestão redacional de uma resolução regulamentando o assunto.

Esta versão contém as sugestões colhidas durante o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina de 2012.

JUSTIFICATIVAS

1) Dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida

Um aspecto relevante no contexto do final da vida do paciente, quando são adotadas decisões médicas cruciais a seu respeito, consiste na incapacidade de comunicação que afeta 95% dos pacientes (D'Amico et al, 2009). Neste contexto, as decisões médicas sobre seu atendimento são adotadas com a participação de outras pessoas que podem desconhecer suas vontades e, em consequência, desrespeitá-las.

2) Receptividade dos médicos às diretivas antecipadas de vontade

Pesquisas internacionais apontam que aproximadamente 90% dos médicos atenderiam às vontades antecipadas do paciente no momento em que este se encontre incapaz para participar da decisão (Simón-Lorda, 2008; Marco e Shears, 2006).

No Brasil, estudo realizado no Estado de Santa Catarina, mostra este índice não difere muito. Uma pesquisa entre médicos, advogados e estudantes apontou que 61% levariam em consideração as vontades antecipadas do paciente, mesmo tendo a ortotanásia como opção (Piccini et al, 2011). Outra pesquisa, também recente (Stolz et al, 2011), apontou que, em uma escala de 0 a 10, o respeito às vontades antecipadas do paciente atingiu média 8,26 (moda 10). Tais resultados, embora bastante limitados do ponto de vista da amostra, sinalizam para a ampla aceitação das vontades antecipadas do paciente por parte dos médicos brasileiros.

3) Receptividade dos pacientes

Não foram encontrados trabalhos disponíveis sobre a aceitação dos pacientes quanto às diretivas antecipadas de vontade em nosso país. No entanto, muitos pacientes consideram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades sobre cuidados e tratamentos a serem adotados, ou não, em fim de vida, bem como a elaboração de documento sobre diretivas antecipadas (in: Marco e Shears, 2006).

4) O que dizem os códigos de ética da Espanha, Itália e Portugal

Diz o artigo 34 do Código de Ética Médica italiano: "Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso" (O médico, se o paciente não está em condições de manifestar sua própria vontade em caso de grave risco de vida, não pode deixar de levar em conta aquilo que foi previamente manifestado pelo mesmo – traduzimos). Desta forma, o código italiano

introduziu aos médicos o dever ético de respeito às vontades antecipadas de seus pacientes.

Diz o artigo 27 do Código de Ética Médica espanhol: “[…] Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables”.

Portanto, da mesma forma que o italiano, o código espanhol introduz, de maneira simples e objetiva, as diretivas antecipadas de vontade no contexto da ética médica.

O recente Código de Ética Médica português diz em seu artigo 46: “4. A actuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer”. No parágrafo seguinte diz que o médico poderá investigar estas vontades por meio de representantes e familiares.

Deste modo, os três códigos inseriram, de forma simplificada, o dever de o médico respeitar as diretivas antecipadas do paciente, inclusive verbais.

5) Comitês de Bioética

Por diversos motivos relacionados a conflitos morais ou pela falta do representante ou de conhecimento sobre as diretivas antecipadas do paciente, o médico pode apelar ao Comitê de Bioética da instituição, segundo previsto por Beauchamps e Childress (2002, p. 275). Os Comitês de Bioética podem ser envolvidos, sem caráter deliberativo, em muitas decisões de fim de vida (Marco e Shears, 2006; Savulescu; 2006; Salomon; 2006; Berlando; 2008; Pantilat e Isaac; 2008; D’Amico; 2009; Dunn, 2009; Luce e White, 2009; Rondeau et al, 2009; Siegel; 2009). No entanto, embora possa constar de maneira genérica esta possibilidade, os Comitês de Bioética são raríssimos em nosso país.

Porém, grandes hospitais possuem este órgão e este aspecto precisa ser contemplado na resolução.

Carlos Vital Tavares Corrêa Lima

Relator

ANEXO D - Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal/DF

PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
1
14ª Vara
Federal
Fls._____
SENTENÇA Nº: _____/2010 - TIPO "A"
PROCESSO Nº: 2007.34.00.014809-3
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA pleiteando o reconhecimento da nulidade da Resolução CFM n. 1.805/2006 e alternativamente sua alteração a fim de que se definam critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia.

Aduz que: [i] o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; [ii] o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; [iii] considerado o contexto sócio-econômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

Intimado, o Conselho Federal de Medicina apresentou informações preliminares, asseverando a legitimidade da resolução questionada e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela.

A antecipação de tutela foi deferida para suspender os efeitos da

Resolução CFM n. 1.805/2006. O Conselho Federal de Medicina agravou de instrumento.

Devidamente citado, o Conselho Federal de Medicina contestou asseverando que: [i] a resolução questionada não trata de eutanásia, tampouco de distanásia, mas sim de ortotanásia; [ii] a ortotanásia, situação em que a morte é evento certo, iminente e inevitável, está ligada a um movimento corrente na comunidade médica

mundial denominado Medicina Paliativa, que representa uma possibilidade de dar conforto ao paciente terminal que, diante do inevitável, terá uma morte menos dolorosa e mais digna; [iii] a ortotanásia não é considerada crime; e [iv] o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

A prova testemunhal requerida pelo Conselho Federal de Medicina foi deferida e produzida em audiência.

Em alegações finais, tanto o Ministério Público Federal como o Conselho Federal de Medicina pugnaram pela improcedência do pedido.

É o relatório. Decido.

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas sua alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina. E o faço com base nas razões da bem lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira que, com sua habitual percuciência, esgotou o objeto da lide, *verbis*:

“A matéria posta em questão é certamente polêmica e encerra dilemas não apenas de ordem jurídica, como de cunho religioso, social e cultural. Possivelmente, a diretriz a ser adotada por todos quantos a analisem será influenciada fortemente pela maior importância que se confira a cada uma daquelas condicionantes.

Realmente, a edição de uma tal norma pelo Conselho Federal de Medicina é, para os padrões culturais do Brasil, extremamente impactante, vindo a gerar, como gerou, grande celeuma.

O Ministério Público Federal entendeu que a norma ultrapassou as competências do CFM, por pretender regrar fato que não comportava tal regramento, seja pelos limites jurídicos, seja pelos limites culturais que o Ilustre subscritor da inicial julga vigentes no Brasil.

Nesse sentido, é sem dúvida pertinente a discussão ampla do tema, já que a Resolução impugnada, pelo seu caráter normativo, poderia, na visão do DD.

signatário da inicial, produzir efeitos incompatíveis com valores culturais e sociais caros à sociedade brasileira, importando, inclusive, em contrariedade às leis penais vigentes.

Entretanto, conforme passaremos a explicar, ousamos discordar do posicionamento externado na inicial, sem embargo da profundidade dos argumentos que sustentam a tese.

Nossa posição se resume, brevemente, em três premissas: 1) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; 2) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal; 3) a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial; 4) a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica; 5) os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.

À guisa de introdução, teceremos comentários sobre conceitos que influenciam diretamente a opinião ministerial ora externada e o desfecho desta ação.

Considera-se eutanásia a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade. Na hipótese, existe doença, porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão.

A eutanásia não conta com autorização legal em nosso país, configurando a prática o crime de homicídio doloso, podendo ser tratado como modalidade privilegiada, em razão do vetor moral deflagrador da ação.

Já a distanásia é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte. A distanásia é, frequentemente, resultado da aplicação de meios não ortodoxos ou

usuais no protocolo médico, que apenas retardarão o momento do desenlace do paciente, sem trazer-lhe chances de cura ou sobrevida plena, e, às vezes, provocando-lhe maior sofrimento.

No meio das duas espécies, figura a ortotanásia, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível.

Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. É que, nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida. Assim, os recursos médicos disponíveis ainda são úteis e passíveis de manter a vida, sendo a omissão do profissional, neste caso, realmente criminosa.

A eutanásia, assim, na forma ativa ou passiva, é prática que provoca a morte do paciente, pois ainda não há processo de morte instalado, apesar do sofrimento físico e/ou psicológico que possa atingir o paciente. No entanto, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos extraordinários quando a morte já é certa (ortotanásia), não produz a morte do paciente, uma vez que nenhum ato do médico sobre ele poderá evitar o evento do desenlace.

Por sua vez, a mistanásia, também chamada de "eutanásia social", é a morte provocada por problemas de infra-estrutura da saúde pública, que atinge direta e conscientemente a parcela mais pobre da população, que menos tem acesso a adequados recursos. Nem de longe tem relação com a ortotanásia, que é prática adotada pelo médico, com a anuência de quem de direito, não por imperativos de falta de mecanismos (aqui, sequer de anuência se cogita), mas por imperativo - ético

e de consciência - de que, sendo inútil a adoção de recursos terapêuticos extraordinários, é desnecessário impor maior sofrimento ao paciente terminal.

Diante de tais conceitos, passemos a contrariar a tese central desta demanda, segundo a qual a ortotanásia constituiria crime de homicídio.

E, aqui, recorremos, de início, à doutrina do penalista Luiz Flávio Gomes:

"Na nossa opinião, mesmo de lege lata (tendo em vista o ordenamento jurídico vigente hoje), desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos etc), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela (no sentido de que a ortotanásia é juridicamente irreprovável cf. Luís Roberto Barroso, Folha de São Paulo de 04.12.06, p. C4) (...) A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do conceito de tipo penal (dado pela teoria constitucionalista do delito, que sustentamos com base em Roxin, Frisch e Zaffaroni), que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos). A "morte digna", que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material), porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação" (Artigo "Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?" Jus navigandi, Teresina, ano 11, n. 1305, 27 jan 2007, fls. 539/541).

Em seguida, o pensamento do sempre luminar Luís Roberto Barroso, sobre a resolução impugnada:

"(...) uma tese melhor é que o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, sob princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. A liberdade envolve direito à autodeterminação, desde que o exercício dessa liberdade seja lúcido e não interfira no direito de uma outra pessoa. O segundo princípio que legitima a resolução é o da dignidade da pessoa humana, que

compreende, além do direito a uma vida, o direito a uma morte digna. Não há nenhuma dúvida, nem ética, nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. A resolução é uma interpretação adequada da Constituição" (fls. 528/535)

Vê-se, pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais - todos derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana - têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente.

De outro lado, a própria configuração da omissão de socorro, que se poderia pensar decorrente da prática da ortotanásia, é igualmente descartada por Mário Roberto Hischheimer e Clóvis Francisco Constantino, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls.735/739):

"O art. 135 do CP conceitua o crime de omissão de socorro como: "Deixar de prestar assistência à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou em grave e iminente perigo; "Muitos entendem que suspender ou não indicar medidas de suporte de vida caracteriza, em qualquer circunstância, omissão de socorro. Estimula tal atitude o que diz o art. 13 do CP: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Partindo da premissa de que pacientes terminais estão em processo inexorável´ de morte e não há como salvar suas vidas, é permitido entender que o art. 135 do CP não se aplica a estes casos. Prestar assistência na forma de atenções para o bem-estar físico, social, mental e espiritual do paciente, com apoio, informações e esclarecimentos apropriados a ele e a seus familiares não significa "deixar de prestar assistência". O que os autores acima estabelecem é, na verdade, a quebra do nexo causal entre a ação do médico e o resultado (morte inevitável), circunstância que retira, assim, a tipicidade penal da conduta. O mesmo raciocínio aplica-se à interpretação do tipo homicídio à prática da ortotanásia, uma vez que,

também nesta hipótese típica, não haverá crime se a conduta do indigitado autor não contribuir, em última análise, para a causação do resultado morte.

Outras considerações, desta feita no âmbito da bioética ou do biodireito podem ser úteis à compreensão do tema. Por exemplo, a opinião de Tereza Rodrigues Vieira:

“Ortotanásia significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado siga seu curso natural. Assim, ao invés de se prolongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, e ainda não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste e muito menos aprazar sua dor. A Ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado. Desta forma, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas por este como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a conseqüência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente" (Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 90.).

E a visão do Ilustre Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, sobre o assunto:

"Mas a suspensão do esforço terapêutico tem suporte, entre nós, na Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 5º, III), que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; no Código Civil (art. 15), que autoriza o paciente a recusar determinados procedimentos médicos; na Lei nº 8080/90 (art. 7º, III), que reconhece o direito à autonomia do paciente; e no Código de Ética Médica, que repete esses mesmos princípios legais e ainda proíbe ao médico realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora de um quadro de emergência médica de salvação, o que não é o caso de um quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento" (fls. 112/120).

Releva notar que o Ministério da Saúde, na Portaria nº 675/GM, de 30 de março de 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, entre eles o de consentimento ou a recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou

terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. Foilhe também assegurado, como afirma novamente Diaulas Ribeiro, "o direito de opção pelo local de morte, que contempla o direito de opção pelo tempo da morte. Esse direito atende à reivindicação de desospitalização do paciente, recusada por médicos sob o temor de estarem, com a alta a pedido, concorrendo para a sua morte, o que também é inerente ao paternalismo e já não tem razão de ser neste novo contexto" (fl. 119).

Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal.

Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão.

De outra parte, mesmo que nos dispuséssemos a não fazer uma interpretação constitucional da lei penal e, assim, considerássemos criminosa a ortotanásia, ainda assim parece-nos que a citada norma não mereceria a reprovação que a inicial lhe imprimiu.

É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema.

Se considerarmos que a Resolução visa a conferir maior segurança e tranqüilidade ao médico, em face de possíveis posteriores ameaças de ser enquadrado no Código Penal pátrio como homicida ou autor de omissão de socorro, não se poderá objetar o seu poder regulamentar, já que se trata de regramento do ato médico, dos limites do proceder médico em face dos princípios regentes da profissão (autonomia, beneficência, não-maleficência, entre outros), em prol do bem comum, da função social da Medicina e da higidez ética no trato da vida e da morte.

Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser

apurado e constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da "autorização" prevista na resolução impugnada.

Portanto, o Conselho Federal de Medicina não exorbitou de seu poder regulamentar, certo que tem atribuição legal para expedir normas disciplinares da profissão e da conduta médica. Tal é ponto de vista de Maria Elisa Villas Boas:

"Recentemente publicada, a Resolução, a rigor, não era necessária. Ela não permite nada. Só ratifica o que já é permitido. Vem, todavia, afinal dirimir algumas dúvidas, mais comuns no lidar com pacientes em final de vida. Foi preciso muita discussão e maturamento para se chegar à conclusão - algo óbvia, é de se dizer - de que ninguém é obrigado a morrer intubado, usando drogas vasoativas (para o coração se manter, a duras penas, batendo) e em procedimentos dialíticos numa UTI. O Direito não pode obrigar isso. O Direito não tem por que obrigar isso. Não, não é crime morrer em casa, ou sob cuidados que mais se aproximem dos domiciliares" (...) A ortotanásia pregada na Resolução 1805/2006 não é a morte antecipada, deliberadamente provocada, como na idéia atual de eutanásia. É a morte mais natural e humana, quando já não se a pode evitar ou adiar a contento (...) Dizer que é ilegal a ortotanásia assim empreendida - quando, esgotados os recursos úteis, restam a mera futilidade e a obstinação terapêutica - significa dizer que é obrigatória a distanásia: a morte adiada a todo custo, às expensas de agonia, abuso terapêutico e desnecessário sofrimento, como numa tortura final, que condena o paciente à morte solitária, isolado dos seus entes queridos, nega-lhes a participação no processo de morrer, submete o paciente a mais e mais desconfortos, ainda que se os saiba incapazes de reverter o quadro mórbido e o processo de morte instaurados" (fl. 688).

A nosso ver, aliás, e em conformidade com a idéia acima exposta, a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial.

A Resolução em foco busca apenas dar mais transparência a uma prática que já é comum, mas que é frequentemente escamoteada pelos médicos, por medo de que venham a sofrer represálias éticas ou jurídicas, dada a incompreensão que muitas vezes cerca o assunto. No particular, é preciso entender que a ortotanásia se insere num contexto científico mais amplo denominado "medicina paliativa", que

representa, em verdade, uma correção de rumos e certa quebra de paradigmas da medicina tradicional.

É cediço que devem reger a atividade do médico, dentre outros, os princípios da autonomia, da beneficência e da nãomaleficência. O princípio da autonomia reclama o envolvimento consciente do paciente no processo terapêutico e propugna o respeito às suas decisões. É direito do usuário do serviço de saúde, inclusive previsto na legislação brasileira, devendo, pois, ser sempre respeitado. Nesse prisma, para resguardar o princípio da autonomia no tratamento oferecido aos pacientes terminais, que, em geral, não apresentam estados mentais que permitam decidir conscientemente sobre as terapias possíveis, é sempre necessário recorrer à decisão da família ou do responsável legal, que passam a "falar" pelo paciente.

Saliente-se que a Resolução impugnada obedece a esse princípio, estabelecendo que o próprio paciente terminal ou sua família devem estar conscientemente envolvidos na decisão de suspender cuidados extraordinários que já não se mostrem úteis, uma vez considerado irreversível o processo de morte. E sempre terão direito a recorrer a outras opiniões médicas, caso não se sintam suficientemente esclarecidos para tomar esta ou aquela diretriz.

Quanto ao princípio da beneficência, é intuitivo concluir que compete ao médico fazer tudo quanto estiver ao seu alcance para melhorar as condições de vida do paciente. Mesmo que determinado tratamento possa lhe causar sofrimento, se houver chance de cura e possibilidade de êxito, deverá o médico procurar beneficiar o paciente.

Já o princípio da não-maleficência propugna que as atividades médicas, tanto quanto possível, não devem causar mal ao paciente ou devem causar-lhes apenas o mal necessário para que se restabeleça a sua saúde.

Normalmente, deve o médico por em destaque, numa escala de prioridades, o princípio da beneficência. Se há chances de salvar a vida do paciente, o remédio, por mais amargo que lhe pareça, deve-lhe ser aplicado, apesar dos incômodos que venha a causar.

Ninguém discorda de que um tratamento quimioterápico provoca certos males ao paciente, que, no entanto, são suportados em prol do benefício que poderá gerar - a cura do câncer.

Pois bem. Quando se lida com pacientes terminais, de acordo com os conceitos da moderna medicina paliativa, invertem-se as perspectivas e, poderíamos dizer, o peso que os princípios da beneficência e da não-maleficência possuem.

É que, diagnosticada a terminalidade da vida, qualquer terapia extra se afigurará ineficaz. Assim, já não se pode aceitar que o médico deva fazer tudo para salvar a vida do paciente (beneficência), se esta vida não pode ser salva. Desse modo, sendo o quadro irreversível, é melhor - caso assim o paciente e sua família o desejem - não lançar mão de cuidados terapêuticos excessivos (pois ineficazes), que apenas terão o condão de causar agressão ao paciente. Daí é que se pode concluir que, nessa fase, o princípio da não-maleficência assume uma posição privilegiada em relação ao princípio da beneficência - visto que nenhuma medida terapêutica poderá realmente fazer bem ao paciente.

Então, o que propugna a medicina paliativa, em cujo contexto está a ortotanásia, é que, na impossibilidade de salvar a vida, deve-se deixar correr o processo natural - e irreversível - da morte, conferindo-se ao paciente o maior conforto que possa ter nos seus últimos dias (o que pode se limitar ao alívio da dor ou chegar até a desospitalização, se esta for a vontade do próprio paciente e de sua família).

Como se disse alhures, se é exato que os médicos que lidam com pacientes terminais, em sua maioria, já antepunham ao princípio da beneficência o da não-maleficência, há de se concluir que, do ponto de vista prático, nada mudou com a resolução do CFM.

A conclusão deriva, além da análise dos numerosos estudos e artigos constantes destes autos, também dos preciosos depoimentos prestados em audiência de instrução, a saber:

À fl.824, o médico José Eduardo de Siqueira esclarece que “a partir do diagnóstico da terminalidade, que é relativamente fácil e seguro, a postura médica tem sido a de ouvir uma equipe multidisciplinar, que inclui psicólogo, enfermagem, assistente social na busca de uma decisão sobre o tratamento mais adequado para aquela situação; que pode mencionar o caso de profissionais que, após conversar com a família e equipe multidisciplinar, decidem não aplicar o procedimento de ressuscitação, mas para se resguardar, registram no prontuário que aplicou esse procedimento, mas não obteve sucesso; que é correto dizer que a resolução não alterou a prática médica, mas tão somente ensejou uma tranquilidade para os

médicos registrarem, especialmente no prontuário, o procedimento adotado conforme a realidade, sendo que, com suspensão da vigência da resolução, os médicos em nada alteraram a sua prática, mas omitem o registro efetivamente foi feito, existindo aí um pacto de silêncio".

À fl. 823, o padre Leocir Pessini afirma "que vários códigos de ética médica que foram revisados recentemente passaram a incluir, ao lado da vedação da eutanásia ativa, a vedação da obstinação terapêutica ou distanásia, a exemplo de Portugal, Canadá, Estados Unidos, Espanha e Itália".

À fl. 822, a médica Cláudia Burlá sugere "que na vigência da resolução a depoente observou que a publicação dessa norma deu uma maior tranqüilidade para os médicos, que passaram então a procurar conhecer mais sobre o tratamento paliativo"

À fl. 825, a médica Maria Goretti Sales Maciel assevera "que durante a vigência da resolução, ou seja, do final de 2006 até o final de 2007, não observou alteração alguma na prática médica, enfatizando somente que pode ter ocorrido mudança no registro prontuário, pois às vezes ocorria de o médico de plantão que vinha constatar o óbito do paciente registrar que aplicou procedimento que não foram aplicados na realidade, como procedimento de ressuscitação".

E à fl. 826, o médico Roberto Luiz D´Ávila diz "que a resolução não é impositiva nem proibitiva de uma conduta (...), sendo que o objetivo real da resolução foi permitir que os médicos interrompessem ou não iniciassem tratamentos desproporcionais à doença e que de nada adiantariam, com tranqüilidade no sentido de não serem punidos eticamente".

Pode-se dizer então que a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência em sua atuação e possibilitando inclusive maior controle de sua atividade.

Além disso, o receio de que os médicos viriam a encerrar indiscriminadamente os procedimentos terapêuticos de quaisquer pacientes ou de que poderiam errar no prognóstico também cede à constatação de que, na prática médica, o "expert", em virtude de sua experiência, tem quase absoluto grau de segurança para identificar a terminalidade da vida. Ainda segundo Roberto Luiz D´Ávila, no depoimento prestado nestes autos (fl. 826), "existem diversas doenças

que implicam o estado terminal, e todo médico está habilitado para reconhecer esses estados em cada doença específica, de maneira que se fosse regulamentar todos esses casos, a resolução seria muito longa e fatalmente incorreria em omissão, além disso a ortotanásia ocorre, como já salientado, em um ambiente de confiança entre o paciente, sua família e o médico". Adiante, acrescenta que "a maioria dos casos se refere à oncologia e os médicos têm conhecimento sobre o prognóstico de cada tipo de câncer, e no que se refere às outras doenças degenerativas, pela falência progressiva dos órgãos, é possível fazer esse prognóstico de morte próxima e iminente".

Tanto maior será essa segurança quanto mais profissionais estiverem envolvidos no processo de discussão, daí a possibilidade de se buscar uma segunda opinião - como prevê a resolução - e a conveniência de se tomar tal tipo de decisão sempre em equipe, como se busca fazer nos melhores centros terapêuticos.

Frise-se que nem mesmo o receio de "o médico estar errado" ou a possibilidade - ainda que remotíssima - de "um milagre reverter o quadro" de um doente terminal impediu o Vaticano de realizar a vontade do Papa João Paulo II, de não mais se submeter a tratamento com sofrimento e que não lhe traria a cura para uma doença já terminal, em estado avançado. E, atente-se, estamos falando da Igreja Católica, que aceita a ortotanásia, não obstante reconheça a sacralidade do valor da vida.

Com efeito, a posição manifestada pela CNBB - Conferência Nacional dos Bispos no Brasil se baseia na Encíclica Evangelium vitae (O Evangelho da Vida, 1995), que permite ao doente renunciar ao "excesso terapêutico", quando este não lhe possa trazer mais benefícios (fls. 357/358).

Vale salientar que a dificuldade em estabelecer a terminalidade não é menor ou maior que outras dificuldades enfrentadas pelos profissionais da medicina, ao diagnosticar uma doença rara ou ao optar por um tratamento em lugar de outros, sabendo-se que uma posição não exata poderá trazer conseqüências distintas para o paciente. Isso porque não existe 100% de certeza na medicina. Assim, desejar que os médicos atuem frente a um doente terminal com absoluta certeza da inevitabilidade da morte não é um argumento válido para recusar a legitimidade da ortotanásia, porque a exigência é incompatível com o próprio exercício da Medicina, que não pode se obrigar a curar o paciente, mas pode comprometer-se a conferir-lhe

a maior qualidade de vida possível, diante do seu estado e dos recursos técnicos existentes.

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana. Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.

E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente.

Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro "tribunal de vida ou morte", como parece pretender a inicial.

Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos.” (fls. 853-867, negritos no original)

Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração.

Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei 7.347/85). P. R. I.

Brasília, 1º de dezembro de 2010. 96.000.02-B

PODER JUDICIÁRIO

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF

ANEXO E – Modelo de Testamento Vital

DOCUMENTO DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE*

Nos termos da Resolução CFM n. 1.995, de 9.8.2012, este Documento de Diretivas Antecipadas de Vontade contém o “testamento vital”, no qual a vontade do declarante no que respeita aos cuidados de saúde que deseja ou não receber em fase de incapacidade para prestar consentimento válido e atual é redigida numa declaração escrita. A Resolução CFM n. 1.995/2012 não exige este modelo concreto de Documento de Diretivas Antecipadas de Vontade, podendo o declarante optar por outra formulação.

Para ser eficaz o declarante deve dar amplo conhecimento deste documento e entregar um exemplar deste documento ao seu médico assistente e a familiares e/ou amigos, bem como pode proceder ao registro em cartório público. Para o preenchimento deste documento deve procurar aconselhamento médico adequado devendo ser assinado ou na presença de um notário ou de um funcionário do Registo Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade com competência para o efeito.

EU,_____, nacionalidade _____, portador(a) da Carteira de Identidade nº _____, registrado(a) no CPF sob nº _____, nascido(a) em ____ de _____ de _____, natural de _____ _____, residente em _____ _____

DECLARO QUE:

Se em alguma fase da minha vida o meu médico assistente determinar que eu tenho uma doença incurável ou terminal e que a utilização de meios de diagnóstico e tratamento apenas servem para prolongar artificialmente o processo de morte, determino que esses procedimentos extraordinários e desproporcionados sejam suspensos ou, de preferência, que não sejam iniciados, e que seja permitida a evolução natural da minha doença sendo apenas providenciados os cuidados paliativos necessários para o meu conforto ou para o alívio das dores e sofrimento.

(**OPÇÃO**: determino especificamente que _____
_____
_____
_____
_____).

Na ausência de capacidade da minha parte para, de um modo informado e esclarecido, consentir na utilização de meios extraordinários e desproporcionados de tratamento é minha vontade que esta declaração seja respeitada pela minha família e pela equipe médica enquanto expressão final do meu direito de recusa de tratamento e de aceitar as consequências desta decisão.

Esta Diretiva Antecipada de Vontade deve continuar a produzir efeito apesar do meu estado de incapacidade. Ao assinar abaixo, indico que estou emocional e mentalmente competente para efetuar esta Diretiva Antecipada de Vontade e que entendo o objetivo, o alcance e as consequências deste documento.

_____, ____, de _____, de _____.
(local) (dia) (mês) (ano)

_____
Assinatura do Declarante

O declarante assinou este Documento de Diretivas Antecipadas de Vontade na minha presença, não sendo eu cônjuge ou familiar do declarante.

_____ _____
Testemunha Testemunha

_____

* Modelo adaptado pela acadêmica, utilizando-se como referência o documento constante na página da Associação Portuguesa de Bioética, disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1280252162documento_-_testamento_vital.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.