



Janaína Reckziegel
Beátriz Diana Bauermann Coninck

DIREITO DE MORRER?

Diretivas antecipadas de Vontade

morte digna | teoria da eficácia
imediate | diretivas antecipadas
psiquiátricas de vontade | novas
tecnologias médicas


UNOESC
Fazendo parte da sua vida

editora
unoesc

PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico e capa: Simone Dal Moro
Diagramação: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

R298d Reckziegel, Janaína.
Direito de morrer? Diretivas antecipadas de vontade /
Janaína Reckziegel, Beatriz Diana Bauermann Coninck. –
Joaçaba: Editora Unoesc, 2021.
106 p. : il. ; 26 cm

ISBN: 978-65-86158-49-6
ISBN (E-book): 978-65-86158-48-9

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade. 3. Morte. 4.
Diretivas antecipadas de vontade. I. Coninck, Beatriz
Diana Bauermann. II. Título.

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Carlos Eduardo Carvalho
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téio

Pró-reitora Acadêmica
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração
Ricardo Antonio De Marco

Conselho Editorial

Jovani Antônio Steffani
Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marceli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.



DIREITO DE MORRER?

Diretivas antecipadas de Vontade

morte digna | teoria da eficácia
imediata | diretivas antecipadas
psiquiátricas de vontade | novas
tecnologias médicas



Janaína Reckziegel

Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, RJ; Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Especialista em "Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura" pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó e em "Educação e docência no ensino superior" pela Faculdade Exponencial (FIE); Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Autora de diversos livros (E-book) e artigos em revistas jurídicas especializadas no Brasil e exterior; Advogada, Professora Titular e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Unoesc; Avenida Getúlio Vargas, 542-S, Ed. Olympus, Apto:401, Centro, em Chapecó - SC, 89.814-000; (49) 99987-0903; janaina.reck@gmail.com; <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>; <https://orcid.org/0000-0001-8301-4712>.



Beatriz Diana Bauermann Coninck

Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), Chapecó, Santa Catarina. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Direitos Cívicos, Advogada. Graduada pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE); (46) 8401-5023; mestrebeariz@hotmail.com; <http://lattes.cnpq.br/9733645795899329>; <https://orcid.org/0000-0002-4682-0210>





Sumário

APRESENTAÇÃO	7
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DA MORTE DIGNA NO BRASIL	13
A TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA E A MORTE DIGNA PELAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	43
DIRETIVAS ANTECIPADAS PSIQUIÁTRICAS DE VONTADE COMO REFLEXO DO DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA	71
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E AS NOVAS TECNOLOGIAS MÉDICAS: UM OLHAR SOBRE O COVID-19	93





APRESENTAÇÃO

A obra que temos a honra de apresentar é resultado das pesquisas desenvolvidas no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), que publica no ano de 2021. Estudos que foram o resultado do Grupo de Pesquisa: NOVAS PERSPECTIVAS DA DIGNIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: PROPRIEDADE, BIOÉTICA E LIBERDADE CIENTÍFICA, dentro da Linha de Pesquisa: BIOÉTICA E OS LIMITES DA DIGNIDADE HUMANA, sempre levando em consideração o **direito de morrer, dentro das diretivas antecipadas de vontade, a morte digna, a teoria da eficácia imediata, as diretivas antecipadas psiquiátricas de vontade e as novas tecnologias médicas**, com foco na garantia e na efetivação destes direitos.

No decorrer dos referidos anos de 2020 e 2021 as propostas foram expostas, analisadas e discutidas no referido grupo de pesquisa, sob a liderança da Prof Dra. Janaína Reckziegel, realizando as discussões em suas diversas interfaces dentro dos Direitos Fundamentais e da Dignidade Humana, considerando a particularidades da temática e as condições vivenciadas no atual momento dentro do Brasil de Pandemia – COVID-19.

No decorrer da pesquisa se verificou que a morte pode resultar tanto do desfecho do processo natural do viver, como de um trauma físico, uma parada cardiorrespiratória, ou de enfermidade incurável. Há pacientes que padecem acamados em estado vegetativo por anos, há outros que já estão próximos da terminalidade de vida quando se define o diagnóstico, restando recorrer a tratamentos e terapias que apenas podem oferecer melhor qualidade de vida, dentro do tempo que ainda resta, ou postergar a sobrevivida.

No primeiro capítulo, percebe-se que a partir da era moderna, inúmeras transformações acabaram interferindo nos diversos ambientes sociais e, por consequência, em todas as fases do ciclo vital humano. O incremento de novos instrumentos e aparatos tecnocientíficos foi aplicado à medicina, melhorando a saúde das pessoas e modificando as relações entre profissionais da saúde e seus pacientes. Nesse cenário, concentraram-se investimentos no intuito de melhorar a qualidade de vida e estender a longevidade das pessoas.





Surgiram conceitos axiologicamente impregnados como a dignidade humana, as noções de autonomia, de liberdade e de propriedade, usados para garantir os interesses políticos e econômicos dominantes. O entendimento a respeito da vida e da morte, assim como os de outros fenômenos vitais, também sofreu alteração na medida em que o homem passou a se colocar no centro do universo.

Na metade do século XX, discutiram-se possibilidades de um “morrer com dignidade” diante do crescente aumento de pacientes em situação de terminalidade, em razão das mais variadas enfermidades, o que levou à adoção de diferentes teses de acentuação da autonomia das pessoas gravemente enfermas, alterando a linha fronteira entre a vida e a morte. Dentre essas propostas foi disponibilizado um instrumento médico-jurídico - as diretivas antecipadas de vontade (disposições de última vontade), - onde o indivíduo pudesse deixar registrado, antecipadamente e ainda conscientemente, todas as suas preferências em relação a tratamentos e terapias médicas que pudesse vir a necessitar quando estivesse em fase terminal de vida causada por enfermidade ou acidente.

Deter-se-á, contudo, este estudo, a revelar a história da morte, os entendimentos filosóficos sobre esse fenômeno, verificar se a eutanásia e o suicídio assistido seriam prováveis motivadores da chamada ladeira escorregadia, descobrir se a ortotanásia seria uma forma digna de morrer, observar a importância da bioética laica, aferir a validade concreta do direito constitucional à morte digna no ordenamento jurídico brasileiro, examinar os cuidados paliativos na realidade brasileira, e demonstrar, a partir desse estudo, as condições em que se desencadeiam o processo de morte desses pacientes em condição de terminalidade.

Além disso, não se pretende aprofundar as noções de dignidade humana nem detalhar a compreensão das diretivas antecipadas de vontade em si, mas sim, discorrer, sobre as noções gerais do fenômeno da morte, da fase da terminalidade de vida e da adoção dos cuidados paliativos nesses enfermos, sobretudo no Brasil.

No segundo capítulo, verifica-se que existem pacientes que padecem acamados em estado vegetativo por anos. Em muitos casos, a pessoa toma conhecimento da doença quando não lhe restam esperanças de cura, já em estágio próximo da terminalidade, momento em que a morte é inevitável e iminente e os





tratamentos e terapias servem apenas para diminuir os sintomas, muitas vezes somente postergando a morte.

No intuito de valorizar a autonomia e a autodeterminação do paciente em estado de sofrimento, nos processos de tomada de decisão relativamente à sua saúde, as Diretivas Antecipadas de Vontade foram criadas visando lhes disponibilizar um recurso onde possam deixar expressas suas preferências terapêuticas antecipadamente, desde que respeitadas, contudo, as normas éticas, legais e morais, servindo um instrumento de concretização da dignidade no processo de morrer.

A dignidade é um fundamento consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio da qual possa se fazer valer os direitos subjetivos à vida e à morte dignas, que são direitos fundamentais. Pela Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais, eles teriam aplicação direta nas relações entre particulares, independentemente das regulamentações legislativas e decisões judiciais, pois eles compõem o núcleo do ordenamento jurídico. Assim é possível afirmar que eles teriam interferência direta sobre as DAVs uma vez que estas são negócios jurídicos realizados entre particulares de ordem existencial?

Em vista disso, busca-se abordar inicialmente a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva filosófica ocidental, pela ótica da ética médica, e a jurídica sob o viés das Diretivas Antecipadas de Vontade e da Teoria da Eficácia Imediata.

No decorrer do terceiro capítulo, constatou-se que decidir sobre procedimentos médicos nestas situações podem causar conflitos internos, quando necessária e possível o julgamento do próprio doente, e atritos familiares, em que filhos, pais, irmãos, parentes e até amigos mais próximos, quando o interessado está por demais debilitado para decidir, se veem obrigados a resolver pela adoção, ou não, de determinado procedimento médico, que nem sempre convergem com a vontade do doente no momento.

As diretivas de vontade são um instrumento médico-jurídico no qual podem ser registradas previsões antecipadas sobre terapias médicas pela pessoa enferma, ou futura e possivelmente enferma, quando estiver impossibilitada de manifestar suas escolhas e desejos. Consiste na documentação antecipada de vontade da pessoa sobre procedimentos médicos capaz de proporcionar





mais conforto e tranquilidade a todos os envolvidos no processo terapêutico, especialmente aos médicos, a quem recai a maior carga de responsabilidade.

Maiores dificuldades são encontradas para pacientes com transtornos mentais graves que não se encontrem em situações emergenciais que garantem ao médico o dever de evitar danos à saúde e à vida do paciente, independentemente da vontade deste ou de sua família. Esse é um ponto nebuloso para a delimitação da autonomia do paciente e, muitas vezes, uma barreira intransponível para o médico.

Sendo assim, este estudo, também buscou apresentar as diretivas antecipadas de vontade com os seus conceitos e regras gerais bem como as diretivas antecipadas psiquiátricas, e analisar a viabilidade das diretivas antecipadas psiquiátricas para pacientes com transtorno mental severo que não estejam em situação de urgência ou emergência.

E no quarto capítulo, assim como em outras áreas, verificou-se como a aplicação das novas tecnologias da informação provocou grande impacto na medicina, em tempos de Pandemia – COVID-19. Com esse incremento, instrumentos como Telemedicina, em suas mais diversas modalidades como Telecirurgia, Telerradiologia, Laudos de exames de imagem e até consultas, em era de Coronavírus, tornaram-se possíveis e imprescindíveis como forma de trazer acesso, qualidade, segurança aos pacientes e dinamicidade na troca de informações atualizadas entre os médicos.

Ao mesmo tempo, emergiram dilemas éticos em torno da relação médico-paciente, sobretudo no recurso do consentimento informado do paciente que, na forma de Diretivas Antecipadas de Vontade em um momento de autonomia bastante restrita devido à pandemia do COVID-19. Em vista disso, o presente livro discorrerá, sobre as novas tecnologias aplicadas à medicina, as hipóteses de invalidação (anulação e inexistência), em face da utilização das novas tecnologias médicas e a interferência dessas novas tecnologias sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade (forma de concretização da autonomia), e a influência midiática sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade.

A Linha de Pesquisa Bioética e os limites da Dignidade Humana, discute e desenvolve projetos focados na saúde, vida, morte, ética médica-científica e o desenvolvimento de novas tecnologias dentro do direito, bem como outros temas pertinentes a sua temática, evidenciando como estas justificam e embasam





os ideais de justiça, dos direitos fundamentais e da Dignidade Humana, de modo a buscar uma melhor aceitação e compreensão.

As autoras desenvolveram estudos que podem ser aferido nos capítulos que compõem esse livro, os quais permitem a construção de fundamentos teóricos que ajudarão no seu entendimento mostrando ao leitor o que se tem trabalhado por estas pesquisadoras que também compõe a Linha de Pesquisa de Direitos Fundamentais Cíveis do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

Desta forma a Unoesc vem cumprindo com sua função social de informar, instruir, educar e formar cidadãos para atuarem em um mundo complexo e globalizado.

Janaína Reckziegel
Beatriz Diana Bauermann Coninck

Chapecó, Brasil, maio de 2021.





DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DA MORTE DIGNA NO BRASIL

1 ATITUDES EM RELAÇÃO À MORTE AO LONGO DA HISTÓRIA DA HUMANIDADE

A maneira como o ser humano lidou com o fenômeno da morte sofreu profundas modificações ao longo dos tempos. No período medieval, ele se relacionava com a morte em âmbito doméstico, ao lado da família e, cientes da condição de terminalidade (KOVÁCS, 2008b, p. 32).

Na sociedade ocidental, a partir da modernização, com a individualização do sujeito tendente ao isolamento, a finitude da vida passou a acarretar constrangimento ao indivíduo afastando os vivos dos mortos. O problema disso tudo, reflete Elias (2001, p. 67), não é a morte em si, mas o conhecimento que se tem dela, pois, embora os instrumentos tecnológicos e científicos atuais propõem o prolongamento da vida, acabam ofuscando o processo natural do envelhecimento e da morte de modo que é preciso buscar a solidariedade dos vivos perante os moribundos (ELIAS, 2001, p. 71).

Agora, os idosos envelhecem isolados em seus asilos e as sociedades industriais mais desenvolvidas tendem a isolar mais seus moribundos do que aquelas menos desenvolvidas (ELIAS, 2001, p. 83-86), diferente da era medieval, quando a vida era mais curta, havia menor controle dos riscos, o indivíduo tinha medo do que iria enfrentar após a morte, tinha medo de ser punido. O que ocorria era maior participação na morte pelos demais sujeitos (ELIAS, 2001, p. 23).

Havia maior publicização da morte nos tempos antigos do que nos dias atuais em que ela é mais censurada caracterizada pelo afastamento dos moribundos do convívio social, uma vez que são confinados em hospitais onde vivem em situação de isolamento sob o argumento da oferta de melhores





condições de higiene. Os ritos atuais não ajudam a enfrentar as emoções do luto, pelo contrário, eles impossibilitam que as emoções e os sentimentos relativos ao luto sejam manifestados. A diferença entre os rituais religiosos antigos e os seculares é que aqueles permitiam o alívio das angústias dos crentes na medida em que viam a expressa preocupação das outras pessoas. Estes já não mostram significado pela censura às manifestações sentimentais.

Elias (2001) discute a relação das pessoas com a morte dentro da perspectiva social, para além da biológica do mundo ocidental, que a vê como um “recalcamento” diante da longevidade prometida pelas novas formas de técnica médica. O entendimento de solidão tomado por Elias (2001) também reflete a ideia de estar entre as pessoas e não ser notado por elas, por exemplo, bêbados e mendigos nas ruas sem ser notados, sendo a forma mais extremada o infausto percurso dos judeus em direção às câmaras de gás nazistas (BARREIRA JÚNIOR, 2011, p. 40-42).

O “morticínio em massa” foi possível graças ao progresso da medicina ocorrido no primeiro quartel do século XX. A partir da década de 1960, as ciências sociais passaram a criticar a atitude de encobrimento da morte da vida social e do poder da medicina sobre os desejos dos pacientes. A medicalização da morte moderna veio circunscrita em um processo exaltação da atividade médica. Desde a década de 1970, surgiram reações em torno do direito de “morrer com dignidade” com vistas à regulamentação da eutanásia, transformando a relação médico-paciente especialmente em razão das doenças terminais. Ainda na década de 1960, foram criados os *hospices*¹ londrinos, bem como os programas assistenciais paliativos (MENEZES, 2003, p. 104-106).

Sob a ótica de Foucault (1984, p. 79-80), a medicina moderna científica que emergiu no final do século XVIII e começo do século XIX, por meio da anatomia patológica, não era individualista, mas sim social e que valorizava a relação médico-paciente. Na Idade Média sim a medicina era individualista com raríssimas manifestações coletivas da atuação médica. O capitalismo não contribuiu para o trânsito da medicina pública para a privada, mas sim, na contramão disso, socializou a medicina privada, ou seja, socializou o corpo como força produtiva

¹ A filosofia *hospice* visa proporcionar ao paciente a maior redução possível da dor e do desconforto possibilitando ao paciente a maior autonomia e independência. A internação é recomendada apenas em última necessidade. No Brasil, a primeira instituição de assistência paliativa é criada em 1986, na cidade do Rio de Janeiro (MENEZES, 2003, p. 105-106).





e laboral. A sociedade capitalista empregou no corpo biológico e somático uma “realidade bio-política”, de sorte que a medicina é um expediente biopolítico. Em verdade, segundo o filósofo, ao corpo e à saúde somente foi dada a atenção merecida a partir da segunda metade do século XIX.

A construção de hospitais ocorreu na segunda metade do século XVII visando ao processo de quarentena médico e político no seio da urbanização, sobretudo francesa, de objetivo higienizador dentro da medicina urbana, de forma a evitar aglomerações e eventos endêmicos e epidêmicos. Nessa época, foram criados o caixão individual e as sepulturas familiares (FOUCAULT, 1984, p. 89).

O objetivo era preservar a saúde dos vivos mediante políticas sanitárias dos cadáveres e não religiosa. Buscava-se manter a boa circulação de água e de ar nas cidades além da medicalização da medicina urbana com apoio da atividade química. A transição para a medicina científica aconteceu com a medicina social, coletiva e urbana, e não pela medicina privada, individualizada, centrada no sujeito. A medicina urbana passou a ser movida pensando-se nas condições de vida e de salubridade (FOUCAULT, 1984, p. 90-93).

Menezes (2003, p. 104) salienta a passagem dos cuidados dos enfermos que eram dedicados pela família e religiosos para as mãos dos médicos e instituições. Ao fim do século XVIII, criaram-se os hospitais gerais, em meio à racionalidade anatômica e clínica que consistiram na base da moderna medicina ocidental, substituindo as instituições assistenciais, os “morredouros”, onde os pobres eram agrupados para morrer. Desde esse novo discurso científico anatômico-clínico, a medicina foi transformada em ciência do indivíduo, florescendo uma nova perspectiva de integração da morte.

Para Foucault (1984, p. 93), a medicina dos pobres inglesa é diferente da medicina de Estado² alemã e da medicina urbana francesa, eis que a primeira visou ao controle da saúde do corpo das camadas mais pobres objetivando torná-los mais capazes para a tarefa laboral e menos ameaçadores às classes abastadas. Desse modelo resultaram três parâmetros: a) medicina assistencial aos pobres;

² A medicina de Estado alemã não tinha um projeto de força de trabalho para a indústria. Não se trata do corpo físico pessoal que trabalha, mas o corpo estatal, solidariamente constituído. É a força do Estado para resolver conflitos econômicos e políticos com seus vizinhos. Foi uma medicina estatizada, coletivizada (FOUCAULT, 1984, p. 84-85). A medicina do Estado não possuía flexibilidade e a medicina francesa urbana não detinha poder (FOUCAULT, 1984, p. 97).





b) medicina administrativa voltada para a vacinação e controle de epidemias; c) medicina privada para quem podia custeá-la.

Os médicos dos séculos XVII e XVIII não sabiam como lidar com as realidades hospitalares porque a medicina era individualizada e voltada para o doente e a doença, em situação de crise, buscando observar e acompanhar a evolução dos sinais. A medicalização hospitalar iniciou com o surgimento dos hospitais marítimos e militares devido à desordem econômica do momento, onde circulavam mercadorias e especiarias provindas das colônias. Os médicos passaram a administrar hospitais que antes eram tocados por religiosos e leigos (FOUCAULT, 1984, p. 102-103).

Comparando-se as teses de Elias (2001) e Foucault (1984), conclui-se que o primeiro atribuiu à modernização um fator de individualização do sujeito, enquanto o segundo (1984) visualizou a socialização da medicina como um resultado do processo de modernização, embora ambos tenham se apoiado em aspectos sociológicos. Outro ponto é que Elias (2001) deteve-se mais no sujeito, ao passo que Foucault, nas mudanças da medicina. Contudo, ambas as visões contribuíram para o entendimento da relação médico-paciente dos dias atuais, caracterizada pela socialização da medicina, sem, contudo, minimizar a individualização do paciente. Os *hospícios*, de atendimento institucionalizado do sujeito, muito provavelmente não se ajustariam à perspectiva Foucaultiana (1984).

A defendida “boa morte” transitou do domínio religioso para o médico. A compreensão do que seja “boa morte” varia, a depender da cultura e do momento histórico visto que os costumes societários ocidentais diferem dos orientais. Além disso, o conceito de “boa morte” remete ao grau de secularização, de adoção ao individualismo e da própria extensão temporal da morte natural típica. Sendo assim, um moribundo do século XIX, por exemplo, preferia receber a Extrema Unção, enquanto hoje, procura receber ajuda médica (WALTER, 2003, p. 218-220).

A visão das sociedades individualistas protestantes, como os Estados Unidos da América e Inglaterra, sobre a “boa morte” está diretamente relacionada com a autonomia pessoal, sendo a “morte ruim” a falta dela. Por exemplo, os britânicos acabam seus dias em hospitais se sentiriam desconfortáveis com familiares rezando e cantando como nas sociedades hinduístas, por exemplo (WALTER, 2003, p. 218-220).





A medicina moderna é capaz de oferecer meios de diagnosticar precocemente, a despeito de não conseguir curar enfermidades graves como o câncer. Assim, precisa-se viver por meses ou anos com a ameaça de perder a vida pela doença e quando se entra na fase de terminalidade é que surgem as questões da eutanásia ou dos cuidados paliativos. Em muitas situações, o paciente fica só, sem família, quando, então, se vê obrigado a encontrar o próprio caminho, juntamente com outros doentes em grupos de autoajuda ou pela internet, trocar experiências e encontrar carinho (WALTER, 2003, p. 218-220).

No século XX, as máquinas, ferramentas e práticas tecnocientíficas conseguiram deslocar a linha fronteira entre a vida e a morte, transformando-se em “morte moderna, medicalizada, ligada a aparelhos, produtora de cadáveres funcionais.”³ Nesse século, a medicina, aliada à prática, à máquina e ao conhecimento, proporcionou melhores condições de vida às pessoas incorporando sempre novos instrumentos. Criou-se, por exemplo, o respirador artificial que assistiu as pessoas acometidas de poliomielite nos Estados Unidos equipando as unidades de terapia intensiva que foram de extrema importância para o atendimento dos soldados feridos na Segunda Guerra Mundial, com novas técnicas de ressuscitação.⁴ Esse novo cenário permitiu a inauguração de um problema moral: “corpos com vida”, tão somente com vida porque ligados aos aparatos artificiais que assim permaneciam ligados pela necessidade de manter a vida, postergando a morte (KIND, 2009, p. 14-15).

Em 1957, a Sociedade de Anestesiologia remeteu ao Papa Pio XII algumas questões em torno da morte, respondidas pelo Pontífice (PAPA PIO XII, 1957, p. 1031) através do “The Prolongation of Life”.⁵ Ao questionamento sobre a reanimação, inclusive nas hipóteses de pacientes sem perspectivas de sobrevivência, e sobre a obrigatoriedade da retirada dos aparelhos em pacientes com inconsciência profunda

³ Kind (2009, p. 14) faz esse aporte para remeter aos procedimentos médicos de transplantes de órgãos de pacientes que morriam conectados a aparelhamentos e usados para experimentos biomédicos proibidos, que exigiram, naquele contexto, a necessária remissão à filosofia e a outras áreas do saber especialmente no fim da década de 1960. A autora faz um estudo sobre as técnicas de suporte vitais especificamente relacionados ao transplante de órgãos e que acabaram desembocando no entendimento da morte a partir da morte cerebral. Nesse sentido, a morte assistida em que o paciente terminava seus dias ligado a aparelhos sendo assessorado por equipe de profissionais e suportado por medicamentos dentro do modelo “americanizado” da morte (a autora se refere à Vovelle, 1983) reescrevendo a vida e a morte.

⁴ A autora faz referência aos estudos de Hilberman (1975), Bendixen, Kinney (1977).

⁵ “O Prolongamento da Vida”.





e parada circulatória pelos médicos, o Papa respondeu que, ausente a consciência e sem quaisquer esperanças de recuperação, o médico deveria acatar o pedido dos familiares, caso houvesse, para desligar os aparelhos e, na hipótese de parada respiratória, os aparelhos deveriam ser desligados pelos médicos. Naquela época, vigorava como critério de morte a parada cardiorrespiratória, mas era preciso redefinir a morte pois haviam os casos de inconsciência⁶ (KIND, 2009, p. 15-18).

Em vista disso, na década de 1960, calorosos debates surgiram em torno da redefinição da morte. Em especial, o relatório “A Definition of Irreversible Coma”,⁷ publicado pelo Ad Hoc Committee,⁸ em agosto de 1968, que propôs o estabelecimento do coma irreversível como um novo critério de morte, ou seja, da morte cerebral⁹. As críticas que sucederam à publicação foram muitas, mas foi relevante o posicionamento de Jonas quem se mostrou desfavorável à definição por acreditar que ela legitimava o suprimento da prática de transplante de órgãos os quais eram insuficientes para as demandas (KIND, 2009, p. 18-20).

O diagnóstico do Comitê em relação à morte cerebral (coma irreversível), conforme Jonas (1997, p. 145-150), era definido somente nos casos em que não havia atividade cerebral, verificada através de eletro-encefalograma, e atividade física decorrente do cérebro como as ações reflexas e a respiração espontânea. O Comitê entendeu que a morte cerebral era igual à morte corporal, o que significava dizer que não mais se investiam em recursos artificiais funcionais (por exemplo, os respiradores e demais instrumentos de manutenção da vida), porém abrindo espaço para a prática de transplantes de órgãos.¹⁰

⁶ Pelo prisma da Igreja Católica Apostólica Romana, através da Encíclica *Donum Vitae* (1987), a vida começa com a fecundação desde quando o indivíduo possui direito à vida que se estende até sua morte (SALGUEIRO; GOLDIM, 2007, p. 15).

⁷ “Uma definição de coma irreversível”.

⁸ “Comitê Ad Hoc”, uma comissão da Harvard Medical School (Escola Médica de Harvard)

⁹ “Esse relatório provocou uma série de debates acerca da morte cerebral e legitimou experimentos médicos na área de transplante de órgãos.

¹⁰ O Conselho Federal de Medicina do Paraná, a pedido da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública exarou o parecer n. 1243/00 diferenciando o coma irreversível da morte cerebral ou encefálica. Nesta, o paciente não apresenta função do encéfalo, funcionando, porém, alguns órgãos de forma espontânea ou mediante o auxílio de drogas e aparelhos. A morte encefálica (morte cerebral) vem definida na Resolução n. 1480/97 do Conselho Federal de Medicina mediante o diagnóstico: a causa da síndrome comatosa deve ser conhecida; causa reversível ausente, como intoxicação ou hipotermia, por exemplo; ausência de resposta a estímulos e de funções do tronco encefálico; apnéia e teste de apnéia não responsivo; presença de alteração no exame complementar encefálico; variável período de observação com 2 exames clínicos, com intervalo de tempo de 6 horas entre o primeiro e o segundo, a realização de um exame complementar a escolha e, com 12 horas de intervalo se não for realizado exame complementar. Com a morte encefálica o cadáver é mantido com a ajuda de aparelhos.





Segundo Jonas (1997, p. 145-150), no “Against the Stream”,¹¹ essa nova definição apenas teria validade se fizesse sentido para o próprio paciente, que não tivesse expectativas de melhoras a não ser o mero prolongamento do seu estado. Isso remete, disse Jonas, também à justificativa de que a nova definição pode trazer alívio ao paciente, seus parentes e para os recursos médicos, em razão do estado de coma prolongado do paciente. Contudo, dizer que a definição da morte é importante no sentido de liberar transplantes de órgãos conduz a inferências que não dizem respeito ao próprio paciente (que a existência meramente vegetativa não tem sentido, em verdade, seriam “cadáveres doadores”¹²), ela não define a morte como um fim último, mas apenas cria um critério que não obstaculiza, a título de exemplo, a retirada do respirador artificial.

O Filósofo (JONAS, 1997, p. 149-153) foi convidado pelo Centro Médico da Universidade da Califórnia em São Francisco (Medical Center de la Universidad de California en San Francisco), a explicar seu posicionamento, onde permaneceu hospedado por uma semana discutindo sobre o critério da espontaneidade orgânica. Lá concluiu que, no coma irreversível, o respirador e outros aparelhos mantêm o corpo, exceto o cérebro. Elaborou uma resposta, que será abordada detalhadamente no próximo tópico.

Isso demonstra que a definição de morte alçou discussão filosófica e dominou a pauta dos filósofos da primeira metade do século XX, em razão das próprias experiências com o fenômeno da morte, destacando-se o existencialismo fenomenológico de

Já, o coma irreversível (estado vegetativo persistente) o tronco cerebral funciona em certo grau apresentando lesão grave e difusa nos hemisférios cerebrais comprometendo a reação a estímulos e o ciclo de sono e vigília. Justamente por causa da existência vital no coma irreversível é que se discute se é melhor para o paciente mantê-lo vivo nessas condições. Tanto a legislação brasileira como o Código de Ética Médica não permitem que o médico facilite de forma ativa a morte do paciente, mas também não obrigam o médico a fazer uso de métodos extraordinários de manutenção da vida (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ, 2000).

No campo da ética médica, a Resolução nº 1.346/91, do Conselho Federal de Medicina, disciplina que a morte encefálica corresponde à morte clínica, desde que presentes determinados critérios para o seu diagnóstico: o coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinhal e apneia além de exames inequívocos de ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea, como estabelecido pela Resolução nº 1.480/97 art. 4º e art. 6º (MOTTA et al., 2013, p. 150). Embasada nessa Resolução, a Lei de Transplantes de Órgãos nº 9.434/97, sobre a disposição de órgãos, estabelece que somente permite-se a doação de órgãos se constatada a morte encefálica (BRASIL, 1997). Neste ponto, percebe-se o sentido utilitário da morte no que toca ao aproveitamento de órgãos.

¹¹ “Contra la Corriente” – Contra a Corrente – foi publicado em 1974 por Hans Jonas na obra *Philosophical Essays: From Ancient Creed to Technological Man – Ensaios Filosóficos: da Crença Antiga ao Homem Tecnológico*. A publicação não agradou aos médicos da época.

¹² “cadáveres donantes” (JONAS, 1997, p. 150).





Heidegger, que serviu de fonte para a ética crítica da alteridade de Lévinas e, mais especificamente, no âmbito da medicina, para a filosofia de Hans Jonas.

2 DEFINIÇÕES FILOSÓFICAS DA MORTE

Em sua obra, *Ser e Tempo*, com apoio no método fenomenológico-existencial cunhado por ele, Heidegger (2005a, 11-12) investigou o “ser-para-a-morte” e os modos de ser do Dasein, “ser-a”, desde a perspectiva ôntica-ontológica, do “ser-no-mundo”. Analisou o ser entre o seu nascimento e a morte, afirmando ser o fim do “ser-no-mundo” a morte, o fim do “poder-ser” na própria existência.

O Filósofo (HEIDEGGER, 2005b, p. 17-20, § 47) vê o homem como um “ser-no-mundo” que se angustia, ser temporal, um “ser-para-a-morte”. Quando ele afirmava que a “pré-sença completou seu curso”, ele queria dizer que não há como evitar a morte que segue um curso normal, temporal.

Como o ser está junto com a morte dos outros, ele é consciente dela, tem experiência sobre ela. Alcançar a morte é atingir a sua totalidade. A morte já é “não-mais-estar-presente”, “não-mais-ser-no-mundo”, porém é como um corpo simplesmente dado. Contudo, interpretar dessa forma é perder a base fenomênica, ou seja, um cadáver pode servir para a anatomia patológica, com ideia de vida. Nesse caso, é um ser sem vida. Há relação ontológica com o “finado” nas cerimônias fúnebres, porque os que ficam estão com ele, em reverência, logo ele é mais do que o simples dado. Isso é o “ser-com” o morto. O sentimento de perda é de quem fica, não do morto, por isso o estar junto dele. O morrer é um fenômeno (não um dado) que é compreendido de forma existencial.

Uma vez que o homem é um “ser-no-mundo”, ou seja, um ser inacabado que encontra sua totalidade na morte de cada “pré-sença”, que é insubstituível. É como um fruto maduro que se direciona para o amadurecimento. O findar, porém, nem sempre significa completude, que é o “ser-para-o-fim”, ou “ainda-não”, isto é, não maduro. “A morte é um fenômeno¹³ da vida” e “deve-se entender a vida como um modo de ser ao qual pertence um ser-no-mundo”. A constatação ôntica permite alcançar dados sobre a duração da vida de plantas, animais e homens, conseguir dados sobre multiplicação e formas de morrer (HEIDEGGER, 2005b, p. 23-28, § 47).

¹³ Heidegger (2005a, p. 65, 68) propõe o método fenomenológico, que é “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo.” O fenômeno é o que constitui o ser).





Heidegger criticou a preocupação metafísica com a finitude da vida. Nesse sentido também a diferenciação entre saúde e doença, e a medicalização, para os quais deveriam ser adotados conceitos existenciais. Defende que a saúde passe a compor um “projeto existencial” e, em lugar da “pessoa” metafísica, prefere-se o “existente” (Dasein),¹⁴ um ser que está no mundo e o “mundaniza” reciprocamente. O homem é um “fazer-se”, ou seja, a sua essência não é moral ou racional, mas um Dasein finito e indeterminado, temporal e histórico. A modernidade é um “modo de ocorrer o ser”, dominado pela técnica que não estimulou o pensamento, a criação e a revelação do ser. A doença é um fenômeno existencial também, eis que a própria medicalização moderna pode provocar doenças e produzir Daseins. Para solucionar conflitos, a técnica se socorre aos principialismos (CABRERA; SALAMANO, 2014, p. 119-122).

Ao contrário da premissa de Heidegger¹⁵ que atribui um sentido aniquilador à morte como algo já certo, *a priori*, Lévinas (2000, p. 10-11), em Deus, Morte e Tempo,¹⁶

¹⁴ A proposta de usar o termo “existente” heideggeriano em vez de “pessoa” da metafísica tradicional foi feita por Julio Cabrera, em Montevideu, no ano de 2004, em uma reunião de bioética. O valor semântico de “pessoa” era associado ao modelo “cartesiano-baconiano” sob o viés da racionalidade humana (CABRERA; SALAMANO, 2014, p. 119-120).

¹⁵ Heidegger, em Ser e Tempo, já acabou a obra situando a morte como algo menos controverso: analisa o “ser” em seu significado verbal, diferenciando-o de “seres”, este o substantivo daquele. Os homens assimilam o “to be” (ser) anteriormente à expressa ontologia, antes de refletir sobre o ser, algo como sendo pré-ontológico, embora ainda sem compreender e repleto de questionamentos, já se tem uma resposta prévia. O homem é um ser que entende e questiona sendo, ele atende a uma predisposição de questionar-se sobre o seu ser, dentro de uma preparação para isso, um “ter-de-ser”. O Dasein é caracterizado por uma deficiência, uma necessidade que é a morte. A morte é entendida como “o fim da duração de um ser no fluxo ininterrupto do tempo” (“the end of the duration of a being in the uninterrupted flow of time”). Isso denota a ideia de destruição. Heidegger não se ocupa com o sentido do existir humano em si, senão pela imponência do ser. “O homem é uma modalidade do ser” (“Man is a modality of being”). A preocupação heideggeriana de morte é ontológica. A individualidade do Dasein (existência) é completada com a morte. A morte em Heidegger não representa maturidade, pois o Dasein não esgotou suas possibilidades de amadurecimento como um fruto, que são retiradas com a morte. Esta não significa cessação, desaparecimento, término de um trabalho, contudo uma forma do Dasein naquele exato momento. Logo que nasce, uma pessoa já pode morrer. O tempo é o ser e o morrer. O fim do Dasein mesmo é quando ele assume o término do seu próprio ser, nesse caso, a totalidade acompanha (LÉVINAS, 2000, p. 24-41).

¹⁶ Lévinas escreveu em sua obra God, Death and Time (2000, p. 7-11) que o ser-para-a-morte de Heidegger parece não levar em consideração que a morte esteja inserida dentro de uma perspectiva temporal uma vez que Heidegger coloca morte com um fim, um nada. Lévinas, por seu turno, entende que a morte mais se aproxima do “desconhecido” (“Unknown”). A “duração do tempo” (duration of time) ou “temporalização” (“temporalization”), não se está questionando “O que é o tempo?” (“What is time?”), porque o tempo em si é um ser, no sentido heideggeriano. A duração temporal simboliza a “paciência” (“patience”) sem ação, um tempo que não se mede tal como em um relógio, tratando-se do que “flui dentro do tempo” (“flows within time”). Esta última frase não está relacionada com a ideia de “ser e nada” (“being or nothingness”), a “morte é entendida como a paciência do tempo” (death is understood as the patience of time), significando que a paciência realça a ideia de passividade. Lévinas reflete sobre a possibilidade de a morte ser reduzida ao ser ou nada e discorda disso. Ele argumenta que o conhecimento que se tem da morte e do processo de morrer chega de forma





assinala que a “aniquilação”¹⁷ da morte a não se limita a isso, indo além para uma relação emocional e intelectual que inclui o conhecimento sobre a morte dos outros.

Lévinas (2000, p. 11-12) trabalha a expressividade comportamental do ser que reveste o ser biológico (eu) e o revela superando a própria nudez de tal modo que seja feito um rosto desse ser por meio do qual ele se expressa, mas não de forma indiferente, e sim um outro que é diferente e que toca o eu (ser). “Alguém que morre: um rosto que se torna uma máscara”¹⁸ pelo desaparecimento da expressividade, é uma experiência da morte do outro, logo, não a do eu, mas que mantém uma relação que ultrapassa o biológico, já que é alguém.

O Filósofo (LÉVINAS, 2000, p. 12) aborda o rosto fenomenologicamente não materializado que expressa uma alma materializada como uma coisa estruturada, uma ideia vaga de alguém - a alma se manifesta pelo rosto. A questão levantada está anteposta ao “ser ou não ser”.¹⁹ A morte não é um fato empírico, ela não se esgota naquilo que se apresenta. A expressão nua do Outro, o rosto Deste, apela para o Mesmo, colocando-se sob a responsabilidade do Mesmo – então, o Mesmo responde aos sinais do Outro. Independentemente de dívida para com o Outro, ele é entregue ao Mesmo para que este cuide do Outro. A identidade do Mesmo é impactada pela morte do Outro implicando naquele uma culpabilidade.

O sentimento de ansiedade em relação à morte é causado pela noção do nada atribuído a ela. A duração do tempo exige uma mortalidade (LÉVINAS, 2000, p. 15-18). O ser não é limitado pelo tempo, este relaciona aquele com o infinito, com o Diferente. A morte não é um momento aniquilador, mas necessário para o infinito que será produzido. As mesmas questões são colocadas quando se lida

empírica, pela experiência, pela linguagem através das palavras, dos temas religiosos, poéticos e provérbios; e pela observação do falecimento do outro e das atitudes concernentes ao morrer de quem está falecendo, inclusive do esquecimento da morte; e do saber científico que é superficial. Para a ciência, os movimentos (fisiológicos) que expressam o vivo desaparecem com a morte. Nesse ponto, a morte atinge a autonomia de tal forma que seja capaz de acobertar alguém “dentro do seu rosto” (“within his face”) caracterizando a morte como “sem resposta” (“sans réponse”). Eles são movimentos vegetativos. O que se mantém ocultado se despe para a averiguação médica. A vivência empírica conduz à permanência da ideia de aniquilação de um modo de ser subsistindo a simples matéria residual objetiva como um aspecto negativo (O pensamento negativo da morte advém da relação com o outro) da morte resultado da observação da parada dos movimentos, sem conceber a morte como transformação. Ainda que a morte seja vista como uma partida, com um falecimento, é mantido o seu aspecto negativo, ou seja, o desconhecido, o sem volta, o sem endereço. Há uma formação de “algo” (“something”) que se expressa e não de “alguém” (“someone”).

¹⁷ “aniquilation”.

¹⁸ “Someone who dies: a face that becomes a masque.”

¹⁹ “to be or not to be”.





com a própria morte, ou seja, não se pode afirmar pela experiência, contudo um relacionamento (LÉVINAS, 2000, p. 19-20).

A morte como um fim demanda a intransmissível responsabilidade pelo Outro em tal medida que se inclua na morte do Outro e que a tome como a primeira morte do Mesmo (eu). Assim, vai-se para além do nada (morte) de Heidegger, a partir da reverência à morte do Outro. Na base do relacionamento com o infinito está o tempo²⁰ (LÉVINAS, 2000, p. 43).

Neste tema, valiosas são também as contribuições de Jonas (1997, p. 149-153), sobretudo na definição da morte cerebral que se abordava no primeiro tópico deste estudo. Enquanto estive em sua missão no Centro Médico da Universidade da Califórnia em São Francisco, ele se perguntou: “o paciente morreu?”; “o que vai acontecer com o que segue sendo um paciente?”²¹ Por meio destas indagações, Jonas não pretendia definir a morte, mas a vida e a concepção de ser humano. O seu entendimento foi o de que o corpo não pode ser tratado como uma mera coisa, logo não se pode prolongar a vida de um corpo destituído de cérebro. O médico deve interromper a conexão do paciente com os aparelhos. Essa é uma decisão axiológica. Não é o fato clínico da morte cerebral que determina isso, mas impera a análise da obrigatoriedade ou não de o médico estender a vida do paciente a todo custo. A partir da definição se poderia concluir por um paciente ou um cadáver. Tratava-se de uma “simulação de vida?”²² ou de uma potencialização das partes do corpo?

Além disso, a fronteira entre a vida e a morte não é seguramente conhecida. Por isso, não é uma simples definição que vai tomar o lugar do conhecimento, até mesmo porque não se sabe ao certo se o estado comatoso é um resquício de vida. Pelo lado da filosofia, essa definição retoma o dual corpo e cérebro, analogicamente equiparado ao dualismo transnatural antigo que via a base da pessoa humana no cérebro considerando o resto do corpo apenas um instrumento

²⁰ Heidegger buscou compreender o ser-aí em sua totalidade, a saber, não aquele ser que não mais está na posse de si mesmo diário. Para o Dasein, o morrer não repousa em atingir o seu fim, mas estar perto deste em cada momento, porque esse ser tem de morrer. O morrer não é um momento, entretanto um modo – um ser, um ainda não, é seu fim ou está em seu fim (transitividade do verbo ser) (LÉVINAS, 2000, p. 43-44).

²¹ “¿ha muerto el paciente?”; “¿qué va a pasar con el que sigue siendo un paciente?”.

²² “¿simulación de vida?” Em verdade, Jonas reflete sobre as possibilidades de transformar corpos em potenciais como “bancos de órgãos frescos”, ou uma “fábrica de hormônios ou outras substâncias bioquímicas”, ou ainda, “um banco de sangue que se autorregenera” (“bancos de órgãos frescos”; “fábrica de hormonas y otras sustancias bioquímicas”; “un banco de sangre que se autorregenera”).





de utilidade, ou seja, falindo o cérebro sobriariam os “restos mortais”.²³ Ao invés disso, o que se defende é que, havendo falência total e irreversível do cérebro, deve-se deixar que a morte naturalmente aconteça. A identidade do indivíduo engloba o corpo todo (JONAS, 1997, p. 154-155).

Em vista disso, o momento de tomar a decisão sobre a morte é carregado de valores morais. A sociedade moderna e secular é acovardada em relação à morte concebendo-a como um malefício absoluto.²⁴ Na realidade, o mecanismo da rotina substituiu a responsabilidade valorativa de decisão. A redefinição da morte suplanta os princípios que fundamentam o processo de desvinculação da pessoa do respirador. A morte, outrossim, possui a própria dignidade e é direito humano deixar seguir o seu curso normal (JONAS, 1997, p. 155-156).

Abordar sobre direito de morrer soa no mínimo estranho, uma vez que o discurso reinante sempre foi o direito de viver, isso porque todos os direitos concedidos ou negados, na prática, são desdobramentos do direito de viver já que são de interesse vital. Não é em razão de um direito que a vida existe. Estar vivo é um fato e a vida é resultado natural de uma capacidade inata para a autopreservação. O fato de estar vivo, nas relações humanas, demanda o reconhecimento mútuo do direito à vida (JONAS, 1997, p. 159).

É possível se dedicar a um direito de morrer se o que se busca no direito é a satisfação de um bem ao mesmo tempo em que a morte é vista como algo mal inevitável? Esse paradoxo leva ao questionamento se o viver é um direito ou uma obrigação. Isso remete a outra conclusão: partindo-se da premissa de que seja uma obrigação de viver, outras pessoas teriam a obrigação de contribuir para isso (obrigação de viver) de tal forma que dessa obrigação se resultaria o impedimento de morrer antes mesmo que se queira. Dessa análise se extrai a necessidade de examinar e discutir a dignidade da morte, que é um dos acontecimentos mais privados. Moral e religiosamente falando, no suicídio é que se viu a melhor representação da escolha. No entanto, esclareça-se que o direito de morrer não

²³ “restos mortales”.

²⁴ Nesse sentido também, é válida a reflexão de Knobel (2004, p. 133) sobre a morte para a cultura ocidental vivida com sentimento de perda, medo, insegurança, fracasso e tristeza. A ameaça de perder alguém desperta sentimentos de angústia e esperança prejudicando a capacidade para a tomada de decisões de forma racional. Nas hipóteses de terminalidade da vida ou de estado vegetativo do paciente, deve-se investir na qualidade da relação médico-paciente para se alcançar melhor qualidade de vida para este. O problema é que a própria noção de qualidade já é um conceito subjetivo biológico, social e espiritual. Nos pacientes neoplásicos em estado avançado, a melhor conduta é buscar amenizar-lhes a dor e mantê-los sempre perto de seus familiares e amigos.





se confunde com o suicídio. O direito de morrer está atrelado à condição daquele paciente que se encontra em estado mortal e vulnerável à medicina moderna materializada nas técnicas de retardamento da morte. Há diferenças entre rechaçar a morte e suicidar-se, assim como também entre deixar morrer e causar a morte (JONAS, 1997, p. 160).

Sendo assim, se a medicina moderna não consegue mais melhorar o estado do paciente de tal modo que o organismo não responda mais ao tratamento cuja atuação no organismo se reduz a tão somente mantê-lo, estar-se-ia postergando o evento da morte, um sofrimento sem expectativas de melhora ou cura, que pode colocar o paciente em situação de aprisionamento e de penúria. Dessa conjuntura impende fazer algumas considerações: o espectro da morte pela interrupção do tratamento do paciente sentido pelo médico e pela instituição; pelo lado do paciente que tem de exigir o fim do tratamento sabendo que resultará em sua morte; e pode ocorrer o sentimento de culpa das demais pessoas envolvidas pela compaixão (JONAS, 1997, p. 160-161).

No seio das sociedades livres, em termos legais, salvo os menores de idade e os doentes mentais, todos têm o direito de submeter-se ou de abandonar um tratamento, com a exceção dos casos de interesse público como: do paciente que, mediante acordo prévio com o médico, já tenha sido operado e esteja sob cuidados para uma nova cirurgia no intervalo pós-operatório dando continuidade ao tratamento; no caso de doença contagiosa que possa colocar em risco a vida e a saúde das outras pessoas; nas hipóteses de transtornos mentais que necessitem de isolamento e tratamento; que necessitem de medidas preventivas, como por exemplo, a vacinação. Excluindo essas circunstâncias, a saúde e a doença dizem respeito somente ao paciente e fazem parte de sua privacidade. Qualquer tomada de decisão dentro desta esfera depende da contratação livre dos serviços médicos (JONAS, 1997, p. 161).

Moralmente, a situação fica mais nebulosa. Pode acontecer de o bem-estar alheio depender do indivíduo imprimindo-lhe responsabilidades. Conjecturando algumas situações, é possível que o sujeito se encontre na posição de mantedor da família ou de uma mãe que precise tomar conta dos filhos pequenos, ou ainda em um posto titular na execução de tarefas públicas que dependam de suas decisões. Nesses casos, ao rejeitar ajuda médica, a responsabilidade é moral, e não legal (JONAS, 1997, p. 161).





Deve-se levar em consideração que existem tratamentos como o de falência renal em que se o paciente rejeitar o tratamento de diálise, o resultado será a própria morte, caracterizando o suicídio. Veja, porém, que se o paciente empreender esforço violento ativo para tirar a própria vida, qualquer da sociedade, inclusive o poder público, possui o direito de impedir o suicídio ainda que também de forma violenta. Neste último exemplo, há interferência na liberdade privativa da pessoa²⁵ (JONAS, 1997, p. 161).

Há diferença, contudo, entre o que foi dito e a obrigatoriedade do indivíduo doente, e sem quaisquer esperanças de cura ou melhora de sua qualidade de vida, mas que, para continuar vivendo, necessita se submeter a tratamentos e terapias, apenas de manutenção, que nem mesmo ele considera digno. Ninguém é obrigado a isso e ninguém tem o direito/obrigação de submeter o outro à “prolongada negação de sua autodeterminação”.²⁶ Fato semelhante ao da máquina de diálise como terapia de preservação da vida, é a administração de insulina em diabéticos. Nesses casos, o paciente tem a capacidade tanto decisória como de atuação. Há situações em que o paciente fica agonizando, o chamado “prisioneiro”, em situação de terminalidade que precisa da conduta dos outros para executar sua desistência de tratamento e, por corolário, da vida, e até mesmo de um representante para expressar seus desejos (JONAS, 1997, p. 162).

No tocante aos pacientes conscientes e incuráveis em estado de terminalidade, o médico precisa revelar-lhes a real condição de sua enfermidade de forma clara assim respeitando a autonomia daqueles no tocante ao rechaço de terapias e tratamentos. Esses são direitos do paciente sobre a sua morte que contemplam a dignidade humana dentro do plano do ser e não do fazer. A opção pelo não prolongamento terapêutico declarada pelo paciente após ter sido apresentada pela equipe médica, repercute em outro problema: evitar o sofrimento (que também era previsto antes), seja pela mitigação do sofrimento bem como pelo seu fim, necessitando, para tanto, da internação do paciente em ambiente hospitalar pela inviabilidade do tratamento no âmbito doméstico. Em

²⁵ O autor esclarece que é permitida a ingerência no momento como um meio de fazer com que a pessoa retome seu estado anterior e repense sobre a conduta de desespero. É sabido que o verdadeiro suicida não desistirá até finalizar o seu intento. O que está em tábua de discussão não a ética do suicida, mas as obrigações alheias de inferir no ato suicida (veja que a pessoa não é obrigada a continuar vivendo, pois o ato é momentâneo) (JONAS, 1997, p. 162).

²⁶ “prolongada negación de su autodeterminación”.





vista disso, o paciente é inserido em um espaço público tornando-se dependente das regras e diretrizes hospitalares, em que a dor e o sofrimento podem antecipar a morte. É impensável obrigar o médico ou qualquer profissional da saúde a agir positivamente neste sentido. Não se pode incumbir o médico a dar a morte²⁷ (JONAS, 1997, p. 165-167).

Remanesce ao paciente em coma irreversível uma vida artificialmente sustentada, que o impossibilita de manifestar sua vontade que pode ser substituída por um representante. Esse é um caso peculiar em que inexiste um direito de morrer estrito visto que não há um reclamante, isto é, um possuidor do direito para exigí-lo, subsistindo a dúvida sobre qual direito há de ser preservado, aquele, daquela pessoa anterior, ou do que sobrou da atual. É claro que prevaleceriam, ainda que póstumos, os desejos prévios da pessoa anterior, tendo grande força moral e jurídica uma declaração prévia de vontade escrita a despeito do preceito médico de sempre se posicionar em favor da vida (JONAS, 1997, p. 169).

Como visto, Jonas rejeitou a prática da eutanásia como recurso para fugir do sofrimento e da dor, isto é, o agir positivamente é algo impensável. Tal como o Filósofo, existem outros estudiosos que comungam do mesmo pensamento, entendo, inclusive que seria uma prática que pode levar a situações irreversíveis da degradação humana.

3 A LADEIRA ESCORREGADIA PELA EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO

Nos relatos da historiadora Young (1994, p. 657), as culturas tradicionais como da Índia, da China, do Japão, da Grécia e de Roma, em algum momento de suas histórias, chegaram a legitimar a morte obstinada,²⁸ todavia por motivos específicos. Quanto ao suicídio espontâneo,²⁹ em contrapartida, por raiva, paixão,

²⁷ Discute-se a eutanásia restritamente no caso de haver um restinho de vida que se estende inconscientemente sendo, ainda, conservada de forma artificial.

²⁸ Importante salientar que essa modalidade de provocação da morte budista é equiparada à eutanásia ocidental como afirma Neogi (2013, p. 1.211).

²⁹ Dentre os estoicos, o suicídio consistiu num último recurso diante das situações extremamente difíceis e intoleráveis de vida (CONTI, 2004, p. 149), concebido, mais tarde, como um verdadeiro “absurdo” por Kant a filosofia de aceitar a antecipação da morte por não mais ver utilidade em sua vida e buscar a “serenidade da alma” (KANT, 2003, p. 264).





medo ou desespero, era visto como uma infelicidade e deveria ser desestimulado pela comunidade pela sua ilegitimidade. Pode-se dizer que houve investidas tentando regular a prática da morte obstinada, mas os indícios mostram que não obtiveram êxito em virtude de alguns fatores, dentre outros, das instáveis condições sociais, emergindo um desejo de controle; da legitimidade associada a valores religiosos, filosóficos e societários; da desvalorização do corpo; e do contato cultural.

Existe, de acordo com a autora (YOUNG, 1994, p. 657), alguma evidência de que possa ter colaborado para a continuidade da prática do suicídio médico assistido em Roma e na Grécia, tipificando uma “ladeira escorregadia” da bioética.³⁰ Na antiguidade clássica, os gregos e os romanos aceitavam a prática da eutanásia, embora com natureza e prática diferente da hodierna. Mesmo assim, existiam autores contrários a ela, como um grupo de médicos encabeçado por Hipócrates que não era favorável ao uso de drogas mortais. Os estóicos endossaram a eutanásia quando a vida de um indivíduo não mais estava de acordo com as próprias necessidades e autodesenvolvimento.³¹ Sócrates e Platão defenderam a eutanásia enquanto Aristóteles considerou o ato como de extrema covardia.

O Budismo, nos dias atuais, proíbe qualquer tipo de assassinato, tanto é que preconiza a descoberta das causas que provocam a tristeza e a doença material. Porém, no passado, alguns seguidores eremitas, insatisfeitos com suas vidas de meditação, tiravam a própria vida. Eles acreditam que destruir o corpo era fundamental para encontrar o esclarecimento. Os monges budistas acabaram consentindo na morte obstinada em duas situações: quando provocada pelo sentimento intolerável de angústia e/ou quando causada pela dor física insuportável, tendo sido ambas perdoadas por Buda. Isso mostra a então necessidade da busca por um fundamento justificável para a provocação da morte³² (YOUNG, 1994, p. 658).

³⁰ A ladeira escorregadia é um termo empregado na bioética que significa que um ato isolado pode gerar futuros eventos de progressivo malefício, ou seja, fazer pequenas concessões que podem significar resultados controversos. Essa é uma expressão cunhada pelo Dr. Leo Alexander, assistente de acusação dos médicos nazistas em Nuremberg, 1946-1947, para explicar os acontecimentos nos campos de concentração e nas condutas eugênicas realizadas (GOLDIM, 2004).

³¹ O filósofo Zeno encontrou uma forma de se livrar da terrível dor que sentia na perna.

³² Dalai Lama, recentemente, defendeu que o prolongamento da existência de uma pessoa que está gravemente enferma, ou que se encontre em estado vegetativo, causa mais dificuldade e sofrimento não só ao doente como também aos demais (NEOGI, 2013, p. 2010-2011).





É possível o desenrolar de uma ladeira escorregadia se houver a legitimação do suicídio assistido ou da morte obstinada em razão da presença de certas condições sociais, como o amplo envelhecimento populacional, a legitimação associada a valores societários centrais como a autonomia e a liberdade, e a rápida transformação social. Ademais, podem acontecer futuras circunstâncias que contribuam para essas ladeiras, isso justifica a não legitimação dessas práticas, nem mesmo justificada pela compaixão por esses indivíduos ou pelo reconhecimento de sua autonomia (YOUNG, 1994, p. 657).

As expressões originariamente gregas da “boa morte” ou da “morte fácil” significavam “eutanásia” e referiam-se à morte natural transcorrendo com paz e sem dor na proximidade e no conforto de seus familiares para os antigos. Esse uso arcaico transformou-se passando a referir-se à conduta de alguém finalizar com vida e com o sofrimento de outra pessoa. A própria eutanásia subdividiu-se em categorias: a) eutanásia voluntária, quando o doente pede para ser morto; b) eutanásia involuntária, quando envolve a morte de uma pessoa incapaz, como uma criança ou idoso demente, realizada a pedido de um cuidador ou membro da família; c) eutanásia passiva, morte indesejada ocorrida após a retirada ou suspensão de tratamento médico que sustenta a vida, na verdade, é um termo impróprio porque a pessoa morre não morre pela retirada ou suspensão do tratamento, mas naturalmente pela doença ou lesão subjacente³³ (SMITH, 2002, p. 1).

Muito próximo da eutanásia está o suicídio assistido que se dá quando uma pessoa fornece instruções, meios e a capacidade, utilizando-se deste outro indivíduo, para cometer a própria morte. A diferença entre o suicídio e o suicídio assistido é que, no primeiro, a própria pessoa sozinha acaba com a vida dela, ao passo que no segundo, a pessoa comete o suicídio unindo-se a outrem que lhe

³³ Na Holanda, entre 1990 e 2001, a eutanásia era tolerada sendo legalizada após 2001. Nesse país, pacientes acima de 12 anos, acometidos de doença incurável, que apresentem dores insuportáveis que não respondem a tratamentos e com o auxílio médico, podem pedir a realização da eutanásia. Em seguida, a Bélgica e Luxemburgo permitiram a eutanásia voluntária, somente para os maiores de 18 anos. O Código Penal uruguaio de 1937 admite o homicídio por compaixão, que equivale à eutanásia voluntária. Veja que apenas quatro países em todo o Globo admitem a prática da eutanásia voluntária. Na própria Austrália, os Territórios do Norte da Austrália, não mais permite a realização da eutanásia tendo vigorado somente pelo período de julho de 1996 a março de 1997. Um estudo realizado na Holanda verificou que após a solicitação da eutanásia, a sobrevida estimada dos pacientes, em sua maioria, era de quatro semanas. A Associação Médica Mundial vê a prática da eutanásia voluntária um risco de ampliação da conduta caracterizando uma Slippery Slope, significando que, uma vez iniciada a descida da ladeira, dificilmente se consegue retornar ao ponto de partida (GOLDIM, 2014, p. 27-28).





presta auxílio. Ambos, o suicídio assistido e a eutanásia são práticas proibidas pelo Juramento Hipocrático (SMITH, 2002, p. 1).

Sabendo-se que essas condutas são rechaçadas pelos Códigos de Ética Médica e pela legislação pátria, está-se com a prática da ortotanásia concebendo-a, por ora, como a única capaz de atender ao que se espera de uma morte digna, em termos médicos.

4 A MORTE DIGNA PELA ORTOTANÁSIA

O enfrentamento da morte por pacientes com doenças avançadas, e em fase terminal, leva a um novo conceito de morte – a “boa morte” – incorporando cuidados paliativos e o movimento *hospice*. A filosofia *hospice* procura oferecer maior dignidade no ato de morrer, dentro de um ambiente assistencial estético e ético desejável (FLORIANI, 2013, p. 402).

Partindo-se de uma proposta de medicina mais humanizada, os cuidados paliativos (saber fazer) têm sido empregados em locais denominados *hospices*,³⁴ originários da Inglaterra, em 1967, recebem pacientes que são atendidas por equipe multiprofissional, com ações visando prevenir e aliviar a dor e o sofrimento dentro de uma concepção holística atendendo o físico, o emocional, o espiritual e o social³⁵ (FLORIANI, 2009, p. 9-11).

No caminho para a boa morte, os pacientes, familiares e profissionais podem manifestar desejos diversos. Alguns podem preferir manter a consciência, outros a identidade pessoal ou preservar sua autonomia. E existem aqueles que gostariam de passar por tudo sem sofrimento nem consciência, resolver rápido. Entretanto, uma boa morte pode ensejar o envolvimento de alguns aspectos: a) estar consciente da aproximação da morte; b) ser capaz de manter o controle da situação; c) preservar a dignidade e a privacidade; d) alcançar atendimento especializado, alívio do sofrimento e controle dos sintomas; e) escolher o local da morte, por exemplo, a residência; f) ter acesso à informação e esclarecimento; g)

³⁴ Na década de 1970, o termo “cuidado paliativo” foi cunhado pelo canadense Balfour Mount, incorporando o ideário *hospice* inglês (FLORIANI, 2009, p. 39).

³⁵ O grande problema com o movimento *hospice* é a progressiva “institucionalização” que impede a equipe de identificar e atender a cada caso, e a “rotinização” dos cuidados paliativos o que pode afastar a proposta do acolhimento com compaixão.





receber apoio emocional, social e espiritual; h) poder se despedir; i) ter pessoas significativas perto de si; j) ter seus direitos protegidos; e k) não ter a vida prolongada indefinidamente (KOVÁCS, 2008a, p. 552).

A morte digna³⁶ está centrada em dois eixos que se integram: a autonomia do paciente e os deveres de cuidado que devem ser prestados pelos profissionais da saúde. O maior problema ocorre quando se desenvolve a hipertrofia da autonomia do paciente, o que pode resultar em uma “medicina defensiva”. Isso ocorre quando, de forma louvável, se tenta realçar a dignidade e a liberdade do doente e se abolir o paternalismo médico por meio de normas que regulamentam a autonomia do paciente por meio da exigência do consentimento informado e da transmissão de esclarecimentos e informações ao paciente (OTERO, 2012, p. 152).

Outro aspecto importante é a ênfase na relação de confiança entre médico e paciente caracterizada pela intimidade e caráter personalíssimo de sofrimento físico, psíquico e espiritual, e pela necessidade de diagnosticar corretamente e disponibilizar o tratamento adequado que proporcione bem-estar ao paciente (OTERO, 2012, p. 152).

Por outro lado, em relacionamentos estritamente profissionais, desenvolve-se a desconfiança da medicina defensiva, surgindo o conflito. É essencial para uma confiança plena o altruísmo, a empatia, a integridade, a honra e a verdade. No âmbito das relações sanitárias, essa mudança de paradigma se deu por causa da complexidade do sistema de saúde, do desenvolvimento tecnológico e pelo fato de a prática médica estar mais impessoal e desumanizada (OTERO, 2012, p. 152).

Contudo, é na condição de enfermo terminal, por meio de um exercício mental antropológico é que o paciente toma ciência da sua natureza humana e dignidade. Pela compreensão e reconhecimento de si mesmo, de sua doença e de sua condição existencial de extrema dependência e fragilidade, enfrenta a enfermidade sem prognóstico de cura, restando-lhe somente receber os cuidados paliativos (SÁNCHEZ, 2012, p. 135-149).

O princípio ético que sustenta essa argumentação é o de que o ser humano “moribundo” não se apresenta como um “problema técnico múltiplo”, mas um ser humano único e insubstituível que possui uma intimidade, uma vida e uma história própria passando por uma grande dificuldade, ou seja, ele está morrendo e tem

³⁶ A “morte digna” aqui é entendida como “boa morte” ou “morte boa”.





consciência disso. Ele percebe que seus órgãos não mais funcionam, mas, pior do que isso, tem consciência de que sua própria natureza está prestes a desaparecer por inteiro e de sua condição de miserabilidade existencial (SÁNCHEZ, 2012, p. 135-149).

O enfermo, ciente de si, assume que é frágil, vulnerável e doente, que a sua natureza humana é assim mesmo, “uma debilidade encarnada e mortal” muito embora busque aceitar essa condição ofuscada por uma vida ativa cheia de vigor, temporária. Em seu momento retrospectivo, é hora de avaliar seus erros e acertos passados. Muitas vezes, entretanto, a enfermidade o toma com tamanha gravidade que ele não consegue tecer quaisquer considerações de si mesmo e de sua existência, tampouco a respeito das decisões terapêuticas (SÁNCHEZ, 2012, p. 135-149).

Para aqueles que são abandonados e isolados, sem comunicação por longos períodos de tempo, as terapias são infrutíferas. Essa situação leva a transtornos como depressão e angústia que, se não devidamente tratados a tempo, despertam o desejo de abreviar a morte pela eutanásia e suicídio assistido, que são práticas demasiadamente degradantes e humilhantes. É neste momento que se socorre aos cuidados paliativos como um recurso de resgate do sentido humano dentro da medicina (SÁNCHEZ, 2012, p. 135-149).

A maneira como se lida com a pessoa no leito da morte evidencia a “identidade coletiva” de uma determinada sociedade, como as pessoas interagem com o falecimento representa os mecanismos de organização cultural (GIACIOIA JÚNIOR, 2005, p. 14-15).

A forma de agir nesses momentos tem sofrido mudanças ao sabor do tempo e da cultura, o que demonstra o caráter cultural do processo de morrer que se transforma de acordo com o momento histórico e eventos sociais, religiosos, filosóficos, científicos e biológicos (ALBUQUERQUE; DUNNINGHAM, 2013, p. 7).

Entendeu-se que, ao acatar os “desejos do moribundo”, estar-se-ia minimizando o seu sofrimento diante do temor da morte, por meio da “boa morte”, “morte digna” ou o “bem morrer”. Embora inicialmente a ideia de “boa morte” estava atrelada ao fato de não morrer subitamente, nos dias atuais, a “boa morte” ou “morte desejável” está relacionada à ortotanásia, “morte correta”, caracterizada pelo não prolongamento artificial do processo de morrer oportunizando o processo natural da morte (JUNGES et al., 2010, p. 278-279).

Na contramão disso, a distanásia busca estender a vida a qualquer custo não se importando com o sofrimento do paciente, o que é bastante discutível visto prolongar





a agonia do paciente sem conseguir a cura (JUNGES et al., 2010, p. 278-279). No século XX, contudo, houve alteração do conceito de “boa morte” para “morte digna” sob o viés da eutanásia, ou seja, antecipar a morte por meio de prática comissiva, não sendo esta última a via que se pretende defender neste estudo.

A “morte digna” ou “morrer com dignidade” sob a perspectiva da ortotanásia, dentro do campo da medicina, é o que se pretende apoiar, como mecanismo de oferecer ao paciente todas as chances de melhorar sua capacidade e de oferecer ao paciente todas as chances de melhorar sua qualidade e dignidade enquanto vivo.

Percebe-se que há uma grande divergência de opiniões sobre o fenômeno da morte fazendo surgir, na seara da bioética muitas discussões, sobretudo em uma sociedade multicultural como o Brasil, que ora pende para a laicidade, ora para a sacralidade.

Muitos autores debatem a importância de uma bioética laica como requisito para a sua universalidade. O dilema é que até mesmo a interpretação de laicidade gera debates intermináveis em decorrência da subjetividade do termo, como se objetiva explanar no próximo tópico.

5 BIOÉTICA SOB A ÓTICA DA LAICA

A diversidade cultural da sociedade ocidental hodierna é produto do fenômeno migratório, motivo pelo qual coexistem o enriquecimento cultural e os conflitos bioéticos, especialmente quando envolvem temas complexos que abarquem também crenças religiosas, como os que dizem respeito à vida, à morte e a enfermidades. Mas, é imperiosa a avaliação da legitimidade dessa interferência religiosa para o estudo da bioética no contexto atual, em razão da característica laica da esfera pública (VELASCO, 2012, p. 180-181).

Sendo assim, é possível encontrar duas vertentes: a) uma positiva em que sociedades plurais e laicas, consensualmente, definem obrigações de forma democrática, mantendo suas convicções religiosas em âmbito privado, afastando da vida pública (administração da sociedade multicultural) a vida privada (crenças pessoais e religiosas); e b) uma negativa, em que os indivíduos fazem parte de grupos diversos e sistemas de valores particulares que podem estar incutidos





de fundamentos religiosos, sendo, a religião, um dos principais elementos na discussão sobre pluralismo cultural (VELASCO, 2012, p. 182).

A definição de “laico” compreende ora planejar algo que se opõe ao religioso, ora planejar algo como se a religião não existisse, no sentido grocista.³⁷ Não raras vezes a bioética laica é interpretada como oposta à religiosa, em particular à cristã, mais especificamente, à católica, o que é uma inverdade, pois, a religião pode ser valorizada quando se compreende a laicidade à luz da concepção grocista, partindo do princípio de uma bioética racional crítica, que reconhece o ser humano como um valor que busca qualidade de vida sem desconsiderar suas convicções religiosas (VELASCO, 2012, p. 182).

A sociedade brasileira é laica e essa laicidade decorre da pluralidade cultural e religiosa, por isso a dificuldade de se estabelecerem normas concretas sobre os tais temas complexos que envolvem a vida e a morte. O legislador constitucional de 1988 preocupou-se com a proteção da vida, mas nada se referindo sobre a morte, de sorte que se recorrerá ao estudo do ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, visando encontrar fundamentos jurídicos a embasar a aplicabilidade da “morte digna” sob a perspectiva da ortotanásia mediante os cuidados paliativos.

6 FUNDAMENTOS PARA A “MORTE DIGNA” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS CUIDADOS PALIATIVOS

Conceituar “morte”, “vida” e “dignidade”, não é tarefa simples, uma vez que são termos amplos e complexos que demandam conhecimento de várias áreas do saber sem desconsiderar as religiões. A elaboração normativa e doutrinária que contemplem essa temática precisa embasar suas teses também em fundamentos bioéticos e biojurídicos de tal forma que consiga alcançar a maior eficácia possível.

O legislador pátrio constitucional de 1988 não ousou normatizar o direito à morte, restringindo-se a sedimentar o direito à vida (art. 5º) como um direito fundamental e a dignidade como um fundamento (art. 1º), sendo a dignidade um fundamento para a vida, sem apresentar qualquer conceito. Tomando a morte como o fim da vida, por conseguinte a dignidade serve de fundamento para a morte também.

³⁷ Referência do autor à Grocio H., *De Iure Belli ac Pacis*, Prolegomena, 11.





Apesar de os cuidados paliativos³⁸ e as diretivas antecipadas de vontade do paciente³⁹ serem normas éticas infralegais previstas pelo Conselho Federal de Medicina, podem ser perfeitamente enquadradas no conceito de “morte digna” da ortotanásia.

Embora se busque sempre defender a vida, não se pode fazê-lo irrestritamente e estender o sofrimento uma vez que ninguém pode ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 2012, art. 5º, III).

Se a morte é a finitude da vida, aquela faz parte desta. Se a bioética cuida da vida, por consequência cuida da morte. No âmbito da terminalidade da vida, a dignidade pode ser manifestada através da valorização de alguns fatores como a amenização da dor e do sofrimento, o conforto, o respeito pelo paciente, autonomia para decidir sobre o local em que prefere passar seus últimos dias, a informação sobre sua doença e riscos dos procedimentos, acesso a tratamentos e a medicamentos que possam amenizar o seu martírio, renúncia ou suspensão de intervenções a que não deseja se submeter, não abandonar o paciente, respeitar as suas convicções religiosas, não fazer encaminhamentos terapêuticos e cirurgias desnecessários e sempre demonstrar carinho para aquele ser em desespero.

O ambíguo artigo 15 do Código Civil transmite a ideia de que, na presença de risco de vida ao paciente, este não poderá ser constrangido a realizar intervenção cirúrgica e que, na ausência de risco, poderá ser obrigado a se submeter à intervenção (BRASIL, 2002). É claro que a intenção do legislador não foi a de forçar ninguém a realizar procedimentos que não deseja ainda que não corra risco de vida ou à sua saúde. Parece que a intenção do legislador ao elaborar tal norma, foi a de valorizar a autonomia do paciente, materializada no consentimento informado esclarecido,⁴⁰ embora este não tenha sido regulamentado legalmente,

³⁸ É vedado ao médico: 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 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

³⁹ 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 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

⁴⁰ “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. 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.”





permanecendo, por ora, apenas na seara ética (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, art. 22).

Na prática, no Brasil, coexistem três modalidades ideais de morte: a tradicional, a moderna e a contemporânea. A primeira continua sendo vivenciada nas cidades pequenas do interior onde o falecimento de alguém afeta toda a comunidade e a identidade da pessoa está entrelaçada ao grupo a que pertence. A morte moderna persiste nos grandes centros urbanos com a perda da identidade da pessoa ao longo do processo de finalização da vida em virtude da progressiva redução de sua autonomia na tomada de decisões. A morte contemporânea vivida nas unidades de cuidados paliativos permite o estabelecimento de novas identidades a partir das relações com cuidadores paliativos seguindo o curso “natural” da morte. Esse modelo contemporâneo, porém, deve ser aplicado com restrições notadamente quanto à autonomia do paciente terminal (MENEZES, 2003, p. 113).

Por fim, concorde-se com Foucault de que houve a socialização e a institucionalização da medicina dando-se maior acento à relação entre médicos e pacientes, mas também com Menezes no tocante à perda da identidade diante do paradigma moderno do morrer. O morrer é um fenômeno (não um dado) que é compreendido de forma existencial, disse Heidegger. O ser humano é temporal, logo os modos de ver a morte mudam ao sabor do momento. As modalidades de morte trazidas por Menezes demonstram sim a estratificação social brasileira e a dificuldade intransponível de acesso à morte digna a todos. Uma razão a mais para se defender uma bioética laica e respeitosa.

A grande contribuição de Lévinas foi o respeito à morte afirmando que ela não pode ser encarada como algo aniquilador, mas sim uma relação emocional e intelectual que inclui o conhecimento sobre a morte dos outros. Não se pode afirmar que a morte seja um nada, mas um rumo ao desconhecido. Sob esse ponto, ainda que o autor não tenha se referido expressamente, pode-se associar a ausência de justificativa para a eutanásia e o suicídio assistido.

Assiste razão a Jonas quando afirma que tomada de decisão envolve valores. A sociedade precisa perder o medo de falar da morte, aceitá-la. Existe dignidade no morrer consubstanciada no direito humano de deixar seguir o seu curso normal. Os direitos do paciente estão no campo do ser e não do fazer. Nesse sentido,

(CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).





alguns fatores como a informação clara, o respeito pela autonomia do paciente no tocante ao rechaço de terapias e tratamentos. Se a dignidade é um fundamento constitucional que contempla a vida, ela o faz em relação à morte – sendo assim, as diretivas antecipadas de vontade estariam constitucionalmente amparadas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo visou abordar a história da morte; os entendimentos filosóficos sobre esse fenômeno; a eutanásia e o suicídio assistido como causas à ladeira escorregadia; a morte digna pela lente da ortotanásia; a bioética laica; e a morte digna no ordenamento jurídico brasileiro sob a perspectiva dos cuidados paliativos na realidade brasileira.

Optou-se, como o meio mais eficaz de resolver conflitos existenciais em face de temas complexos, a prática da ortotanásia cuja filosofia assevera o respeito pelo curso natural da vida e do seu fim. Essa prática visa disponibilizar ao paciente determinar as condições terapêuticas com vistas a minimizar o sofrimento pelo rechaço de intervenções e tratamentos que somente lhe prolonguem a vida, e não curativos.

Defende-se que a dignidade, no campo da bioética médica, seja interpretada como a valorização de alguns fatores como o alívio e a mitigação da dor e do sofrimento, o conforto, o respeito pela autonomia do paciente para decidir sobre o local em que prefere passar nos seus últimos dias, a informação sobre sua doença e riscos dos procedimentos, acesso a tratamentos e a medicamentos que possam amenizar o seu martírio, renúncia ou suspensão de intervenções a que não deseja se submeter, não abandono do paciente, respeito pelas suas convicções religiosas e morais, defendendo-se a bioética laica, não preconceituosa, não tendente à universalização de moralidades e valores.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Daniel Rossini; DUNNINGHAM, William Azevedo. Distanásia: uma reflexão sobre o papel psicossocial da morte. **Revista Brasileira de Neurologia e Psiquiatria**, Salvador, v. 17, n. 1, p. 5-24, abr. 2013.





BARREIRA JÚNIOR, Edilson Baltazar. Norbert Elias e a solidão dos moribundos. **Cadernos ESP**, Ceará, v. 5, n. 1, p. 37-43, jan./jun. 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Regula a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 5 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CABRERA, Julio; SALAMANO, Mercedes Cecília. Heidegger para a Bioética. **Revista Latinoamericana de Bioética**, v. 14, n. 2, Edición 27, p. 118-127, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Novo Código de Ética Médica**. Curitiba: CFM, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 6 jul. 2015.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. **Parecer n. 1243/2000**. Morte cerebral encefálica/coma. Curitiba: CRMPR, 24 maio 2000. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPR/pareceres/2000/1243_2000.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito**: a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos, seguido de envelhecer e morrer**: alguns problemas sociológicos. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.





FLORIANI, Ciro Augusto. **Moderno movimento hospice: fundamentos, crenças e contradições na busca da boa morte.** 2009. Tese (Doutorado em Ciências na Área da Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009.

FLORIANI, Ciro Augusto. Moderno movimento *hospice*: *kalotanásia* e o revivalismo estético da boa morte. **Revista Bioética**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 397-404, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder.** Organização e tradução de Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. **Medicina**, Ribeirão Preto, v. 38, n. 1, p. 13-9, 2005.

GOLDIM, José Roberto. Refletindo sobre a morte: aborto, infanticídio e eutanásia. In: GOLDIM, José Roberto. **Breve introdução ao pensamento de Peter Singer.** Porto Alegre: Editora Uniritter, 2014.

GOLDIM, José Roberto. **Slippery Slope.** [S. l.: s. n.], 22 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/slippy.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte 1.** Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Universidade São Francisco/São Paulo: Editora Vozes, 2005a. Coleção Pensamento Humano.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte 2.** Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Universidade São Francisco/São Paulo: Editora Vozes, 2005b. Coleção Pensamento Humano.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética.** Sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona: Editorial Paidós, 1997.

JUNGES, José Roque et al. Legal and ethical reflections on end-of-life: a discussion on orthothanasia. **Revista Bioética**, v. 18, n. 2, p. 275-88, 2010.





KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução: Edson Bini. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. São Paulo: Edipro, 2003.

KIND, Luciana. Máquinas e argumentos: das tecnologias de suporte da vida à definição de morte cerebral. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 13-34, jan./mar. 2009.

KNOBEL, Marcos. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento? **Einstein**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 133-134, 2004.

KOVÁCS, Maria Júlia. A morte no contexto dos cuidados paliativos. In: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. **Cuidado paliativo**. Coordenação institucional: Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: CRMSP, 2008a.

KOVÁCS, Maria Júlia. Representações de morte. In: KOVÁCS, Maria Júlia (coord.). **Morte e desenvolvimento humano**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008b. p. 1-13.

LÉVINAS, Emmanuel. **God, death and time**. Tradução: Bettina Bergo. California: Stanford University Press, 2000.

MENEZES, Rachel Aisengart. Um modelo para morrer: última etapa na construção social contemporânea da pessoa? **Campos**, v. 3, p. 103-16, 2003.

MOTTA, Márcia Vieira da et al. Pedidos para interrupção de gestação de anencéfalos: jurisprudência no estado de São Paulo. Saúde. **Saúde, Ética & Justiça**, v. 18, n. 2, p. 146-56, 2013.

NEOGI, Suchandra. Self-willed death: an aspect of euthanasia in Buddhism. Department of philosophy, Burdwan University, W.B, India. **International Journal of Current Research**, v. 5, n. 7, p. 2010-2011, jul. 2013.





OTERO, Juan María Martínez. Autonomía e información de los pacientes: del reconocimiento de derechos a la pérdida de confianza. Reflexiones con motivo de la aparición de nuevas normas sobre los derechos de los pacientes al final de la vida. Universidad CEU Cardenal Herrera – Valencia (España). **Cuad. Bioét.**, v. XXIII, p. 153-67, 2012.

PAPA PIO XII. Reanimatione. **Acta Apostolicae Sedis**, p. 1027- 1033, 24 nov. 1957.

SALGUEIRO, Jennifer Braathen; GOLDIM, José Roberto. As múltiplas interfaces da Bioética com a religião e a espiritualidade. In: GOLDIM, José Roberto *et al.* **Bioética e espiritualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. Coleção Bioética 1.

SÁNCHEZ, Emílio García. El rescate de lo humano en el enfuermo que se muere. Universidad CEU Cardenal Herrera-Valencia (España). **Cuad. Bioét.**, v. XXIII, p. 135-49, 2012.

SMITH, Wesley J. Euthanasia and assisted suicide. **Encyclopedia of Crime and Justice**, Sept. 2015, 2002. Disponível em: <http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3403000109.html>. Acesso em: 18 jun. 2015.

VELASCO, Maria Cruz Días de Terán. Bioética laica e bioética religiosa: claves para uma argumentación contemporânea. 2012. **Cuad. Bioét.**, v. XXIII, p. 179-93, 2012.

WALTER, Tony. Historical and variants of the good death. Department of Sociology, University of Reading, Reading RG6 6AA. **BMJ**, v. 327, n. 26, p. 218-20, July 2003.

YOUNG, Katherine K. A cross-cultural historical case against planned self-willed death and assisted suicide. **McGill Law Journal**, p. 657, 1994.





A TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA E A MORTE DIGNA PELAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A PERSPECTIVA DA FILOSOFIA OCIDENTAL

A filosofia ocidental tem Immanuel Kant¹ como o maior expoente no estudo da dignidade humana pelo prisma da ontologia. Ele dizia que, em regra, todo ser humano racional existe como um fim em si mesmo e não um meio para os desígnios de outras vontades. A distinção entre pessoas e coisas reside no fato de que estas são seres irracionais, são meios e possuem valor relativo. As pessoas são seres racionais, portanto fins objetivos em si mesmos, não se cogitando a sua substituição por outros fins. As pessoas não têm preço, como as coisas, por serem seres racionais (KANT, 2009, p. 241).

Assim o imperativo kantiano: “[...] age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio” que, levado a cabo significa que, se alguém pensar em se matar deve se perguntar antes se a sua ação leva a ideia de humanidade como uma finalidade em si mesma. Desse modo, ao servir-se de sua pessoa para escapar de uma situação difícil, estaria usando-a como um meio. O homem é um fim em si mesmo e não um mero meio (KANT, 2009, p. 245).

A moral kantiana está associada à ideia de liberdade. Não há como provar a liberdade como se fosse algo real ou da natureza do homem, ela é pressuposta da vontade em seres dotados de razão assim capacitados de representar-se em

¹ Na opinião de Fladimir Jerônimo Belinati Martins, no pensamento filosófico hodierno, o conceito de dignidade da pessoa humana tem prevalecido, sendo fonte a partir da qual muitos autores embasaram suas teses, inclusive constitucionais. A noção de pessoa racional kantiana é extraída da doutrina antropológica de Santo Tomás de Aquino. Kant afirmou que os seres irracionais são dotados de valor relativo, mas não de dignidade, qualidade intrínseca característica apenas dos seres racionais sem equivalente ou preço (MARTINS, 2012, p. 25-29).





pensamento (KANT, 2009, p. 357). A vontade pressupõe a liberdade sendo esta um atributo especial da vontade de todos os seres racionais (KANT, 2009, p. 351). Se a vontade vale para todos os seres racionais e a liberdade é propriedade da vontade, logo, eles também são dignos da liberdade e de todas as leis a ela vinculadas (KANT, 2009, p. 353).

Kant entende a liberdade como o único direito inato (o que ele chama de original por pertencer ao ser humano) e amplo. Ela é vista como a “independência de ser constrangido pela vontade alheia” o que simboliza a possível coexistência com a liberdade das outras pessoas conforme uma lei universal (KANT, 2003, p. 83). A liberdade possibilita a autonomia – e isso é um preceito moral.

Consiste a autonomia em escolher e agir de acordo com a vontade boa, tornando efetivas as determinações categóricas do próprio sujeito uma vez que ele é também colegislador das leis universais às quais ele também se submete. O atuar moralmente depende dessa capacidade de autodeterminação do ser humano tendo como fundamento os princípios autônomos escolhidos e determinados pelo próprio sujeito.

Kant percebe a dignidade humana como o limite mais relevante à autonomia/liberdade e pertence até mesmo aos destituídos de capacidade absoluta, como as pessoas incapazes física e/ou mentalmente (SARLET, 2005, p. 21-22).

Autonomia/liberdade significa “legislar para si”. Elas são o fundamento da dignidade humana de todo ser racional (KANT, 2009, p. 269). Um dever moral. A autonomia, a liberdade e a dignidade formam uma tríade irrompível (MAURER, 2005, p. 76). A dignidade kantiana é entendida como um atributo inalienável do ser humano capaz de impedir que ele seja usado como coisa. A dignidade concretiza-se no indivíduo em virtude de sua capacidade de autodeterminação e racionalidade (RECKZIEGEL; PEZZELA, 2013, p. 114).

A lei máxima para Immanuel Kant, e à qual todos devem respeito, é a de que toda pessoa deve ser considerada um fim e não um meio. É dever de cada um respeitar à própria dignidade e à alheia. Se o indivíduo agir de forma indigna perde direitos fundamentais. Desse modo, todo homem possui direito à vida, porém, em caso de legítima defesa, a morte de quem começou a agressão não pode ser considerada injusta, assim como também contraria a dignidade o ato de mutilar-se ou de humilhar os outros (MAURER, 2005, p. 83).





Como um fim em si mesmo, o homem precisa escolher os próprios fins no sentido do que ele quer ser, mas também necessita atribuir-se um valor absoluto que só se efetiva a partir do momento que ele é capaz de ter uma vontade moralmente boa. Sendo a moralidade a condição única para um ser racional ser um fim em si mesmo, então se presume necessário, em primeiro lugar, supor antecipadamente o conceito de moralidade. Immanuel Kant entende que o homem é *pessoa* devido à sua natureza racional, portanto, objeto do *sentimento moral de respeito*.²

Dentre os filósofos imanentistas, a dignidade foi apresentada como um atributo absoluto, prévio e transcendental. Immanuel Kant compreendeu a dignidade como a manifestação da magnitude humana, ao passo que Emmanuel Lévinas buscou demonstrar que a dignidade se declara na fraqueza humana (MAURER, 2005, p. 66).

Emmanuel Lévinas (2004, p. 217) desenvolveu sua ética sob a ótica da fenomenologia e cunhou a “fenomenologia da socialidade” do o rosto do Outro que morre e que ordena que o Mesmo não haja com indiferença e não deixe o Outro sozinho, chamando o Mesmo para responsabilidade pela vida do Outro (LÉVINAS, 2006, p. 18-19), um responder ilimitado de alteridade ainda que seja somente para dizer: “eis me aqui”. A essência do ser ontológico não basta para a configuração da dignidade. O sujeito humano não consiste em um ser supremo da natureza ou um conceito, ele não pode ser reduzido à autoconsciência. Emmanuel Lévinas (2006, p. 123) sustenta sua tese na ideia de que a responsabilidade precede à liberdade, na possibilidade de existência conjunta da liberdade do sujeito com o Outro sem que a liberdade deste seja ofendida. Para José André da Costa (2011, p. 18), a dignidade do Outro de Lévinas é respeitada quando é reconhecido como pessoa, em sua Alteridade.³

O sofrimento possui conteúdo psicológico para Emmanuel Lévinas (2004, p. 164). A consciência do sofrimento não significa a sua aceitabilidade. O fato de não assumir o sofrimento não advém do grau excessivo de uma sensação, nem

² Almeida, nota de rodapé em Kant (2009, p. 329-330).

³ Lévinas volta-se contra os idealismos consubstanciados na razão, na dignidade e na racionalidade humana depois dos acontecimentos nos campos de concentração alemães. Com sua filosofia voltada para a vida, ele procurou analisar o ente em sua concretude, rejeitando tanto a ontologia hegeliana quanto a epistemologia idealista kantiana. O pensamento em Lévinas não se rege pela técnica já que pode desembocar no abandono do Outro. Ele propõe sua metafísica, fazendo distinção entre a “mesmidade” e a Alteridade (COSTA, 2011, p. 37-39).





decorre de uma quantidade excessiva da sensibilidade, contudo, o sofrimento é um “demais” que se entalha “num conteúdo sensorial, penetra como sofrimento nas dimensões do sentido que aí parecem abrir-se ou enxertar-se.” A dor, por seu turno, enquanto “desordena a ordem”, é “o próprio desordenamento”. A dor é o rejeitar em si, não se tratando apenas da tomada de consciência ou do sintoma de uma rejeição. O sofrimento também é passividade, uma qualidade que não é o oposto de atividade, vai além, é muito mais passiva do que a própria atividade receptora dos sentidos e supera a própria percepção. O sofrimento também demonstra a vulnerabilidade que supera tanto a receptividade como a experiência. “O sofrer é um padecer puro”. O sofrimento é o mal. A dor também é um mal, a dor é o dano em si.

O sofrimento é um fenômeno inútil, isto é, “por nada” – vide as experiências de dores persistentes e intratáveis nos relatos médicos de pacientes com nevralgias, lombalgias e tumores malignos. Essas são denominadas “dores-doenças”, em que a dor se transforma no principal fenômeno vivido pelo enfermo, podendo levar à piora do quadro, elevando a “crueldade do mal”, se os pacientes também forem abandonados e se sentirem angustiados. Os seres retardados, que já possuem estreitamento em suas relações, encaixam no grupo daqueles que sentem a “dor pura”, dentro da categoria das “dores-doenças”. Nestes casos, a “dor pura” que neles se manifesta, projeta-se no Mesmo (eu), suscitando um problema ético da medicação – quando “o mal do sofrimento” passivo, impotente, abandonado e só, é assumido e, como não está integrado, o seu rogo por socorro e por cura, se manifesta por meio de “um gemido”, “um grito”, “uma queixa”, “um suspiro”, uma súplica pela analgesia e pela urgente eliminação da dor parece ser mais emergente do que “um pedido de consolação ou de adiamento da morte”, em uma relação de alteridade ética, médica, obstinada e fundamental. A medicina, nessas conjecturas, com sua técnica e tecnologia não se comporta somente como “vontade de poder” (LÉVINAS, 2004, p. 130-131).

As doutrinas de Immanuel Kant e Emmanuel Lévinas respaldaram-se na prioridade da ética da vida como forma de expressão da dignidade humana, mostrando, neste ponto, o resgate do pensamento kantiano pelo pensamento levinasiano. Emmanuel Lévinas, contudo, desviou-se do kantismo ao defender a responsabilidade pelo Outro e afastando-se da representação de sofrimento dada por Immanuel Kant. Este afirmava ser a racionalidade humana (“o que”)





um traço peculiar do ser humano conferindo-lhe semelhança a Deus. Emmanuel Lévinas ocupou-se do Outro (“quem”), argumentando que o Outro não se reduz a elementos tais como a razão ou linguagem e a alteridade não se funda na propriedade (PERPICH, 2008, p. 153-154).

2 DIGNIDADE NA ÉTICA MÉDICA

A médica americana Ruth Macklin (2003, p. 1419) rejeita a tese da utilidade da dignidade afirmando que a dignidade significa somente o respeito pelas pessoas em sua autonomia e os apelos em torno da dignidade, na análise dos principais exemplos, não passam de reformulações vagas de outros conceitos ou meros lemas que em nada acrescentam para a compreensão do tema. A Convenção do Conselho da Europa dirigida aos Direitos Humanos aborda a dignidade simplesmente como respeito pelas pessoas, no contexto do consentimento informado e voluntário, pela sua indispensável necessidade de evitar abusos e discriminações, bem como resguardar a confidencialidade.

Quanto às DAVs, segundo Macklin (2003, p. 1419-1420), resultaram de questionamentos acerca do processo de morrer, traduzidos no “direito de morrer com dignidade”, a possibilidade de renúncia de tratamentos médicos que prolongassem a sobrevivência do paciente. Esse movimento aflorou na década de 1970, resultando no California Natural Death Act, de 1976. Nesse documento, as diretrizes deixadas pelo indivíduo representam o respeito à sua dignidade e privacidade na fase terminal da doença – que leva a concluir que a dignidade não passa de respeito pela autonomia. Por conseguinte, não há sentido na crítica de certos eticistas de que se estaria violando a dignidade do morto através da conduta acadêmica de permitir o treino de procedimentos em cadáveres pelos estudantes de Medicina. Isso porque, segundo ela, desconsiderando o interesse familiar pelo falecido, o respeito, nesse caso, é pelos desejos dos vivos. Assim, a eliminação do conceito dignidade em nada prejudicaria o conteúdo.

Para Adam Schulman (2008, p. 3-18, 6-12), por sua vez, a dignidade humana possui um conceito flexível, maleável, de aplicação indeterminada na Bioética. A explicação, em parte, radica já nas diferenças em suas origens que remontam





à antiguidade clássica em que os gregos (*dignus*)⁴ e romanos (*dignitas*), viam-na como algo raro e insólito presente no desempenho atlético e musical, no heroísmo na guerra e no altruísmo dos que se sacrificavam por suas crianças, idosos e vizinhos acometidos por alguma desventura ou tragédia. Para os estóicos, o predicado da dignidade vinculava-se a todos os seres humanos em função de sua racionalidade cuja função era proporcionar paz à mente. A pobreza, a opressão e a doença não deveriam impedir o viver digno. A religião bíblica professava o homem como imagem e semelhança de Deus, por isso a inalienabilidade e inerência da dignidade do homem. A filosofia moral kantiana, com base no estoicismo, tentou universalizar a dignidade humana pela sua autonomia racional. O respeito pela dignidade era compreendido como a proibição de manipular as pessoas, como meios, objetos e instrumentos. Outro problema apontado pelo autor, para a Bioética relativamente à dignidade, é que as fontes constantes das constituições do século XX e as declarações internacionais trazem fundamentos norte-americanos sobre a vida, a liberdade e a dignidade, esta inalienável e inerente ao ser humano.

Schulman (2008, p. 15-17), de índole liberal, posiciona-se favorável à existência da dignidade como humanidade, isso porque, desde Hobbes e Locke até os fundadores americanos, por motivos políticos e por prudência, outrora asseveraram que a dignidade pertence a todos os seres humanos. O fundamento da dignidade, para ele, contempla a promoção da tolerância, da liberdade, da paz e da igualdade e, no espaço da ética médica, do respeito pelos demais, bem como da confidencialidade, da voluntariedade, do consentimento informado, e da defesa contra o abuso e a discriminação. Diante do poder de manipulação do homem sobre a sua natureza através da biotecnologia, não se poderia negar a existência da dignidade no sentido de humanidade.

⁴ Aristóteles via a morte como a mais terrível de todas as coisas considerando-a o fim e, aos mortos, nada de bom ou mau. Bravo seria aquele que desteme a morte honrosa e covarde aquele que prefere a morte para fugir da pobreza, de um amor ou outro motivo (ARISTÓTELES, 1991, p. 60). Segundo Martins (2012, p. 20-24), os gregos não empregavam de forma direta a ideia de dignidade da pessoa humana. A grande contribuição grega foi no pensamento racional e no atuar humano, superando o pensamento mítico. A filosofia cristã contribuiu ao transmitir a igualdade entre todos os homens e o respeito pela sua dignidade intrínseca. Apesar disso, foi São Tomás de Aquino quem mencionou, pela primeira vez, a expressão “dignidade humana” vinculada à aceção de pessoa cuja racionalidade, atributo peculiar dos seres humanos, conferindo-lhes liberdade, porém acompanhada de responsabilidade. O ser humano passa a ser visto como um fim e si.





Os autores, Timothy Caulfield e Audrey Chapman (2005, p. 736-737) alertam que o impasse em torno da dignidade é devido à sua vagueza e pobreza conceitual. As maiores complicações são observadas em sociedades plurais onde a diversidade de grupos e de comunidades expressam o seu conceito de dignidade esculpido e orientado por seus próprios valores religiosos, entendimentos culturais e visões do mundo. Entretanto, muito embora o modelo de dignidade representado pelo direito empoderado de fazer escolhas autônomas, previsto nos documentos que tratam de questões científicas controversas, como do genoma humano e de células-tronco, seria melhor interpretar a dignidade como um meio de restrição que está ganhando espaço salutar na política científica. Em outros casos, como o da mercantilização de tecidos, de clonagem humana e para aqueles que se opõem às pesquisas com células-tronco, ou buscam limitar pesquisas com embriões humanos, a dignidade espelha uma posição moral ou social, no sentido de que essas atividades são contrárias à moralidade pública ou ao bem coletivo. Apesar da concepção comum de que a dignidade é algo inerente ao ser humano, esses documentos refletem que ela depende de valores e da experiência dos indivíduos no seio de suas sociedades. Todavia, se já é difícil alcançar um consenso sobre o conceito de dignidade dentro das sociedades plurais, quicá um sentido único universal.

Já Roger Brownsword (2003, p. 18-20) pondera sobre a transformação da Bioética calcada no debate entre utilitaristas e os defensores dos direitos humanos. Ele apoia, entretanto, aquela que reúne esses lados num terceiro ponto, na “aliança dignitária”, pois, a despeito da existência de duas deontologias sobre a dignidade humana na Bioética, a saber, a autonomia como empoderamento, no apoio à autonomia individual, e a autonomia como restrição, nenhuma delas, por si só, é capaz de oferecer embasamentos suficientes a sustentar a dignidade humana. Daí a proposta de uma aliança entre elas.

Tanto uma como a outra advoga pelo respeito à dignidade humana, quer seja por aqueles que defendem a morte digna, quer seja pelos opositores da ideia. A dignidade como empoderamento está fortemente relacionada com a sabedoria dos direitos humanos modernos. Ela aparece em várias cartas de direitos humanos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afirmando ser um direito inerente e inalienável dos seres humanos igual e universalmente.





Essa não é, contudo, uma afirmativa convincente para todos os seres humanos (BROWNSWORD, 2003, p. 20).

Afora os argumentos utilizados por cada movimento na defesa de sua tese, verifica-se como elemento convergente o respeito pela dignidade humana. A dignidade humana como empoderamento protege a autonomia na tomada de decisão sublinhando que só assim exercitar-se-ia a dignidade. Agentes autônomos podem sobrepor suas decisões sobre as restrições do grupo ou individuais, a ponto de essas pessoas controlarem um espaço, um país. Por outro lado, na comunidade guiada pela dignidade como restrição, respeita-se um conjunto de valores protegidos pela noção de dignidade humana. Se um determinado grupo simular o entendimento de dignidade do outro grupo, haverá algum grau de correspondência prática entre esses grupos bioéticos de maneira que modelos possam ser aceitos e aplicados em cada grupo. Deve-se sempre levar em conta que as crenças básicas sobre a dignidade humana são distintas para ambas as comunidades bioéticas. A ideia é a de que haja uma correspondência entre ambas as perspectivas e que a Bioética prática possa levar a acordos (BROWNSWORD, 2003, p. 31-32).

Jonas (1995, p. 53) critica o controle da conduta humana por meio das ciências médicas que substituem artificialmente o agir humano. Em sua opinião, não se questionam os benefícios, por exemplo, da utilização da técnica médica a fim de tirar sintomas dolorosos dos enfermos mentais, contudo não é louvável fazer dessas técnicas como forma de conforto e manipulação social, afetando os direitos e a dignidade humana. Toda vez que a prática humana, ao lidar com os problemas humanos, for substituída por mecanismos impessoais, alguma coisa da dignidade da pessoa também é suprimida se transfere mais a responsabilidade dos agentes para “sistemas programados de comportamento”. Os benefícios da “empresa humana” de controle social devem ser avaliados, axiologicamente, frente ao sacrifício da privação da autonomia individual.

Outrossim, a morte possui a própria dignidade e é direito humano deixar seguir o seu curso normal (JONAS, 1995, p. 155-156). O direito de morrer não se confunde com o suicídio. O direito de morrer sim está atrelado à condição daquele paciente que se encontra em estado mortal e vulnerável à Medicina moderna materializada nas técnicas de retardamento da morte (JONAS, 1995, p. 160).





3 A DIGNIDADE PELO PRISMA JURÍDICO, DAVs e TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA

Do ponto de vista jurídico-constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 67-83) conceitua a dignidade da pessoa humana como um atributo intrínseco, diferenciado e reconhecido de todo ser humano capaz de fazer dele um merecedor de respeito e consideração seja pela comunidade seja pelo Estado. O ser humano deve ser protegido contra atos de degradação e condutas desumanas e ter garantidas as mínimas condições existenciais para uma vida saudável. Além disso, é preciso a viabilização e promoção da própria e responsável participação nos caminhos de sua vida existencial, em comunhão com os outros seres humanos imperando o respeito mútuo. A dignidade é um valor (um princípio) passível de ponderação e de relativização, e insubstituível. Para o autor, a dignidade atrai e exige a proteção de todos os direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 94).

A concepção principiológica da dignidade da pessoa humana como princípio-norma, imprime o atributo de submetê-la a certa relativização, preservado, contudo, o seu núcleo essencial que é intangível. Nos moldes kantianos, consiste no ponto intocável traduzido na não coisificação ou instrumentalização da pessoa. A dignidade não pode ser ofendida nem mesmo com o fim de tutelar a dignidade de terceiros (tortura, por exemplo). É preciso tolerância em sociedades multiculturais, pois à dignidade podem ser atribuídos conceitos discrepantes produzindo resultados heterogêneos. A abertura conceitual da dignidade está associada a relações e ações comunicativas envolvendo aspectos históricos e culturais (SARLET, 2009, p. 148-151).

Robert Alexy (2008, p. 111-114), baseando-se na Constituição alemã, argumenta que, pelo fato de o princípio da dignidade humana ser em parte princípio e em parte regra, e, em razão de a dignidade atrair um amplo grupo de precedências garantindo ao princípio dignidade um alto grau de segurança frente a outros princípios, transmite a impressão de ser um princípio absoluto. O Tribunal Constitucional Federal alemão conceitua a dignidade da pessoa humana como a “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta”. Nas situações de fato relevantes, não há prevalência da dignidade humana sobre outras normas, mas somente se busca averiguar a sua possível violação. Contudo,





em virtude da abertura conceitual da dignidade, a sua definição depende das circunstâncias do caso concreto de sorte que precisa de sopesamento. Da preponderância do princípio da dignidade humana sobre outros princípios resulta o produto, o conteúdo da regra, que é absoluta.

O legislador pátrio não ousou apresentar a definição da dignidade no contexto do ordenamento jurídico interno, limitando-se a adjetivá-lo como um fundamento constitucional.

A noção de fundamento implica no estudo do desenvolvimento de princípio para fundamento. Aristóteles empregava o termo “princípio” como indicativo de algo que se desenvolve e evolui. Na *Crítica da Razão Pura*, o fundamento é um raciocínio jurídico de buscar as justificativas que legitimam a sua conclusão. Na seara fática, o profissional do direito se debruça sobre provas. Por isso que Kant escreveu os *Fundamentos para uma Metafísica dos Costumes*, procedendo a uma dedução transcendental na área da ética que, em verdade, é uma justificativa para as ações humanas, traduzida como o imperativo categórico, que é o princípio supremo da moralidade, ou seja, o fundamento que determina a vontade. Aristóteles falava em “fonte”, enquanto Kant em “razão justificativa”. Na Constituição de 1988, a dignidade humana vem como “fundamento”, simbolizando a fonte legitimadora ou razão justificativa. Para a teoria geral do direito, “fundamento” transmite a ideia de “validade” e de fonte dos efeitos que emanam das normas. O poder constituinte encontra fundamentos em fatos e princípios éticos. O fundamento depende de um valor ético do direito e dado que o direito é uma invenção humana, decorre desse humano o seu valor. É um engano pensar que direitos historicamente relativos não podem ter fundamento absoluto (COMPARATO, 2013, p. 1-7).

3.1 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O assunto das Diretivas Antecipadas de Vontade chama atenção para as situações existenciais. Meireles (2009, p. 44-45) diferencia as situações que têm função social daquelas que são a própria função social, isso a depender do interesse social e do interesse individual considerado. Nas circunstâncias jurídicas em que inexistente uma divisão entre o interesse individual e a função social, como as “situações existenciais”, tem-se a função social em si – isso porque a pedra angular





é a dignidade humana de interesse individual e coletivo. “As situações jurídicas subjetivas existenciais” envolvem a tutela da pessoa com vistas à promoção da dignidade humana e ao desenvolvimento da personalidade.

O Código Civil Brasileiro, no artigo 11, traz os atributos dos direitos de personalidade abarcando não somente esses, mas as “situações subjetivas existenciais”, cujas normas preveem a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade, além da impossibilidade de serem limitados voluntariamente. A disposição autônoma de direitos envolvendo questões existenciais resulta na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica (MEIRELES, 2009, p. 151-154).

As DAVs são um negócio jurídico e, no molde norte-americano constitui uma forma de manifestação do interessado de deixar registrada, antecipadamente, a sua vontade traduzida na escolha de tratamentos ou terapias a que deseja se submeter no futuro quando estiver enfermo, ou seja, quanto à utilização de consentimento próprio para recusar, desistir ou aceitar procedimentos relativos à sua saúde em momento vindouro. As Diretivas são compostas de duas espécies: as Declarações Prévias (Testamento Vital) e o Mandato Vindouro. As primeiras ditam as diretrizes no tocante a intervenções médicas ao passo que o segundo diz respeito à eleição de um futuro cuidador (mandatário) dos interesses do interessado (mandante) quando estiver na condição de enfermo e se encontrar incapacitado para expressar de forma válida o seu consentimento (GODINHO, 2012).

As Declarações Prévias são uma espécie de negócio jurídico unilateral não receptício⁵ em que dispensa a vontade do destinatário para produzir efeitos, gratuito, *inter vivos*, informal, principal, personalíssimo e sujeito a nulidades. Na base estruturante do sistema dos fatos jurídicos estão os requisitos de existência. Em verdade, como o Código Civil não adotou o modelo de Pontes de Miranda, os requisitos ou elementos existenciais que estruturam o negócio jurídico são a “declaração de vontade, a

⁵ A declaração receptícia visa ao conhecimento do ato pelo destinatário, para que produza os seus devidos efeitos, ou seja, para que haja o acordo de vontades (GONÇALVES, 2012, p. 334). Advoga-se que as Declarações Prévias não sejam feitas na modalidade receptícia, pois não possuem um destinatário especial e dependeriam da anuência dos médicos e demais profissionais de saúde, o que parece muito difícil de acontecer tendo em vista o modelo de saúde pública brasileiro em que os médicos trabalham em sistema de rodízio de plantão, alternando no atendimento emergencial e ambulatorial. Muito embora esses profissionais possam deixar declarada sua objeção de consciência, eles devem envidar esforços para o cumprimento das diretrizes/declaração, encaminhando o paciente para que alguém a cumpra. Contudo, para a eficácia do contrato de Mandato Vindouro deve haver a ciência do mandatário e de sua manifestação, pois o encargo de se tomar conta de alguém, que pode permanecer enfermo por tempo imprevisível, precisa ser aceito.





finalidade negocial⁶ e a idoneidade do objeto⁷”. A vontade precisa ser manifestada e não apenas restrita ao mundo interno. A declaração é o mecanismo que externa a vontade, revelando-a. A vontade pode acontecer de forma expressa através da fala ou escrita, de mímica, de sinais e de gestos (caso dos surdos-mudos). A vontade tácita se revela pelo comportamento do indivíduo e, na hipótese de contratos, só é tácita se a lei não demandar a forma expressa. Na presumida, impera o mandamento legal (GONÇALVES, 2012, p. 333-334).

Dentre os requisitos de validade do negócio jurídico está a manifestação espontânea e livre da vontade. Podem ocorrer defeitos na formação e na manifestação da vontade, que tornam o negócio jurídico anulável. Esses são os vícios de consentimento: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão.⁸ Eles afetam a vontade e refletem na validade do negócio jurídico, exceto a coação física e a simulação que geram nulidade absoluta. Os vícios de consentimento estão na categoria das nulidades relativas, assim como os negócios realizados por relativamente incapazes como os maiores de 16 e menores de 18 anos de idade, os ébrios habituais, os pródigos e os viciados em tóxicos, bem como os indivíduos que não puderem expressar sua vontade por causa transitória ou permanente, sem a devida assistência (BRASIL, 2016, p. 876). Nesta última hipótese entrariam os comatosos e os pacientes em estado neurovegetativo persistente.

Assim, inexistindo qualquer consentimento, não há manifestação de vontade, nem negócio jurídico. Havendo o consentimento, mas maculado de vício,

⁶ A declaração de vontade precisa ter por escopo a finalidade negocial, ou seja, visando à produção dos efeitos. O negócio jurídico tem como pano de fundo a autonomia privada em que a pessoa declara sua escolha (GONÇALVES, 2012, p. 338).

⁷ A idoneidade do objeto recai sobre a ideia fungibilidade, isto é, deve apresentar os requisitos necessários e legais para a sua concreitude. As Diretivas Antecipadas lidam com a saúde do declarante, coisa infungível, sendo essa a sua qualidade e requisito (GONÇALVES, 2012, p. 338).

⁸ Sendo substancial o erro, o negócio é anulável (art. 138, CC) O erro é um equívoco fático, uma noção errada sobre algo ou pessoa, mas que pode ser notado por pessoa de diligência normal. Desde a adoção do princípio da confiança com apreço pela eticidade, não mais se busca descobrir se o erro é justificável, de acordo com o Enunciado 12 do Conselho de Justiça Federal; o dolo (art. 145, CC) é outra causa de anulação, assim como o dolo do representante legal; na coação, é importante o alerta do artigo 152 do CC em que o juiz precisa ficar atento para a condição, a saúde, a idade, o temperamento e o sexo do paciente. A coação moral, como a psicológica, torna o negócio jurídico viciado; o estado de perigo é quando a pessoa ou alguém de sua família ou afeto está em perigo e realiza negócio atraindo, para si, obrigação excessivamente onerosa, com alguém que tem conhecimento dessa condição (médico que cobra um valor excessivamente maior do que o real para realizar cirurgia em paciente com iminência de perder a via). A lesão ocorre quando há a imediata necessidade ou inexperiência (elemento subjetivo) somando-se à onerosidade excessiva (elemento objetivo), resultando em uma prestação excessivamente desproporcional (contrato de compra e venda de imóvel) (TARTUCE, 2015, p. 191-202).





o negócio é anulável. Já o consentimento expresso por absolutamente incapaz, leva à nulidade do negócio, apesar de existir (GONÇALVES, 2012, p. 455). Isso porque, no campo das nulidades absolutas, existe ofensa às normas de ordem pública afetando o plano da validade, consubstanciado no inciso I do artigo 166 do Código Civil, se o negócio for celebrado por absolutamente incapaz não representado, nos termos do artigo 3º do Código Civil, como é o caso dos menores de 16 anos sem representação dos pais, de tutor, ou curador.

Desde a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa com deficiência mental e o enfermo figuram entre os plenamente capazes, restando incapazes absolutamente apenas aos menores de 16 anos de idade. O interesse do legislador foi o de inserir os que não possuem discernimento para a prática da vida civil e aqueles que possuem o discernimento reduzido (BRASIL, 2002, p. 875-876, 937; BRASIL, 2016, p. 5028).⁹

De acordo com o inciso II do artigo 166, a ilicitude do objeto gera a nulidade absoluta do negócio jurídico pela infração do ordenamento jurídico e das normas éticas, assim como a impossibilidade de realização e execução física (como curar doença incurável) ou jurídica do objeto¹⁰, e a indeterminação (podendo ser indeterminável) deste. Assim, há a impossibilidade jurídica das Declarações Prévias, e das Diretivas Antecipadas, se o seu objeto adotar a prática da eutanásia, considerada homicídio pelo artigo 121 do Código Penal, e suicídio assistido, ajustado ao artigo 122 da mesma Norma Penal (BRASIL, 2016c, p. 2504-2508) e artigo 15 do Código Civil, e ilícito, já que vedados, também, pelo artigo 41 do Código de Ética Médica de 2009 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013, p. 584). Quanto ao enquadramento da ortotanásia, embora não esteja prevista de forma expressa nem mesmo pela normativa ética médica, pode-se buscar guarida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016b, p. 167), que trata do princípio da dignidade da pessoa humana, além das Resoluções n. 1.805/2006¹¹

⁹ Enquanto a declaração de vontade constitui requisito para a existência do negócio jurídico, a capacidade é elemento de validade.

¹⁰ Gonçalves (2012, p. 342-343) preleciona que a impossibilidade jurídica do objeto é afeta ao que é proibido pelo ordenamento jurídico. Já a ilicitude possui maior abrangência envolvendo questões morais, relativas aos bons costumes e principiológicas.

¹¹ Resolução nº 1.805/2006 permitiu ao médico restringir ou suspender tratamentos que prolonguem a sobrevida de pacientes terminais com enfermidade grave e incurável, sem, entretanto, deixar de prestar os cuidados necessários para minimizar a dor e o sofrimento, respeitando-se a vontade do paciente ou de seu representante legal (art. 1º). Ao paciente deve ser disponibilizada toda a assistência abrangendo o bem-estar físico, social, psíquico e espiritual, devendo receber alta hospitalar caso





e 1.995/2012¹² e o parágrafo único do artigo 41 do Código de Ética Médica, todos exarados pelo Conselho Federal de Medicina.

A falta de norma proibitiva, é permitido aos particulares realizar quaisquer atos jurídicos, desde que não violadores do ordenamento jurídico. As Declarações Prévias, conhecidas erroneamente por Testamento Vital, já são uma realidade existente em vários países. O fundamento mais plausível é de que elas evitam conflitos entre os familiares já que o interesse do doente estaria preservado mesmo diante da inexistência de legislação, em que pese ser importante a regulamentação específica. A inexistência legal permite a utilização da forma livre conforme o artigo 107 do Código Civil, embora se prefira que o documento seja formalizado na presença de tabelião e que siga, analogicamente, os requisitos formais do testamento. O obstáculo da ilicitude dos artigos 104, II, e 106, II, do Código Civil, fica restrito à prática da eutanásia e não da ortotanásia. Neste ponto, ainda que se tenha a vida como um bem supremo, em situações extremas como no caso dos pacientes terminais, impera o dever ético de cuidar dos pacientes paliativamente (GODINHO, 2012, p. 957-963).

A forma não precisa ser revestida de solenidade podendo ser realizada por instrumento público ou particular, na presença de testemunhas, embora a escrituração pública garanta maior segurança ao paciente, aos familiares e tutores, aos médicos e demais profissionais e instituições envolvidas no atendimento. Isso porque a prestação dos serviços de saúde está cada vez mais socializada e coletiva, envolvendo setores públicos e privados. Entretanto, a forma prevista no artigo 104 da Norma Civil (BRASIL, 2016a, p. 921) não pode ser defesa em lei.¹³

assim o prefira. A Resolução ampara o direito de informação do paciente ou do representante legal a respeito das terapias utilizadas de acordo com a doença (art. 1º, § 1º), devendo, a declaração do paciente, ser fundamentada e constar no prontuário (art. 1º, § 2º) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

¹² Por meio da Resolução nº 1.995/2012, o Conselho Federal de Medicina dispõe sobre a necessidade de valorizar a autonomia do paciente em sua interface com as Diretivas, ante a utilização de instrumentos tecnológicos limitados em prolongar a vida e o sofrimento de pacientes terminais, a partir de imólicas intervenções, “medidas desproporcionais”, sem produzir quaisquer benefícios ou perspectivas de melhora à saúde. Diferentemente da Resolução n. 1.805/2006, a de 2012 sugere o alargamento de abrangência das Diretivas não se limitando a pacientes terminais (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

¹³ A minuta da escritura pública das Diretivas Antecipadas de Vontade utilizada pelos cartórios do Estado de São Paulo é constituída pela qualificação das partes; nomeação e qualificação de procuradores; fundamentos constitucionais e legais (dignidade da pessoa humana e resoluções do Conselho Federal de Medicina); objeto (uma declaração de vontade sobre os direitos do corpo, da personalidade e da administração do patrimônio do requerente diante de possível moléstia grave ou acidente que venham a impedir a sua manifestação de vontade. Neste espaço, o declarante





A fim de que produza efeitos, as Declarações Prévias dependem da condição da incapacidade permanente e irreversível de doença futura do interessado que é um evento incerto¹⁴ conforme o artigo 121 do Código Civil, e, seguindo a linha da ética médica brasileira, o indivíduo deve se encontrar em fase de terminal da doença (Resolução 1.805) sob pena de ofender a eticidade, embora a Resolução 1.995/2012 tenha alargado essa possibilidade, sem esclarecer a profundidade das Diretivas, deixando esse papel para o legislador (BRASIL, 2002, p. 925). A condição, nesse caso, não é elemento acidental e acessório ao negócio jurídico, mas faz parte dele. É uma autolimitação da vontade.

Ademais, o Mandato Vindouro também não está regulamentado, embora não há legislação proibitiva no Código Civil, como pode ser visto nos artigos 115 a 120 que cuidam da representação, e nem nos artigos 653 a 692 que tratam do mandato. Os fundamentos para as Declarações Prévias também cabem ao Mandato Vindouro, dentre eles, especialmente o consentimento livre e esclarecido e a capacidade do mandante (GODINHO, 2012, p. 968-969).

orienta os médicos no tocante às preferências sobre procedimentos terapêuticos e diagnósticos, e, ainda, na condição clínica irreversível e terminal, ele pode rechaçar a execução de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e adotar cuidados paliativos apropriados, de modo a evitar a dor e o sofrimento físico, espiritual e moral); autorização e consentimento do declarante para: a) em caso de coma irreversível e esgotadas as possibilidades de vida sem o uso de aparelhos, o declarante autoriza e deseja o desligamento do suporte vital (ou a sua manutenção), b) gravidez, proceda-se de maneira a salvar o feto e, nascendo vivo ou morto, sejam aplicadas essas diretrizes. O declarante pode (ou não) autorizar o uso do material genético para tratamento de seus familiares, a utilização do sêmen para fecundar o óvulo de sua esposa, podendo a gestação ser feita pela esposa ou familiar, dentro de 2 anos; diagnóstico médico realizado, obedecendo aos ditames da Lei n. 9.434/97, artigo 3º, sobre os requisitos para a constatação da morte encefálica. O declarante também pode deliberar sobre um futuro estado vegetativo persistente durante o qual não desejaria: ter estendida sua sobrevida mediante aparelhos, ou que seja submetido a procedimentos cirúrgicos que lhe privem de viver normalmente e que apenas lhe prolonguem a vida, lhe seja amputado algum membro, que a sua vida seja estendida mediante a utilização de equipamento, por exemplo, bolsas de colostomia (auxílio na eliminação de fezes), seja mantido vivo por período superior a 6 meses se estiver inconsciente e, havendo permissão legislativa, seja realizada a prática da eutanásia, ou a transferência para país onde permitida; o declarante elege um representante para tomar conta do seu tratamento médico se estiver incapaz de se expressar, seguindo o determinado nas diretrizes e, havendo omissão, agirá segundo os seus critérios; representação para atuar junto a médicos, clínicas, hospitais e necrotérios, no sentido de obter prontuário médico do paciente, cópias de documentos ou informações a respeito do tratamento de saúde e causas da morte, de acordo com o Parecer do Conselho Federal de Saúde, n. 6/2010 (trata do sigilo na liberação de prontuário médico aos familiares cuja liberação só pode ocorrer mediante autorização judicial ou requisição do CFM ou CRM), autorizar autópsia ou necropsia, transporte dos restos mortais, e liberação do corpo de hospitais ou necrotérios para funeral; poderes de administração patrimonial; autorização de acesso à residência do declarante; o termo inicial e final do mandato, a saber, respectivamente, da incapacidade do declarante para exercer direitos ou atos da vida, e com a morte, interdição legal, retorno do declarante com discernimento para os atos da vida civil; doação de órgãos; exéquias (cremação do corpo) (FERREIRA, 2012).

¹⁴ A incerteza abrange não somente a incapacidade, mas também o tempo, diferentemente da morte que é um evento certo e indeterminado.





O Mandato ocorre quando alguém transfere poderes a outrem, para que este, em nome daquele, pratique atos ou administre interesses, perfazendo um “negócio jurídico de representação”. É um contrato bilateral, gratuito, consensual, comutativo uma vez que as partes conhecem suas obrigações, informal e não solene, é personalíssimo, baseado na confiança, na fidedúcia que o mandante tem pelo mandatário, convencionado entre as partes (TARTUCE, 2012, p. 489-493).

No Mandatário ou outorgado aceita a obrigação de realizar condutas, obrigação de fazer, visando à defesa dos interesses do mandante outorgante. Consiste em um contrato de serviço em que o mandatário pratica condutas e administra os interesses do mandante através da prestação de serviços. O documento de mandato pode ser feito de forma escrita, oral ou tácita esta quando o mandatário pratica ato executório que represente sua aceitação (COELHO, 2012, p. 645-651). A posição defendida neste artigo por estas articulistas, entretanto, é de que o Mandato Vindouro deva ser realizado na forma escrita e, na sua impossibilidade, a rogo, nesta hipótese na presença de duas testemunhas.

Na procuração, o mandatário possui a função de procurador/representante do mandante. Quando inexistente previsão legal de representação, o fundamento se baseia na convenção entre as partes, na relação de confiança. A consensualidade advém da consonância de vontades das partes e os poderes são limitados ao alcance da representação, podendo haver pluralidade de representantes (COELHO, 2012, p. 645-651).

O mandatário assume obrigação de cumprir diligentemente a obrigação para a qual se obrigou, sob pena de indenizar o mandante, não podendo transpor os limites do mandato; ele deve obedecer às instruções estabelecidas pelo mandante para a execução do mandato não exorbitando os poderes de mandatário de modo a prejudicar o mandante. Sem embargo, se o mandatário for maior de dezesseis e menor de dezoito anos de idade, não tem a obrigação de indenizar o mandante pelo dever diligente, assim como aos pais deste ou tutor, mesmo que culposamente realizado (COELHO, 2012, p. 652-658). O substabelecimento pode ocorrer desde que autorizado pelo mandante (COELHO, 2012, p. 665).

Já a revogação é uma declaração feita unilateralmente pelo mandante intencionando suprimir os poderes do mandatário. Ela é sempre possível mesmo que a outorga seja feita incluindo cláusula de irrevogabilidade. Ademais, ela consiste em negócio jurídico receptício, ou seja, seus efeitos só se aperfeiçoam





quando o mandatário toma conhecimento da declaração (art. 683, CC). A designação de novo representante para o mesmo negócio equivale à revogação do contrato de mandato. (art. 687) O mandatário pode renunciar o mandato declarando sua intenção unilateralmente, contanto que o mandante tome conhecimento do ato. Essa é uma hipótese possível desde que o mandatário não renuncie de forma injusta causando prejuízos ao mandante, como, por exemplo, no caso de inexistir tempo suficiente para promover a substituição. É considerada justa a renúncia se os poderes outorgados oneram excessivamente o mandatário e ele não possui o poder do substabelecimento (art. 688). Os atos de revogação e de renúncia precisam ser expressos (COELHO, 2012, p. 674-677).

A morte do mandante ou do mandatário é forma de extinção do contrato (COELHO, 2012, p. 677). Embora a interdição do mandante também seja considerada causa de extinção da outorga, no caso do Mandato Vindouro/Duradouro, segue-se a linha de que a interdição do mandante não importa a extinção do mandato, somente a interdição do mandatário poderia interromper o mandato por se tratar de ato personalíssimo. No Mandato Vindouro, por ser um negócio jurídico bilateral, verificam-se as vontades tanto do outorgante/mandante, como do outorgado/mandatário. Frise-se que o Mandato Vindouro pode ser realizado independentemente das Declarações Prévias, não se limitando à situação de terminalidade (fim de vida). Por conseguinte, as Diretivas não se restringem a essa condição.

No tocante à capacidade para a autodeterminação de disposições de vontade, a aquisição da maturidade não é um evento repentino, acontecendo paulatina e progressivamente. Pelo Código Civil de 2002, nos artigos 3º, 4º e 5º, o desenvolvimento infanto-juvenil parte dos absolutamente incapazes para os atos da vida civil, os menores de 16 anos de idade, passando pelos relativamente incapazes entre 16 e 18 anos de idade, até alcançar a maioridade aos 18 anos quando a pessoa é considerada pronta para exercer todos os atos da vida civil. Antes da Lei n. 13.146/2015, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º incluía em seu rol de absolutamente incapazes os deficientes mentais e os enfermos que não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, e, no artigo 4º, dentre os relativamente incapazes, ao lado dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos, as pessoas com deficiência mental, com discernimento





reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo (BRASIL, 2002, p. 875-876, 937, 2015, p. 5028).

Pelo Código Civil, os absolutamente incapazes são aqueles que não possuem qualquer discernimento precisando ser representados sem fazer parte do ato de forma pessoal. Depois dos 16 anos, são enquadrados dentre os relativamente incapazes em vista da redução do seu discernimento, praticando atos assistidos por representante legal. A capacidade de toda pessoa natural é a regra, logo as únicas exceções são as discriminadas taxativamente nos artigos 3º e 4º. O Código Civil, historicamente, protege as pessoas com deficiência tanto é que os incapazes são curatelados, pois a interdição reconhece a incapacidade em virtude de doença ou deficiência, além das hipóteses de prodigalidade e vício, como descreve o artigo 1.767 do Código Civil. O papel do curador é de ou representar ou assistir o curatelado (SIMÃO, 2015, p. 1-2).

Desde o Estatuto da Pessoa com Deficiência, contudo, a pessoa com deficiência mental e o enfermo são compreendidos entre os plenamente capazes aferindo a absoluta incapacidade tão somente aos menores de 16 anos de idade. O entendimento do legislador foi o de incluir os que não possuem discernimento para a prática da vida civil e aqueles que possuem o discernimento reduzido (SIMÃO, 2015, p. 1-2). Os efeitos resultantes dessa nova norma afetam diretamente os interditados que passam a ser capazes dispensando-se a necessidade de levantar a interdição. Assim, o artigo 6º do Estatuto inclui como capazes os enfermos, os deficientes mentais e os excepcionais. O embate está em relação às pessoas que não são capazes de manifestar sua vontade devido à deficiência grave e profunda, mas que vinham sendo representadas em sua maioria pelos pais, tornando-se, abruptamente, capazes, não sendo mais representada nem assistida, a despeito de não conseguir expressar sua vontade. Ademais, eles poderão realizar negócios jurídicos como celebração de contratos que, ainda que desvantajosos, terão validade porque firmados por pessoas capazes, sujeitos apenas à constatação de vícios do consentimento (SIMÃO, 2015, p. 2-4).

O artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência preceitua que a capacidade civil da pessoa não é afetada pela deficiência, até mesmo para casamento e constituição de união estável; o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos; decidir sobre o seu planejamento familiar inclusive o número de filhos; além de exercer o direito à tutela, à guarda, à curatela e à adoção, quer seja na posição





de adotante ou adotando. O artigo 12 determina pela imprescindibilidade do recolhimento do consentimento prévio, livre e esclarecido, caso a pessoa com deficiência necessite de algum procedimento, tratamento, hospitalização ou se submeta à pesquisa científica. O parágrafo único assegura a maior participação possível ao deficiente curatelado no processo de coleta da manifestação do consentimento. Haverá a dispensa do consentimento se a pessoa com deficiência estiver em risco de morte e em situação emergencial respeitado os seus interesses e as normativas legais (BRASIL, 2015, p. 5028 e 5030).

O Conselho Federal de Medicina regulamentou na Resolução 1.995/2012, no artigo 2º, § 1º e § 2º, que, quanto aos pacientes incapazes de se comunicar ou que não consigam manifestar livre e independentemente suas vontades, as DAVS deverão ser consideradas no momento de decidir sobre cuidados e tratamentos, acatando, inclusive as informações relatadas pelo representante do paciente, caso este tenha designado previamente, salvo se as escolhas do não estiverem de acordo com as determinações prescritas no Código de Ética Médica. A Resolução, destarte, não exige obrigatoriamente que os desejos do representante sejam atendidos, mas que sejam levados em consideração.

Pelo Código de Ética Médica, a vontade do paciente será tomada em consideração e, não sendo possível obtê-la, far-se-á através do representante legal, sendo vedadas as terapias inúteis e obstinadas (distanásia) devendo manter os cuidados paliativos aos pacientes terminais ou acometidos por doença incurável. As diretrizes não serão acolhidas se incompatíveis com o Código de Ética (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, p. 584; REVISTA ANOREG/SP, 2012).

Por ora, a elaboração das Diretivas está atrelada à condição da maioridade civil (dezoito anos) desde que com capacidade plena (distinguindo-se da regra do artigo 1.860 do Código Civil que regulamenta o testamento propriamente dito possibilitando que maiores de 16 anos possam exercer esse direito). Elas são atos personalíssimos (inclusive o Testamento Vital), assim como o testamento e o consentimento do paciente de modo que uma eventual incapacidade superveniente (art. 1.861, CC) não invalida aquela manifestada anteriormente só têm validade se formalizada por manifestação livre e espontânea não maculada por vícios de consentimento. Elas são revogáveis, adotando-se analogicamente os ditames civilistas para o testamento (art. 1.858 do Código Civil) (GODINHO, 2012, p. 962).





3.2 TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA

O modo e o grau de incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, geram debates na doutrina. Para a concepção tradicional dos Direitos Fundamentais, os particulares só podem opor-se aos poderes públicos, isso porque as primeiras declarações de direitos humanos, ao final do século XVIII, surgiram como reação ao Estado absolutista buscando-se proteger a sociedade civil, a partir da proteção das liberdades individuais (CARBONELL, 2006, p. 50).

Com as violações aos direitos humanos ocorridas na primeira metade do século XX, houve mudanças sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares sendo acentuada a partir da segunda metade do século XX e aprofundada no século XXI, sobretudo entre os alemães, apesar de incerta a eficácia desses direitos nas relações horizontais (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 160-161).

A Teoria dos efeitos Indiretos ou Mediatos é uma proposição interposta entre a Teoria do State Action, que rejeita a vinculação dos Direitos Fundamentais às relações privadas, e a que propugna pela tese de eficácia imediata ou direta desses direitos no âmbito privado. Aquela é preferida pela doutrina majoritária e, em ampla medida, pelo Tribunal Constitucional Alemão. Os argumentos da vertente teórica de eficácia mediata elevam o direito geral de liberdade, no afã de harmonizar o Direito Privado e o Direito Constitucional, sem preponderância deste sobre àquele (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 169).

O pilar da Teoria da Eficácia Mediata é a preservação da autonomia privada como forma de contestação à Teoria da Eficácia Imediata. Naquela, os direitos fundamentais interferem mediatamente nas relações jurídicas entre particulares, mais especialmente nas modalidades fortes, isso justifica a restrita aplicação dos Direitos Fundamentais à autonomia privada na esfera dos contratos, por exemplo. Através de regulamentações legislativas específicas e por intermédio da atividade judicial, essa Teoria prefere as cláusulas gerais de Direito Privado, recheadas de conotação axiológica que subjaz aos Direitos Fundamentais, e que são importantes ao caso concreto (STEINMETZ, 2004, p. 197).

A proposta de Dürig é pela incidência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado, contudo a partir de conceitos indeterminados e das cláusulas gerais





emanadas do próprio Direito Privado, construindo, assim as próprias normas. Nesse sentido, os valores constitucionais atingem as normas privadas através de “pontes”, de sorte que os Direitos Fundamentais figuram como um “sistema de valores” ou “ordem objetiva de valores” irradiados para todo o ordenamento jurídico invadindo o Direito Privado pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. A aplicação dos Direitos Fundamentais é mediada por legislador ordinário, cabendo ao Judiciário complementar as cláusulas gerais com o fundamento valorativo dos Direitos Fundamentais (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 169-70).

A Teoria da Eficácia Imediata, ou Teoria da Eficácia Direta, atualmente preferida em Portugal e Itália, mais especialmente na Espanha (STEINMETZ, 2004, p. 164), nasceu na Alemanha com Nipperdey, quem defendeu mais sistematicamente a eficácia dos direitos humanos em face de terceiros (Drittwirkung der Grundrechte). Sua teoria foi abraçada pelo Tribunal Laboral alemão, recebendo apoio e críticas de muitos estudiosos do Direito Público, embora encontre adesão progressiva em muitos tribunais (CASTILLO, 2013, p. 7).

Utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, um dos aspectos destacáveis desta teoria é a não exigência de “pontes” de comunicação entre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado. Isso em virtude de aqueles consistirem em “verdadeiros direitos subjetivos” dos particulares em suas interações de modo que esses particulares possam socorrer-se dos Direitos Fundamentais frente a seus direitos violados. Os defensores dessa teoria acreditam no procedimento da ponderação entre a autonomia privada e os Direitos Fundamentais como forma de resolver os conflitos da relação (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 172).

Segundo Nipperdey, os Direitos Fundamentais são dotados de efeitos jurídicos que mais se aproximam a efeitos normativos absolutos sobre o Direito Privado, ainda que as normas privadas sejam cogentes, cláusulas gerais, direitos subjetivos ou deveres. As normas de Direitos Fundamentais são objetivas e vinculantes. Dos próprios princípios é que brotam os direitos subjetivos privados aos indivíduos (ALEXY, 2008, p. 530).

O mais relevante embaraço à Teoria da Eficácia Imediata nas relações entre particulares ocorreu em torno da autonomia privada, atribuindo àquela uma ação intimidadora sobre o próprio Direito Privado, especialmente ao Direito Civil, o qual chegaria a perder sua autonomia e sua identidade perante o direito constitucional (STEINMETZ, 2004, p. 187).





4 A CONCRETIZAÇÃO DA “MORTE DIGNA” POR MEIO DA APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (DAVS) À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA

As Diretivas Antecipadas de Vontade são uma forma de garantir que o paciente terminal tenha em resguardo suas convicções morais e religiosas firmando-se como uma demonstração em concreto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Wilson Steinmetz (2004, p. 113) afirma que a dignidade da pessoa humana é um fundamento para a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) entendido como um princípio constitucional fundamental autônomo. Em vista disso, é projetado sobre as demais normas constitucionais e infraconstitucionais com as quais mantém um vínculo sistemático e teleológico (interpretativo) e propaga, de forma autônoma, normas de obrigação e de proibição aos casos concretos incidindo eficazmente nestes.

O processo de morrer de forma digna é um direito subjetivo do paciente que pode ser concretizado mediante o registro dos seus desejos sob a forma de DAVs, o que atrai a incidência direta da dignidade como um direito fundamental na relação médico-paciente. A Medicina, imbuída de espírito de preservação da vida, não pode mais ser usada de forma obstinada pelo médico, no sentido kantiano de não transformar a pessoa do paciente como um meio. Por outro lado, é imperiosa a necessidade de regulamentação legislativa como forma de proteger o profissional da saúde frente a futuros processos de responsabilização.

Em termos médicos, o entendimento de dignidade da pessoa humana que mais se aproxima é o conceito de Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que seja um adjetivo humano intrínseco, porém passível de certa relativização, preservando-se, contudo, o seu núcleo essencial. Discorda-se no ponto em que Sarlet intercede pela necessidade de “tolerância” nas comunidades multiculturais, preferindo-se o instituto da alteridade preconizada por Emmanuel Lévinas. Ademais, são válidas as palavras de Jonas afirmando que a morte é detentora da própria dignidade sendo um direito humano deixar seguir o seu curso normal.

A dignidade da pessoa humana, na relação médico-paciente, envolve a mitigação da dor e do sofrimento, o respeito pelo paciente e pela sua autonomia





na tomada de decisão sobre onde prefere morrer, a adequada informação sobre sua enfermidade e riscos resultantes das intervenções, acesso a terapias e tratamentos que possam atenuar a sua angústia, oferecer a possibilidade de renunciar ou suspender técnicas terapêuticas, não desamparar o paciente, respeitar as suas crenças (RECKZIEGEL; CONINCK, 2015, p. 23).

Ressalte-se o papel da Teoria da Eficácia Imediata como grande motivadora da eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, *in casu*, entre o paciente e médico, da dignidade da pessoa humana materializada na forma de DAVs, somando-se a esses argumentos, a justificativa histórica de um país marcado pela estratificação social, tornando mandatória a proteção direta dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo deste artigo centrou-se na averiguação das Diretivas Antecipadas de Vontade como condições ou pressupostos de manifestação do interessado aferíveis e válidos, em concreto, em sua pretensão de exercer o direito constitucional à morte digna, adotando como marco teórico a Teoria da Eficácia Imediata. Por isso, o estudo partiu dos enfoques filosóficos, bioéticos, médicos e jurídicos da dignidade da pessoa humana, abordou sobre a Teoria da Eficácia Imediata e as Diretivas Antecipadas de Vontade e se estas são hábeis a averiguar concretamente a dignidade da pessoa humana em pacientes terminais, com base na Teoria da Eficácia Imediata, de modo que a dignidade seja tomada como um fundamento útil, abstrata e concretamente, para a realização das disposições de vontade do paciente.

Verificou-se que as Diretivas Antecipadas de Vontade estão estreitamente atreladas às situações existenciais e, por conseguinte, atraem a aplicabilidade direta da dignidade humana nos moldes kantianos da não coisificação do paciente como destinatário das técnicas biotecnológicas. Salienta-se o conceito trazido por Ingo Wolfgang Sarlet de importante relativização do conceito em razão das influências históricas e culturais. Em pacientes terminais, destaque-se a adequada acepção de Jonas sobre a dignidade em permitir o transcórre natural da morte como critério para a dignidade humana. Aponta-se, também, a substituição da





referência de Sarlet sobre tolerância para a alteridade de Lévinas, especialmente dentro da ética médica.

A Teoria da Eficácia Imediata pareceu constituir a melhor contribuição no sentido da concretização da morte digna tendo como veículo as Diretivas Antecipadas de Vontade, vez que defende a aplicabilidade imediata da dignidade, entendida, em termos médicos, como a atenuação da dor e do sofrimento, o respeito pelo paciente e pela sua autonomia na tomada de decisão sobre onde prefere morrer, a adequada informação sobre sua enfermidade e riscos resultantes das intervenções, acesso a terapias e tratamentos que possam atenuar a sua angústia, a possibilidade de renúncia ou suspensão de técnicas terapêuticas, o não desamparo do paciente, o respeito pelas suas convicções particulares – sendo esta a resposta que se dirige a Ruth Macklin, da utilidade da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores; v. 2).

BRASIL. Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum**. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016a.

BRASIL. **Código Civil**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum**, obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016b.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.914 de 09 de dezembro de 1941. In: EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum**. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016c.





BRASIL. Estatuto da pessoa com deficiência: lei brasileira de inclusão n. 13.146, de 06 de julho de 2015. In: EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum**. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016d.

BROWNSWORD, Roger. Bioethics today, bioethics tomorrow: stem cell research and the dignitarian alliance. **17 Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y**, n. 15, p. 15-51, 2003.

CARBONELL, Miguel. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (notas para su estudio). **IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, n. 18, p. 50-75, 2006.

CASTILLO, Tomás de la Quadra Salcedo Fernández Del. Derecho público, derecho privado y derechos fundamentales. In: **Revista General de Derecho Administrativo**, n. 34, p. 1-66, 2013.

CAULFIELD, Timothy; CHAPMAN, Audrey. Human dignity as a criterion for science policy. **PLoS Medicine**, v. 2, n. 8, p. 736-8, Aug. 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução do CFM n. 1.931/2009. Código de Ética Médica. In: FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 6 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm. Acesso em: 6 jul. 2015.





COELHO, Paulo Ulhoa. **Curso de direito civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, p. 1-21, 2013.

COSTA, José André da. **Ética e política em Lévinas**: um estudo sobre alteridade, responsabilidade e justiça no contexto geopolítico contemporâneo. 2011. 206 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Nova minuta (versão 2012): escritura pública de diretivas antecipadas de vontade e outras disposições. **Blog do 26º Tabelionato de Notas**, 12 nov. 2012. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=6536>. Acesso em: 7 abr. 2016.

FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 5, n. 15, p. 159-85, abr./jun. 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Instituto de Direito Brasileiro**, ano 1, n. 2, p. 945-78, 2012.

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

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Introducción de Andrés Sánchez Pascual. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução com introdução e notas: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.





KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. (Série Clássicos Edipro).

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto (coord.). Petrópolis: Vozes, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. **Otherwise than being or beyond essence**. Tradução: Alphonso Lingjs. Pittsburgh, Pennsylvania: Duquesne University Press, 2006.

MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. **BMJ**, v. 327, p. 20-27, Dec. 2003.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. 7. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões de dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2005.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERPICH, Diane. **The ethics of Emmanuel Lévinas**. Stanford California: Stanford University Press, 2008.

RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Diana Bauermann. Entre a vida e a morte: revisitando a morte digna em pacientes terminais. In: MARCO; Christian Magnus de; KRAVETZ, Rafaella Zanatta Caon. **Série Diálogos sobre Direito e Justiça**: coletânea de artigos. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015. v. 1.

RECKZIEGEL, Janaína; PEZZELA, Maria Cristina Cereser. O papel da sociedade tecnocientífica e os riscos decorrentes das pesquisas médicas com seres humanos. **Revista Direitos Garantias Fundamentais**, v. 14, n. 2, p. 101-24, jul./dez. 2013.

REVISTA ANOREG/SP. **Cartório hoje**: serviços de cartório na internet, n. 3, p. 24-9, dez. 2012.





SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões de dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SCHULMAN, Adam. Bioethics and the question of human dignity. In: PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS. **Human dignity and bioethics**: essays commissioned by the president's council on bioethics. Washington, D.C.: [s. n.], 2008. p. 3-18.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte 1). **Revista Consultor Jurídico**, p. 1-6, ago. 2015.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 3**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.





DIRETIVAS ANTECIPADAS PSIQUIÁTRICAS DE VONTADE COMO REFLEXO DO DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA

1 REVISITANDO AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A diretiva antecipada de vontade (DAV) vem a ser um documento no qual constam as vontades de um indivíduo para enfrentar possíveis situações antes do óbito, em que este se manifesta em relação às condutas a serem tomadas em caso de incapacidade. O paciente pode previamente expressar seus desejos em relação ao tratamento de saúde que será utilizado em seus momentos finais de existência. Nas diretivas, o paciente manifesta o direito de exercer livremente o Princípio da Autonomia, baseado no fundamento da Dignidade Humana (GOUVEIA, 2017). Além disso, a diretiva antecipada também serve como documento de defesa para o médico, em caso de responsabilização pelo uso de determinados tratamentos e cuidados escolhidos pelo paciente (GAUW et al., 2017).

Entretanto, esclareça-se que se trata de um gênero de manifestação de vontade, cujas espécies são o testamento vital e o mandato duradouro. O testamento vital é realizado com o paciente em estado mental preservado e com capacidade de redigir suas vontades em relação aos cuidados, tratamentos e procedimentos, possivelmente nele realizados quando encontrar-se em situação de cuidados paliativos ou doença de prognóstico reservado.

Deve ser redigido com auxílio de um médico de confiança do paciente, que terá como função orientá-lo em relação aos termos técnicos, sem influenciá-lo em suas decisões. Em relação ao mandato duradouro, trata-se de nomeação de pessoa de confiança do paciente, que deverá ser consultada pelos médicos, quando necessário tomar alguma decisão em relação ao tratamento ou para





esclarecer alguma dúvida em relação ao testamento vital, quando isto for impossível ao paciente (GAUW et al., 2017).

O processo de aceitação das diretivas antecipadas de vontade no Brasil tem sido lento e progressivo. Historicamente, as primeiras iniciativas foram vistas no âmbito da Associação Brasileira de Cuidados Paliativos, fundada em outubro de 1997, visando à implantação e à divulgação dos cuidados paliativos por meio de pesquisas e educação (SERRANO, 2012, p. 7).

O Estado de São Paulo, preocupado com os direitos dos usuários do serviço de saúde de recusar tratamentos extraordinários ou dolorosos que visassem apenas o prolongamento da vida de pacientes terminais sem chances de cura, legislou sobre o tema publicando a Lei Estadual nº 10.241, de 17 de março de 1999, especificamente no inciso XXIII do artigo 2º (ESTADO DE SÃO PAULO, 1999).

A sanção legislativa veio do Governador Mário Covas, que vinha sofrendo de carcinomatose meningea (tumor na bexiga) na ocasião, vindo a falecer em 2001. O caso do ex-governador de São Paulo inaugurou a temática da ortotanásia no Brasil, eis que ele preferiu passar os seus últimos dias ao lado da família, em casa, recebendo cuidados paliativos com medicações para minimizar a dor, em vez de se submeter a intervenções invasivas e à internação (MANSUR; MARQUES, 2011, p. 1-3; MUSTAFA, 2010).¹

A Câmara Técnica sobre Terminalidade da Vida do Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805, em novembro de 2006, permitindo ao médico restringir ou suspender tratamentos que apenas prolonguem a sobrevivência de pacientes terminais acometidos por enfermidade grave e incurável, devendo, contudo, prestar cuidados necessários no sentido de minimizar a dor e o

¹ O papa João Paulo II também escolheu suspender as intervenções para sua sobrevivência e optou por morrer em casa, no Palácio Apostólico, no Vaticano, sendo medicado para dor de artrite e Mal de Parkinson, vindo a falecer em 2 de abril de 2005. Da mesma forma a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a Apelação Cível nº 70042509562, em que o filho da paciente incapaz (que sofria de insuficiência renal descompensada) pleiteava a recusa da hemodiálise na mãe, uma vez que do procedimento pudesse incorrer risco de vida. O Tribunal acatou o pedido entendendo que o filho estava acolhendo o desejo da mãe com base na Resolução nº 1.805/2006. Nesse sentido também no mesmo Tribunal, em 20 de novembro de 2013, na Apelação Cível nº 70054988266, em que o paciente “usuário-morador do Hospital Colônia Itapuã e ex-hanseniano”, recusou-se ao procedimento cirúrgico de amputação do pé em necrose progressiva. O Juízo entendeu que ele estava capaz para decidir e tinha autonomia e que a situação se ajustava à ortotanásia. O Tribunal fundamentou-se na Resolução nº 1.805 do CFM, no princípio da dignidade humana, no direito à vida (e não dever de viver), na Resolução nº 1.995/2012 e no artigo 15 do Código Civil (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2011, 2013).





sofrimento, respeitando-se a vontade do paciente ou de seu representante legal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006, art. 1º).

A norma supra previu que toda assistência precisa almejar o bem-estar físico, social, psíquico e espiritual, e, em caso de preferência, receber alta hospitalar. A Resolução ampara o direito de informação do paciente, ou do representante legal, a respeito das terapias adequadas à doença (art. 1º, § 1º), bem como de sua declaração constar em prontuário (art. 1º, § 2º).

O assunto sobre a terminalidade da vida constante da Resolução nº 1.805/2006 foi reafirmado pelo Código de Ética Médica, em vigor desde 22 de março de 2010, preconizando que, nos casos clínicos irreversíveis e terminais, os procedimentos de diagnose e terapias “desnecessárias” devem ser evitados, preferindo-se cuidados paliativos (capítulo 1, XXII).

Ademais, o Código vedou ao médico abreviar a vida do paciente, mesmo contrariando o pedido deste ou de seu representante legal (capítulo V, art. 41). Ao se deparar com paciente em condição terminal de vida, o médico não pode empregar condutas obstinadas e inúteis recorrendo sempre aos cuidados paliativos, sem, contudo, deixar de levar em consideração a vontade do paciente ou de seu representante legal (capítulo 1, XXII).

A temática sobre a terminalidade da vida ganhou status de princípio fundamental no cenário jurídico, e a Resolução nº 1.805 acabou sendo questionada pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal, na Ação Civil Pública nº 00011039-86-2013.4.013500, em 2008, alegando a incompetência do Conselho Federal de Medicina para normatizar condutas delituosas (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2014). O Conselho, diante da ausência legislativa, apressadamente, publicou o Código de Ética Médica em 2009,² em vigor desde 09 de agosto de 2012, prevendo as diretivas antecipadas de vontade na Resolução nº 1995/2012.

² Dentre os princípios fundamentais a serem respeitados pelo médico, no capítulo I, item VI, o Código de Ética Médica (2013), prima pela não utilização de seus conhecimentos técnicos de forma a provocar sofrimento físico ou moral no paciente, ou que permita ou acoberte qualquer tentativa contra a dignidade e integridade deste. Por outro lado, o item VIII repudia a renúncia do médico de sua liberdade profissional, vedando restrições ou imposições que lhe dificulte ou prejudique a eficiência e correção laboral. O Código ainda estabelece, no Item XVI, que o médico escolherá os meios de diagnóstico e de tratamento, desde que em benefício do paciente e sempre no interesse e bem-estar deste (XVII). A escolha do paciente será respeitada diante de procedimentos diagnósticos e terapêuticos, contanto que sejam ajustados ao reconhecimento científico e conformes aos “ditames de consciência” do médico e às disposições legais (XXI). Ademais, em casos de irreversão clínica e de terminalidade, o médico evitará a submissão do paciente a procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e oferecerá cuidados paliativos adequados.





A Resolução nº 1995/2012 objetiva valorizar a autonomia do paciente, por intermédio das diretivas antecipadas de vontade, como forma de se posicionar frente à utilização de instrumentos tecnológicos com o fim de prolongar a vida e o sofrimento de pacientes terminais. São intervenções desproporcionais que não geram benefícios nem perspectiva de reabilitação.

Diferentemente da Resolução nº 1.805/2006, a de 2012 sugere o alargamento de abrangência das diretivas, não limitada a beneficiar apenas pacientes terminais, trazendo para o contexto o problema em torno dos pacientes em estado vegetativo persistente, não reconhecidos como pessoas terminais.

Conforme Pittelli (2013, p. 23), o objetivo da Resolução nº 1.995 foi evoluir na abrangência de beneficiários, de forma a complementar a Resolução nº 1.805/2006,³ cuja disciplina se manteve no teor permissivo e ético das medidas paliativas. A primeira normativa almejou obrigar o médico a atender as diretivas antecipadas do paciente, reiterando a noção de que a eliminação das terapias obstinadas e a opção pelos cuidados paliativos constituem parâmetros éticos.

Convém salientar, contudo, a relação de alteridade e de corresponsabilidade ética que permeiam a interação médico-paciente. É justamente por isso que as normas éticas proíbem a eutanásia e o suicídio assistido, que seriam instrumentos utilizados para obrigar o médico a executar seus pares. O objetivo dos cuidados paliativos é deixar fluir o curso vital normalmente, limitando-se a oferecer melhor qualidade de vida enquanto ainda vivo.

A divisão compartilhada de responsabilidades reflete a autonomia médica (materializada na ideia de beneficência) e do paciente (ou de familiares deste ou responsável legal), muito embora pareça difícil que o paciente possa deter uma autonomia plena até mesmo pela sua condição de dupla vulnerabilidade: de doente e de desconhecer a técnica médica.

³ Permite o artigo 1º que o médico limite ou suspenda tratamentos e procedimentos que prolonguem a vida do enfermo que se encontre em fase terminal de doença grave ou incurável, respeitando a vontade do doente ou de seu representante legal. Pittelli e Oliveira (2009, p. 37) alertam que essa norma é restrita apenas aos casos terminais da doença e não inclui a eutanásia. Ela também possui uma pretensão permissiva e não obrigatória, dando margem de atuação ao médico. Ela exige a coleta do esclarecimento consentido do paciente, o registro em prontuário e a obrigação de oferecer ao paciente, ou familiar deste, a oportunidade de consultar outra opinião médica. O interesse do Conselho foi o de transmitir aos médicos que essa conduta não caracteriza abandono. A Resolução não explicitou a expressão “ortotanásia” por receio da herança, em parte simbólica, que o termo herdou da “eutanásia”.





Na prática, muitos aspectos relevantes interferem tornando difícil a adesão pelas diretivas antecipadas de vontade. Em primeiro lugar, é necessário que a pessoa ainda saudável e capaz tenha uma previsão das possíveis enfermidades que possam acometê-la no futuro. Já, de antemão, é necessário que o indivíduo tenha certo conhecimento técnico, uma determinada bagagem informativa sobre moléstias, de um modo geral, e seus respectivos tratamentos disponíveis. Além disso, é imperativo que a pessoa esteja capaz de decidir de forma autônoma e livre no momento em que adere ao documento.

Ainda no ano de 2012, a inatividade legislativa sobre o assunto motivou os civilistas a se manifestarem na V Jornada de Direito Civil, ocasião em que publicaram o Enunciado 528, que por sua vez faz referência aos artigos 1.729, parágrafo único, e 1.857, ambos do Código Civil, validando a declaração de vontade, o “testamento vital”, como documento autêntico especificamente para dispor sobre as preferências de tratamento de saúde quando a pessoa estiver incapaz de expressar a própria vontade (AGUIAR JÚNIOR, 2012).

Há diferenciação entre as diretivas antecipadas de vontade e as declarações prévias, muito embora o Conselho Federal de Medicina as tenha tratado como sinônimas.⁴ Enquanto as declarações prévias produzem efeitos somente quando o paciente se encontrar em situação de incapacidade que torna inviável a sua manifestação de vontade, nas diretivas antecipadas de vontade, por incluírem o mandato vindouro, são consideradas as informações proferidas pelo representante do paciente incapaz, caso este tenha designado previamente, salvo se as diretivas antecipadas de vontade não estiverem de acordo com as determinações do Código de Ética Médica.

A Resolução não exige obrigatoriamente que os desejos do representante sejam atendidos, mas que tão somente sejam levados em consideração (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012, art. 2º, § 1º e § 2º). Somado ao limite ético, a autonomia do paciente também é limitada pelo ordenamento jurídico

⁴ Por ser o representante de uma categoria diretamente vinculada à situação, o Conselho parece transmitir a ideia de valor declaratório das disposições de vontade, contudo, procurando convencer os médicos a aceitá-las. Isso é perceptível na exposição de motivos da Resolução nº 1.995/2012 em que o órgão revelou a resistência dos médicos em recepcionar as diretivas, que somados representam a sua maioria. Outro problema para adoção das disposições de vontade seria a dificuldade de comunicação que atinge quase a totalidade dos pacientes terminais, havendo a necessidade de contar com as informações de terceiros como interlocutores da vontade do paciente.





brasileiro, pela consciência do médico e pela insegurança deste frente a processos judiciais futuros.

Na Resolução nº 1.995/2012, houve emprego do termo, “diretiva”, exatamente conforme a tradução exigida no sentido de indicar, orientar e instruir e não obrigar, de maneira que o médico não pode ser compelido a atuar conforme as diretivas, devendo prevalecer a ideia de alteridade e não a sobreposição de um desejo sobre o outro. A palavra “antecipada” simboliza antecipação, algo prévio, adiantado a algum evento não ocorrido e, vontade remete à noção de externar um desejo de forma capaz e tomar uma decisão de acordo com o interesse individual. As diretivas antecipadas de vontade são medidas aplicadas em vida e o sentido semântico do vocábulo “will” é interpretado como desejo, vontade, escolha consciente (ALVES; FERNANDES; GOLDIM, 2012, p. 359-360).

As disposições do paciente se sobrepõem aos desejos dos familiares ou sobre qualquer parecer não médico e devem ser registradas no prontuário médico do paciente, caso não existam manifestação prévias em cartório. Se, além de inexistirem as declarações de vontade do paciente e de representante designado, não houver familiares à disposição, ou, havendo dissenso entre estes últimos, o médico poderá consultar o Comitê de Bioética institucional e, na ausência deste, a Comissão de Ética Médica hospitalar ou o Conselho Regional e Federal de Medicina, de modo a respaldar sua decisão em face de situação ética conflituosa (Resolução nº 1.995/2012, art. 2º, § 3º, § 4º e § 5º).

A adesão aos documentos de manifestação de vontade tem sido progressiva desde que o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução das diretivas, de acordo com os dados do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, nas publicações de 26 de janeiro de 2015 e 30 de novembro de 2015. Constataram-se as seguintes estatísticas: no ano de 2009, havia o registro de apenas 26 Testamentos Vitais, crescendo, em 2011, para 68. Em 2012, foram registradas 167 escrituras. Em 2013, foram elaborados 477 documentos após a Resolução entrar em vigor. No ano de 2014, foram lavradas 549 escrituras, um aumento de 2000% no número de testamentos vitais até janeiro de 2015. E, ao longo do ano de 2015, foram realizados 552 testamentos vitais.⁵

⁵ Em outubro de 2013, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao codificar os atos normativos relativamente aos serviços notariais e de registro, no Provimento nº 260/2013, normatizou as Declarações Antecipadas de Vontade, nos artigos 259, 260 e 261, todos no capítulo X, com vistas à lavratura pública das diretrizes antecipadas (ou Declaração Antecipada de Vontade).





O Estado de São Paulo tem levantado as estatísticas, seguido do Mato Grosso e do Rio Grande do Sul. O diretor do Colégio Notarial do Brasil de São Paulo, Andrey Guimarães Duarte, atribui esse crescente aumento de documentos à elevação da expectativa de vida dos brasileiros que desemboca em doenças incapacitantes e neurodegenerativas (Alzheimer e Parkinson), somadas à facilidade informacional⁶ (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO, 2015).

Entretanto, as dificuldades esbarram-se na coleta de manifestação de vontade de pacientes psiquiátricos, devido à incapacidade própria de suas enfermidades.

2 DIRETIVAS ANTECIPADAS PSIQUIÁTRICAS DE VONTADE

Proceder-se-á, em princípio, à abordagem do paciente psiquiátrico, antes de se discorrer a respeito das Diretivas Antecipadas de Vontade. Os transtornos psiquiátricos ou transtornos mentais são classificados de acordo com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), elaborado pela *American Psychiatric Association*, que está atualmente em sua quinta edição, há mais de 60 anos transmitindo referências à prática clínica na área de saúde mental (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 2014, p. 41).

O DSM 5 define transtorno mental como sendo uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento do indivíduo, refletindo uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento relacionados ao funcionamento

⁶ O Instituto Brasileiro de Direito de Família noticiou, em 11 de agosto de 2015, os dez motivos para se efetivar uma diretiva antecipada de vontade (testamento vital): a) proteção à dignidade por meio da escolha prévia do paciente quanto ao tipo da terapia médica a que deseja se submeter; b) tranquilidade, pois as Diretivas não antecipam a morte por meio da eutanásia, e sim assegura o seu transcurso natural ou garante a postergação da morte em conformidade com a vontade do paciente; c) o respeito à vontade do paciente registrada no documento; d) paz diante do conforto à família e ao próprio paciente no momento de sofrimento em que este não mais será capaz de se manifestar; e) segurança para o médico no cumprimento integral da vontade do paciente evitando que o médico seja pressionado pelos familiares do doente; f) autonomia ao requerente, contanto que esteja lúcido e capaz de manifestar o destino que pretende para o próprio corpo; g) lealdade do procurador responsável quando tiver de revelar ao médico e aos familiares do outorgante as escolhas antecipadas; h) a revogabilidade do documento se porventura o requerente mudar sua opinião enquanto ainda estiver lúcido; i) perpetuidade já que as diretivas permanecem arquivadas em cartório disponibilizando uma segunda via a qualquer tempo; e j) liberdade para escolher o tabelião de notas seja qual for o domicílio da parte.





mental. Os transtornos se relacionam a sofrimento ou incapacidades significativos, afetando atividades sociais, profissionais, dentre outras (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 2014, p. 20, 27).

O manual apresenta uma gama de transtornos psiquiátricos, tais como transtornos de neurodesenvolvimento; espectro da esquizofrenia e outros transtornos psicóticos; transtornos bipolares e relacionados; transtornos depressivos; transtornos de ansiedade; transtornos obsessivo-compulsivos e relacionados; transtornos relacionados a traumas e estressores; transtornos dissociativos; transtornos de sintomas somáticos e relacionados; transtornos alimentares; transtornos de eliminação; transtornos de sono-vigília; disfunções sexuais; disforia de gênero; transtorno disruptivo, do controle de impulsos e da conduta; transtornos relacionados a substâncias e transtornos aditivos; transtornos neurocognitivos; transtornos de personalidade; transtornos parafílicos; outros transtornos mentais; transtornos do movimento induzidos por medicamentos e outros efeitos adversos de medicamentos; e outras condições que podem ser foco de atenção clínica (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 2014, p. 20, 27).

Da análise do DSM, percebe-se que a questão do transtorno psiquiátrico é complexa, podendo um mesmo paciente se enquadrar em mais de um diagnóstico de transtorno mental ou não apresentar todos os critérios diagnósticos de determinado transtorno, mas necessitar de tratamento ou cuidados. Considerando esta complexidade e entendendo que estes pacientes, ao manifestarem-se em relação às diretivas antecipadas de vontade, especialmente no testamento vital, devem estar com a capacidade mental preservada sendo necessária a avaliação de sua autonomia psicológica. Afinal de contas, esses indivíduos teriam condições de expressar sua última vontade em relação aos tratamentos e cuidados em seus momentos finais de vida?

No intuito de responder a essa questão, inicialmente, é necessário entender o conceito e os elementos da capacidade psicológica. Miller (2004, p. 246) entende que é possível identificar três elementos no que tange à capacidade psicológica da autonomia: atuação, independência e racionalidade. A primeira diz respeito à autoconsciência dos próprios desejos (inclinações, antipatias, necessidades e correlatos) e ao atuar sobre eles. O que difere as coisas e um animal não humano de uma pessoa, é a capacidade de atuação consciente desta conforme seus





desejos na busca pela concretização, muito embora objetos e animais humanos e não humanos sejam atingidos por fatores externos.

Ocorre a independência quando inexitem influências que controlem as ações do indivíduo, ainda que ele as queira. Isso pode ser percebido quando uma pessoa está subordinada à ameaça de violência, sendo compelida a evitar prejuízos, por exemplo, em circunstâncias de beligerância, relacionamentos abusivos, pobreza e estado policial. Uma pessoa pode se encontrar em completa ausência ou pouca capacidade de autonomia frente a atitudes manipuladoras e de coerção implacável, de modo que resultem condutas dirigidas aos outros, autoimagens, planos e crenças que restringem seu campo de opções, presentes notadamente em sociedades escravocratas, totalitárias e de castas. Uma pessoa pode sofrer coerção, manipulação, persuasão e limitações de ambientes físicos e sociais (MILLER, 2004, p. 246).

A capacidade para a tomada racional de decisões é medida pela resposta pessoal frente a crenças e mudanças, em que se avalia a habilidade no reconhecimento, reflexão, tomada de decisões e opções alternativas. Essa racionalidade também pode ser medida pela forma de refletir sobre os desejos. Assim os psicopatas, esquizofrênicos, neuróticos compulsivos e paranóicos são doentes mentais severos que possuem ausência de capacidade psicológica para a tomada racional de decisões, embora detenham capacidade de atuação de acordo com os seus desejos (MILLER, 2004, p. 246-247).

Portanto, para que o paciente possa elaborar as diretivas antecipadas de vontade, especialmente o testamento vital, precisa estar autoconsciente dos seus desejos, não sofrer influências externas, tomar as decisões de forma independente e racional, refletindo sobre seus desejos. Nesse sentido, não há uma regra geral que permita que determinados pacientes possam exprimir sua vontade ou não, isso depende dos fatores já citados, mas também de outros. Os outros fatores relacionam-se à legislação, como o Código Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e as orientações emitidas pelo Conselho Federal de Medicina.

Relativamente ao Código Civil, nota-se que é progressivo e paulatino o processo de aquisição da maturidade. Pelo Código Civil de 2002, nos artigos 3º, 4º e 5º, o desenvolvimento infanto-juvenil parte dos absolutamente incapazes para os atos da vida civil, que são os menores de 16 anos de idade, passando





pelos relativamente incapazes, os que se encaixam entre 16 e 18 anos de idade, até alcançar a maioridade, aos 18 anos de idade, quando a pessoa é considerada pronta para exercer todos os atos da vida civil (BRASIL, 2002).

Anteriormente à Lei nº 13.146/2015, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º incluía, em seu rol de absolutamente incapazes, os deficientes mentais e os enfermos que não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. No artigo 4º, dentre os relativamente incapazes e ao lado dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos, estavam as pessoas com deficiência mental, com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

Naquele momento, as pessoas portadoras de transtornos mentais poderiam, dependendo da interpretação do Código, serem consideradas relativamente incapazes, inviabilizando a criação de um testamento vital, já que esses indivíduos não poderiam responsabilizar-se sozinhos por uma questão de tamanha importância e complexidade necessitando da assistência dos seus curadores. Por outro lado, quanto ao mandato vindouro, haveria a possibilidade limitada, por tratar-se da escolha de pessoa de confiança responsável pela tomada de decisões nos últimos momentos de existência do indivíduo.

Para o Código Civil os indivíduos incapazes absolutos são destituídos de qualquer discernimento, necessitando de representação legal. Depois dos 16 anos, são enquadrados dentre os relativamente incapazes, em vista da redução do seu discernimento, precisando serem assistidos por representante legal. A partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, todavia, a pessoa com deficiência mental e o enfermo são compreendidos entre os plenamente capazes, aferindo a absoluta incapacidade tão somente aos menores de 16 anos de idade.

Segundo o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) são capazes os enfermos, os deficientes mentais e os excepcionais. Dessa forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência reafirma a capacidade plena das pessoas que possuem algum transtorno mental. Além disso, a referida lei em seu art. 11 deixa claro que as intervenções clínicas e cirúrgicas, tratamentos e institucionalização não poderão ocorrer sem o consentimento da pessoa com deficiência. É claro que se deve levar em conta o grau de deficiência do paciente, seja leve, moderado ou grave. Se for leve, e a pessoa possuir condições de discernir sobre sua situação e os tratamentos oferecidos, não há impedimento para que elabore diretivas. Se a





deficiência for moderada pode ser adotado o procedimento de decisão apoiada e se for grave será caso de curatela (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019).

Na sequência, o artigo 12 determina a imprescindibilidade do recolhimento do consentimento prévio, livre e esclarecido, caso a pessoa com deficiência necessite de algum procedimento, tratamento, hospitalização ou se submeta à pesquisa científica. O parágrafo único assegura a maior participação possível ao deficiente curatelado no processo de coleta da manifestação do consentimento, que é dispensada se a pessoa com deficiência estiver sob risco de morte e em situação emergencial, devendo ser respeitados os seus interesses e as normativas legais (BRASIL, 2015b).

Pela Resolução nº 1.995/2012, art. 2º, § 1º e § 2º, no tocante aos pacientes incapazes de se comunicarem, ou que não consigam manifestar-se livre e independentemente suas vontades, estabelece que o médico deve considerar as diretivas antecipadas de vontade, no momento de decidir sobre cuidados e tratamentos, acatando, inclusive, as informações relatadas pelo representante do paciente, caso este tenha designado previamente, salvo se essas diretrizes não estiverem de acordo com as determinações prescritas no Código de Ética Médica. A Resolução, destarte, não exige obrigatoriamente que os desejos do representante sejam atendidos, mas que sejam levados em consideração.

Terapias inúteis e obstinadas (distanásia) são vedadas pelo Código de Ética Médica que orienta os médicos a praticarem cuidados paliativos em face de paciente terminal ou acometido de doença incurável. Não obstante, o médico pode deixar de atender às diretrizes do paciente caso elas sejam incompatíveis com o Código de Ética, ou seja, o limite para as diretivas está na hipótese de atendimento de pacientes que possam ser salvos, prevalecendo, neste aspecto, a autonomia do médico (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013; REVISTA ANOREG/SP, 2012, p. 24-29).

A dificuldade enfrentada pelo médico restaria para aqueles casos em que exista deficiência grave impeditiva de manifestação de vontade sobre tratamento e hospitalização, sem que se esteja em situação emergencial de risco de morte e que nunca puderam deixar registrado seus desejos, ou que o fizeram, mas evoluiu com agravamento da enfermidade.

Conclui-se, por meio dessas reflexões que, de acordo com o Código Civil e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o paciente psiquiátrico teria





condições de manifestar sua vontade para os momentos finais de sua vida, já que não consta do rol de incapazes. No entanto, é preciso que se atente às condições de autonomia psicológica do paciente, verificando se o este está em condições adequadas de saúde mental para criar diretivas antecipadas de vontade. Nesse sentido, entendendo ser possível a criação das diretivas, deve-se verificar a sua viabilidade no que se relaciona ao paciente com transtorno mental severo em situações não emergenciais.

3 A VIABILIDADE CONCRETA DAS DIRETIVAS PSIQUIÁTRICAS DE VONTADE PARA PACIENTES COM TRANSTORNOS MENTAIS SEVEROS EM SITUAÇÃO NÃO EMERGENCIAL

De acordo com Dias e Silva Junior (2019), as diretivas antecipadas são comumente utilizadas nos casos de pacientes terminais, que buscam previamente definir os tratamentos a que serão submetidos. Mas também, podem ser úteis para portadores de transtornos mentais, adotando-se medidas para momentos em que não se possuirá discernimento para tomar decisões. Os autores verificam que essa prática ocorre com muita frequência em países anglo-saxões, em que há instrumentos que tem como objetivo proteger o paciente psiquiátrico, definindo previamente os tratamentos que serão adotados e impedindo determinadas condutas médicas, com as quais o paciente não concorda. Porém os autores questionam: como saber se o paciente está em condições de decidir se necessita ou não de tratamento?

A temática já vem sendo debatida nos Estados Unidos da América, na Carolina do Norte, desde 1980, onde vigoram as diretivas antecipadas psiquiátricas (SWANSON et al., 2006, p. 385). Essas diretivas são compostas de instruções de saúde mental e de um representante com função decisória. Essas peças podem vir separadas ou acumuladas em um único instrumento, objetivando recusar ou consentir tratamentos durante uma possível crise mental vindoura.

Frise-se que existem três modalidades de diretivas antecipadas em saúde mental: *instructional directives*, *proxy directives* e *hybrid directives*. Nas *instructional directives*, o paciente, em um momento de lucidez, comunica as





instruções a serem seguidas para quando se encontrar em uma situação de crise e incompetente para decidir a respeito do tratamento a que será submetido. Já no caso das *proxy directives*, o paciente nomeia um curador para tomar decisões em seu lugar, quando se encontrar em situações de incompetência, o que se assemelha ao mandato duradouro. Por fim, *as hybrid directives* ou diretivas híbridas combinam a nomeação do procurador com estabelecimento de medidas a serem adotadas por ele (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019).

Contudo, o estabelecimento das diretivas antecipadas de vontade para pacientes psiquiátricos, em qualquer das modalidades apresentadas, carrega discussões éticas relevantes. Isso ocorre especialmente quando o médico não concorda com as decisões tomadas pelo paciente. Nesse caso, como proceder?

Conforme a instrução legal das diretivas antecipadas psiquiátricas na Carolina do Norte, o médico tem livre arbítrio caso sua forma de tratamento desarmonize com a escolha feita pelo paciente antecipadamente e esteja fora dos padrões de cuidado. Além disso, se o médico estiver imbuído de boa-fé, e sua conduta estiver ajustada aos padrões clínicos, lhe é facultado rejeitar, parcial ou totalmente, as diretivas, tendo o privilégio da imunidade legal. Em princípio, os médicos devem cumprir o máximo possível as diretivas antecipadas do paciente, quando houver (SWANSON et al., 2006, p. 386).

Desde 30 de janeiro de 2005, no Estado da Pensilvânia, vigora a Lei nº 194 que regulamenta as diretivas antecipadas e os poderes do representante legal do requerente. Essa norma permite que as pessoas indiquem suas escolhas prévias sobre o tratamento de saúde mental que gostariam de receber quando não puderem mais se comunicar, podendo inclusive indicar um agente para cuidar desses assuntos.

A norma daquele Estado reitera o estabelecido no *Federal Patient Self-Determination*, da década de 1990, mas faculta aos médicos dispensarem as diretivas em três situações:

- a) se elas atrapalharem a admissão de pacientes com problemas mentais em estabelecimento de saúde mental, de acordo com o regulamento previsto na Lei de Procedimentos de Saúde Mental;
- b) em caso de diretivas estatuinto condutas contrárias aos padrões médicos clínicos, e o médico se recusar a segui-las, deverá envidar





esforços para transferir o paciente para outro médico, mas se fracassar na tentativa de transferência, poderá dispensar o paciente ficando imunizado pelo documentado nas diretivas; e

- c) o médico que se recusar a atender às diretivas, porém atuar de boa-fé, não se sujeita à responsabilidade civil, criminal ou disciplinar pelo simples fato de se recusar a seguir as diretivas (SWANSON et al., 2006, p. 385).

Em um estudo realizado por Brock (1991 apud SWANSON et al., 2006, p. 387-388), constataram-se três possíveis justificativas ao médico para arrear as disposições do paciente:

- a) quando o médico não conseguir precisar os desejos do paciente constantes nas diretrizes;
- b) quando a conduta moral do paciente no presente entrar em conflito com a moral registrada nas diretrizes;
- c) quando os interesses de outras pessoas forem superiores (e que justificam não honrar as diretrizes).

Respondendo à primeira justificativa, de que as pessoas com deficiência mental persistente não conseguem estabelecer uma comunicação que possibilite manifestar suas escolhas e que há certas deficiências psiquiátricas que jamais permitirão ao paciente analisar o que é melhor para si, Swanson et al. (2006, p. 387-388) reagiram com o contra-argumento de que há uma categoria de pacientes psiquiátricos que podem escolher tratamentos por conhecerem os efeitos negativos e positivos em razão do tempo prolongado em que foram expostos a eles pela hospitalização recorrente. Já os que desconhecem essa experiência, poderão enfrentar tais problemas.

Com relação à segunda justificativa, os professores concordam que existam pacientes que podem não transmitir sua identidade pessoal de modo que haja conflito de interesses entre as diretrizes pretéritas, ou seja, escolhidas anteriormente, e os desejos atuais do paciente. Nesse caso, o melhor é afastar as diretivas anteriores e acatar as manifestações presentes do paciente. Alguns médicos acreditam que a mera situação de desordem crônica capaz de desajustar





a percepção, julgamento e pensamento já tornam inválidas as diretrizes antecipadas. Pode acontecer de coincidir uma psicopatologia com uma deficiência cognitiva, por um longo período de tempo, alterando a personalidade da pessoa, o que dificulta ao médico identificar a real identidade do paciente. Alguns estados psicóticos podem levar pacientes a buscar o suicídio, o que pode trazer para a discussão a segurança deles, colocando em questão a validade das diretivas.

Quanto à terceira justificativa, Swanson et al. (2006, p. 388-389), posicionaram-se dizendo que pode acontecer de os interesses do paciente serem irrelevantes quando comparados aos interesses da família, dos médicos ou da sociedade em geral. No caso dos médicos, é possível que eles entendam que tratamentos de sustentação vital sejam fúteis, apesar do posicionamento contrário do próprio paciente registrado nas diretivas e da família optando pela manutenção da terapia.

Um outro estudo realizado por Swanson e McCrary, 1996 apud SWANSON et al., 2006, p. 388-389), em que entrevistaram 301 médicos no Texas, concluiu-se que existem médicos que agem de forma extremamente defensiva e legalista, a ponto de se preocuparem mais em distinguir um tratamento fútil de uma terapia vantajosa de forma arbitrária ampliando a sua esfera de atuação do que realmente importarem-se com a opinião do paciente em relação a formas de tratamento em fim de vida. Essa atitude colabora para trazer conflitos com os pacientes. Ademais, os médicos tendem a agir defensivamente por receio das responsabilidades legais pelas possíveis consequências desvantajosas resultantes do cumprimento das diretrizes do paciente, como, por exemplo, a hipótese de um paciente externar um comportamento violento se não tratado. Outra pressão externa sofrida pelo médico é a social e que se vê obrigado a realizar o tratamento a despeito da recusa antecipada do paciente (SWANSON et al., 2006, p. 388-389).

Além disso, o médico também pode se deparar com um paciente que vem se tratando, mas os efeitos das terapias são insatisfatórios ou piorados, de tal modo que o próprio paciente recuse antecipadamente essas terapêuticas, por exemplo, a recusa de um medicamento antipsicótico (SWANSON et al., 2006, p. 390).

Todavia, o raciocínio ético e prático do psiquiatra pode levá-lo a não acatar a recusa antecipada do paciente, insistindo em administrar um novo medicamento, ainda que mais caro, mas com melhores efeitos sintomáticos, julgando que os





profissionais de saúde mental, inclusive de todo o sistema de cuidado de saúde mental, são de certa forma responsáveis pelas desastrosas experiências sofridas pelos pacientes que se submeteram a esses tratamentos e que essas experiências adversas ajudaram a estimular a rejeição do paciente pelos tratamentos que foram incapazes de aliviar as crises. Isso demonstra distorção da preferência resultante da má informação tida pelo paciente que precisa tomar conhecimento de medicamentos que o psiquiatra acredita terem bons resultados – isso levaria o médico a não acatar a recusa antecipada (SWANSON et al., 2006, p. 390).

Em face dessas questões, qual seria o real benefício da elaboração das diretivas antecipadas de vontade para o paciente com transtorno mental? Dias e Silva Junior (2019), apontam como benefícios, a ampliação da autonomia, melhora nas relações com os familiares, aumento da aceitação dos prestadores de serviço em saúde quanto à autonomia dos pacientes, redução de atendimentos médicos e admissão em serviços hospitalares, bem como de internações compulsórias. No entanto, os autores alertam a respeito da necessidade de estudos empíricos sobre o tema para determinar se tais benefícios estão presentes. Afirmam que os estudos mais recentes (CAMPBELL; KISELY, 2009; MAÎTRE et al., 2013) orientam sobre a adoção de medidas conjuntas de planejamento para situações de crise (*joint crisis planning*), com a participação de pacientes e familiares como melhor modelo de diretiva. A discussão a ser adotado. A discussão desse modelo de diretiva psiquiátrica que envolva pacientes e familiares pode ser relevante no Brasil, considerando as dificuldades existentes no que se relaciona ao tratamento em saúde mental no país.

Essas dificuldades foram verificadas no Brasil, em um estudo realizado em 2011, por Cardoso et al. (2011, p. 1-9), em um núcleo de saúde mental, visando aferir o grau de adesão de 48 pacientes egressos de internação psiquiátrica ao tratamento psicofarmacológico. Verificou-se que 70 por cento deles foram escalonados como baixo grau de adesão ao tratamento. Ademais, tão somente 21 conseguiram transmitir qual era o seu diagnóstico sendo que, destes, a maioria não logrou dizer sobre o nome e a dosagem dos medicamentos prescritos de forma parcial ou completa.

Para Cardoso et al. (2011, p. 1-9), a adesão ao tratamento ajuda a diminuir os riscos de recaídas e de internações. As causas para baixa adesão são adversas: custo dos medicamentos, interação medicamentosa, inadequada educação em





saúde, não compreensão das instruções, relação médico-paciente e serviços de saúde deficientes. Em razão do baixo grau de instrução, os pacientes não compreendem sobre o tempo da doença e sobre a prescrição dos medicamentos, levando à persistência dos transtornos graves.

Constatou-se também que os pacientes não tomam os medicamentos quando sentem alguma melhora e se esquecem de ingeri-los ou descuidam-se quanto aos horários adequados, malefícios ao próprio paciente de tal modo que compromete o seu desenvolvimento crítico. Os estudos mostraram a inexistência de programas que ajudam na identificação de doenças de transtornos mentais, de modo que o início da doença é caracterizado por muitos conflitos de ordem cognitiva, familiar, levando o indivíduo ao isolamento, dificuldade de atenção e concentração (CARDOSO et al., 2011, p. 1-9).

Levando em consideração todas as dificuldades apontadas para a concretização do exercício de autonomia pelos pacientes psiquiátricos, especialmente no que se relaciona à criação de diretivas antecipadas, seria possível o exercício de disposição da própria vida por estes pacientes no Brasil?

Esta questão tem uma resposta complexa, porém o que se pode afirmar é que a aquisição da autonomia desses pacientes parece restar apenas no campo teórico frente à complexidade das doenças e à deficitária assistência doméstica, escolar e social. O baixo grau de adesão ao tratamento denota o quão distante se está da concretização das diretivas psiquiátricas de vontade. Porém deve-se reconhecer que as pessoas com transtorno mental, assim como as pessoas com deficiência tem o direito ao exercício de sua capacidade legal, em igualdade de condições com as demais pessoas, o que inclui a possibilidade de emitir diretivas antecipadas (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019) e, portanto, deve-se avançar nesse sentido, especialmente no que se refere a pesquisas empíricas sobre o tema no país, incluindo-se a questão da elaboração conjunta de diretivas antecipadas de vontade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visando-se valorizar a autonomia e a autodeterminação do paciente, quando da tomada de decisão sobre tratamentos de saúde, as diretivas





antecipadas de vontade foram desenvolvidas para se deixar registrado, previamente, as disposições de vontade do paciente em relação à terapêutica necessária em momento vindouro, envolvendo toda a equipe assistencial e os familiares do paciente.

No entanto, maior dificuldade resta para aqueles casos de portadores de transtorno mental grave capaz de impedir o paciente de manifestar sua vontade sobre tratamento e hospitalização, em situações de não urgência ou emergência, e que não existem diretivas antecipadas para o médico se apoiar, ou que a patologia tenha se agravado de tal modo que não se ajustam mais àqueles desejos previstos no documento.

Extraí-se, da análise das pesquisas utilizadas neste artigo, que: a) em princípio, havendo as diretivas, os médicos devem cumpri-las o máximo possível; b) a conduta escolhida pelo paciente deve estar ajustada aos padrões clínicos e éticos; c) as diretivas podem ser desconsideradas quando não se conseguir identificar a vontade do paciente claramente, sempre buscando a segurança do paciente e de outras pessoas; d) o agravamento da doença com o tempo; e) que, em muitos casos, os pacientes já conhecem os efeitos negativos do tratamento e demonstram rejeitá-los, cabendo ao médico ponderar essas situações aconselhando a família a respeitar as manifestações do paciente; f) cuidado com os efeitos colaterais das interações medicamentosas; g) adequação dos medicamentos às condições financeiras do paciente; h) orientação ao paciente sobre sua enfermidade, riscos e manutenção do tratamento.

Sendo assim, conclui-se que há dificuldades para a realização das diretivas psiquiátricas, devido à limitada autonomia dos pacientes, o baixo grau de adesão ao tratamento e a assistência deficitária. No entanto, as diretivas antecipadas psiquiátricas têm potencial para serem realizadas, considerando o direito que a pessoa tem de decidir a respeito dos tratamentos a que será submetida. Devem ser seguidas pela equipe médica desde que não coloquem em risco a vida do paciente e dos cuidadores, e que não violem os preceitos médicos, éticos e legais, cabendo ao médico avaliar cada caso em particular. Interessante seria avançar em relação à criação dessas diretivas com a participação de familiares, ou seja, por meio da elaboração conjunta, nesse sentido, sugerem-se pesquisas de caráter empírico sobre o tema.





REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. (Org.). **V Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF: CJF, 2012.

ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Revista HCPA/Hospital de Clínica de Porto Alegre**, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSQUIATRIA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM 5**. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BRASIL. **Código Civil**: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015b.

CAMPBELL, Leslie Anne; KISELY, Steve R. Advance treatment directives for people with severe mental illness. **Cochrane Database Syst Rev.**, v. 21, 2009.

CARDOSO, Lucilene *et al.* Grau de adesão e conhecimento sobre tratamento psicofarmacológico entre pacientes egressos de internação psiquiátrica. **Revista Latino-Americana Enfermagem**, v. 19, n. 5, 9 telas, set./out. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n5/pt_12.pdf. Acesso em: 14 jun. 2017.





CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm. Acesso em: 6 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931/2009. Código de Ética Médica. In: FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 6 jul. 2015.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO. **Testamento vital permite ao paciente decidir que tratamento médico terá**. São Paulo: Colégio Notarial do Brasil, 30 nov. 2015. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/index.php?p-G=X19leGliZVgub3RpY2lhcw==&in=MTEyMDM=&filtro=>. Acesso em: 14 mar. 2016.

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. Autonomia das pessoas com transtorno mental, diretivas antecipadas psiquiátricas e contrato de Ulisses. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 1, p. 519-545, 2019.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei estadual n. 10.241**, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, 1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70042509562/2011**. Apelante: Associação dos funcionários públicos do ERGS – AFPERGS. Apelados: Gilberto Oliveira Freitas e Guilherme da Silva Benites. Presidente e Relator: Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, 01 junho 2011.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70054988266 (n. CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000)**. Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Desembargador Irineu Mariani, 20 nov. 2013.

GAUW, Juliana Holanda de et al. Diretivas antecipadas de vontade: a necessidade de um maior conhecimento desde a graduação. **Revista Científica da FMC**, v. 12, n. 1, 2017.

GOUVEIA, Lene Revoredo. Diretivas antecipadas de vontade – testamento vital: aplicação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 12, n. 2, p. 149-208, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Após regulamentação cresce 690% o número de testamentos vitais no Brasil**. São Paulo: Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, 11 ago. 2015. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5717/Ap%C3%B3s+regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C+ cresce+690%25++o+n%C3%BAmero+de+testamentos+vital+ lavrados+no+Brasil>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MAÎTRE E. et al. Advanced directives in psychiatry: a review of the qualitative literature, a state-of-the-art and view-points. **L'Encéphale**, v. 39, n. 4, p. 244-251, 2013.

MANSUR, Alexandre; MARQUES, Fabrício. Carcinomatose meníngea: caso Mário Covas. **Revista Época**, 15 abr. 2011. Disponível em: <http://carcinomatosemeningeas.blogspot.com.br/2011/04/caso-mario-covas.html>. Acesso em: 12 abr. 2016.

MILLER, Bruce. Autonomy. In: POST, Stephen. **Encyclopedia of Bioethics**. 3. ed. New York: Macmillan, 2004. p. 246-251.





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ação Civil Pública n. 0001103986.2013.4.01.3500.** Brasília, DF, 21 fev. 2014. Disponível em: <http://www.prgo.mpf.gov.br/images/stories/ascom/ACP-CFM-ortotanasia.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2015.

MUSTAFA, Aline. Enfim, descanse em paz. **Diário de São Paulo**, 6 dez. 2010. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Imprensa&acao=crm_midi_a&id=589. Acesso em: 12 abr. 2016.

PITTELLI, Sergio Domingos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de de. Eutanásia e sua relação com casos terminais, doenças incuráveis, estados neurovegetativos, estados sequelares graves ou de sofrimento intenso e irreversível e morte encefálica. **Revista Saúde, Ética & Justiça**, v. 14, n. 1, p. 32-39, 2009.

PITTELLI, Sergio Domingos. Resolução CFM n. 1995/2012: diretivas antecipadas. **Revista Visão Médica**, Hospital Alemão Oswaldo Cruz, ed. 14, p. 1-36, jan./mar. 2013.

REVISTA ANOREG/SP. **Cartório hoje**: serviços de cartório na internet, n. 3, p. 24-29, dez. 2012.

SERRANO, Sandra Caíres. Pesquisa em cuidados paliativos. **Revista Brasileira em Cuidados Paliativos**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 7-8, 2012.

SWANSON, Jeffrey W. et al. Superseding psychiatric advance directives: ethical and legal considerations. **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, v. 34, n. 3, p. 385-394, 2006.





DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E AS NOVAS TECNOLOGIAS MÉDICAS: UM OLHAR SOBRE O COVID-19

1 AS NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS À MEDICINA

Com as novas técnicas de informação e comunicação aplicadas na medicina tradicional, foi possível a obtenção de resultados impactantes sobre a humanidade. A partir de um engajamento social de oferta de novas tecnologias, a própria medicina moderna passou a desejar tecnologias. Uma retrospectiva história revela que cada tecnologia médica produziu um dilema bioético específico (por exemplo, a redefinição da morte, e consequentes conflitos morais, a partir da utilização de respirador e da realização de transplante de órgãos). A repercussão geral dessas inovações foram a perda da privacidade, a alienação, as mudanças sociais resultantes do crescimento urbano e da burocratização, as alterações genéticas e os problemas ambientais (OUTOMURO, 2012, p. 39).

No período que sucedeu o ano de 1945, afirma Lax (2012, p. 79-81), o corpo, a sociedade e a natureza foram atingidos pelo desenvolvimento econômico e tecnocientífico, conjuntamente ao fomento das discussões sobre as éticas a respeito da vida. O corpo tornou-se objeto de conhecimento e de aplicação científica, econômica e médica relativamente à administração da saúde e das doenças, da longevidade, da intervenção genética, bem como a cessação da morte natural de forma antecipada. É nesse cenário que se redefiniu o nascer e o morrer como questão ética, científica, política e religiosa. A relação entre saber e poder se tornou evidente (LAX, 2012, p. 79-81), já que a partir da criação do computador pelos Estados Unidos da América e pela Inglaterra, em 1945, as invenções relativas à informática revolucionaram a sociedade em geral, agindo sobre a realidade,





a ponto de se produzir uma “tecnologia intelectual”, fabricando conhecimento (SIMÕES, 2009, p. 3-4).

O determinismo tecnológico, apontado pela doutrina crítica, desenvolvido sem interferências sociais, mas por um conjunto próprio e fechado de métodos, técnicas e processos, dentro de um contexto específico do conhecimento, tornando-se a referência na explicação dos fenômenos históricos e sociais. Um movimento contrário emergiu intitulado de teoria construtivista ou “construção social da tecnologia”, que defendeu a responsabilização da atividade humana movida pela tecnologia, estimulando a integração entre tecnologia e sociedade (MOLINARO; RUARO, 2014, p. 40-41).

Desde o surgimento da internet na década de 1970, aberta comercialmente na década de 1990, produziu-se uma cultura peculiar fruto da cultura empreendedora, hacker, comunitária virtual e tecnomeritocrática (SIMÕES, 2009, p. 3-4). A reação ao modelo clássico filosófico e sociológico da ciência procurou investigar os efeitos sociais da ciência. Os estudos sociais da ciência formularam diferentes meios de integrar a ciência e a sociedade, priorizando as ações sociais e coletivas (MOLINARO; RUARO, 2014, p. 46).

Nesse período, despontou a necessidade de investigar o risco e a insegurança e a incerteza dele decorrentes. O risco representando o perigo, a lesão, nas formas de dano, prejuízo ou malogro, ou a ameaça de lesão, importa na responsabilização pelo dano produzido, embasando-se na prevenção ou na precaução. A ciência tem o papel tanto de produzir riscos, ao desenvolver técnicas, teorias e leis, mas também de reduzir ou de eliminar os seus efeitos (MOLINARO; RUARO, 2014, p. 54-55).

Na década de 1980, em sintonia com o movimento tecnológico surgiu o Pós-humanismo e o Trans-humanismo postulando pela ausência de diferença radical entre o corpo humano e a tecnologia robótica e entre a existência física e a simulação computadorizada, ou seja, um “organismo cibernético” de acordo com o traço evolutivo aventado pela Antropologia, nos moldes da acepção de corpo-máquina de Descartes, do Positivismo iluminista e da noção de Super-homem proposto por Nietzsche (OUTOMURO, 2012, p. 39).

A nanotecnologia, a engenharia genética, o fortalecimento farmacológico, a cibernética e o *mind uploading* são instrumentos do Trans-humanismo apontados pela Enciclopédia de Bioética (2004) segundo Outomuro (2012, p. 40). Contudo, o





maior dilema ético envolvendo as tecnologias médicas restou sobre a insuficiência ou o excessivo acesso às novas tecnologias como forma de assegurar o direito à saúde.

A tese da autora sobre o custo-benefício da aplicação das novas tecnologias médicas, é de que o valor dado à aplicação das novas tecnologias médicas depende da superação dos custos pelos benefícios dos progressos médicos. O benefício da inovação tecnológica deve ser muito maior do que o custo dispensado em pesquisas. Os resultados de pesquisas envolvendo catarata, ataque cardíaco, depressão e bebês com baixo-peso, demonstraram haver muito mais benefícios em relação aos custos, o que não se verificou nas pesquisas de câncer de mama, em que os custos equivaleram aos benefícios, comprovando que os gastos médicos foram compensados com reflexos diretos sobre as políticas públicas. Constatou-se, ademais, que a maior fatia dos custos relativos aos cuidados médicos tem sido empregada nas mudanças compreendendo tecnologia aplicada à medicina, mas que esses investimentos concorreram para a melhoria da qualidade de vida, o aumento da longevidade, a redução de tempo ausente do trabalho, dentre outras hipóteses. Logo, as inovações tecnológicas trazem desvantagens se os custos superam em maior medida os benefícios (CUTLER; MCLLELAN, 2011, p. 11).

A assertiva de que o aperfeiçoamento da saúde é diretamente proporcional aos gastos com ela, é verdadeira. Isso é o que se verifica com a extensão da longevidade que aumentaram os custos médicos em virtude da ampliação do tempo de vida, embora um resultado benéfico seja o aumento da produção o que permite mais trabalho e ganhos pelas pessoas. Os dados confirmam que as inovações tecnológicas contribuíram para um melhoramento da sobrevivência em torno de 70% nos casos de ataque cardíaco. O índice de mortalidade de neonatos com baixo peso diminuiu bem mais do que 70%, de modo que quando se atingiu a década de 1990, já havia um aparato tecnológico composto desde ventiladores especiais à medicamento surfactante artificial, utilizados em unidade de terapia intensiva, capazes de facilitar o desenvolvimento pulmonar dos neonatos. No caso da depressão, a melhora ocorreu tanto na obtenção de diagnóstico mais exato como no tratamento da doença. Na catarata, a tecnologia trouxe redução no tempo de internação e menos complicações como glaucoma e infecções. Quanto ao câncer de mama, o tratamento com quimioterapia tornou-se mais estendido e complexo, houve aumento do número de cirurgias por complicações





e de frequência ambulatorial para tratamento medicamentoso para náusea e anemia. Um aspecto cirurgias por complicações e de frequência ambulatorial para tratamento medicamentoso para náusea e anemia. Um aspecto positivo provocado pela inovação tecnológica é a precisão diagnóstica e de tratamento nas situações de câncer, que, uma vez diagnosticado mais precocemente, as taxas de metástase são reduzidas, diminuindo o índice de mortalidade feminina (CUTLER; MCLELLAN, 2011, p. 11-23).

Pela Academia Nacional em Ciências americana (THE NATIONAL ACADEMIES, 2007, p. 1-4), especializada em engenharia e medicina, as inovações em medicina nuclear são fundamentais para diagnosticar, ainda em estágio inicial e de forma não invasiva, cânceres, doenças cardiovasculares, algumas desordens neurológicas (Alzheimer e Parkinson), além de oferecer tratamento e monitoramento de enfermidades. A medicina nuclear utiliza elementos químicos radioativos com desempenho eficaz nas áreas médicas, desde a cardiologia até a oncologia, a neurologia e a psiquiatria. A medicina nuclear atua por meio de imagens rastreando produtos químicos injetados no corpo, ou são inalados ou engolidos pelo paciente, acumulam-se no tecido ou órgão que apresentam alterações bioquímicas. A ferramenta da radiação ainda pode ser usada para matar células tumorais, importante para o tratamento de linfomas e câncer de tireoide.

A troca de informações entre médicos tem sido facilitada pelas novas técnicas de comunicação e de informação. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 2.107/2014, normatizou a Telerradiologia ou radiologia à distância, em virtude das questões ético-legais derivadas de sua prática, apesar dos efeitos positivos do seu uso. A normativa leva em consideração a indispensabilidade da coleta do consentimento livre e esclarecido do paciente e a garantia do sigilo e da totalidade das informações. Ela preconiza pelo cuidado dispensado pelo médico ao realizar o exame à distância, em razão da ausência de contato com o paciente e da qualidade da informação e das imagens que manuseia.

A Resolução nº 2.107/2014 adota como fundamentos a Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidade e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina, acolhida desde a 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, ocorrida em Tel Aviv, em Israel, no mês de outubro de 1999; a Resolução n. 1.643/2002 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002), que definiu e regulamentou a Telemedicina e a Resolução n. 1.931/2009 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA,





2013), dispendo sobre a Telemedicina. Consoante à Declaração de Tel Aviv, de 1.999, o progresso tecnológico tem servido para beneficiar o trabalho dos médicos e a interação destes com pacientes. O papel da Telemedicina, atividade da medicina desempenhada à distância, é desenvolver diagnósticos, tratamentos, recomendações e intervenções com base em informações, dados e documentos veiculados por meio de sistemas de telecomunicação. Esse processo de transmissão de dados facilita o acesso a pacientes que carecem de atendimento por especialistas ou até mesmo de assistência básica nas áreas da ortopedia, patologia, cardiologia, oftalmologia, dermatologia e radiologia, diminuindo custos e riscos. Da mesma maneira, as vantagens pertinentes ao correio eletrônico e à videoconferência que potencializam o intercâmbio de informações e pareceres entre os médicos, à Telecirurgia que permite a colaboração entre médicos menos e mais experientes e à Telemedicina que possibilita o acesso à investigação e educação aos médicos atuantes em regiões longínquas.

Concomitantemente, surgem novas questões éticas pela violação de princípios e normas éticas tradicionais da relação médico-paciente. Desse modo, a Associação Médica Mundial, através da Declaração de Tel Aviv (WMA, 1999), reconheceu que o princípio da relação médico-paciente reclama obediência à confidencialidade profissional, ao respeito mútuo, à independência de opinião do médico e à autonomia do paciente. O uso da Telemedicina só pode ocorrer mediante o recolhimento da anuência do paciente que deve ser plenamente informado, consentindo que seus dados sejam transmitidos via comunicação eletrônica de modo que o médico fica obrigado a assegurar a confidencialidades das informações, ficando responsável por elas. Os dados de pacientes bem como seus desejos devem ser arquivados na história clínica do paciente.

A Telerradiologia, prevista na Resolução n. 2.107/2014, consiste na prática médica de enviar dados e imagens radiológicas, realizadas à distância, por meio da comunicação e da informação visando à emissão de relatório (art. 10), de acordo com as normas éticas e técnicas do Conselho Federal de Medicina, concernentes ao sigilo profissional, à guarda, à privacidade, à manipulação, à transmissão de dados e ao suporte tecnológico adequado (art. 20). Consoante Outomuro (2012, p. 44), os dilemas éticos em torno do uso dessas tecnologias na medicina já haviam sido alertados por Heidegger que as previra como sendo não apenas uma ferramenta para uso do ser humano, mas com potencial para recriá-lo e interferindo na





própria natureza, capaz de edificar a verdade das coisas. O filósofo alertou para a equivocada submissão do homem à tecnologia, adaptando-se a ela. A tecnologia não pode ser vista somente como uma ferramenta dominável e manipulável, pois trouxe a despersonalização da prática médica, apesar das realizações favoráveis na medicina (OUTOMURO, 2012, p. 44).

A filosofia de Jonas (1995, p. 53), discípulo de Heidegger, aprofundou a temática da vida priorizando a responsabilidade diante do emprego da técnica. O autor teceu críticas contra o controle da conduta humana por meio das ciências médicas que substituem artificialmente o agir humano. O seu entendimento (JONAS, 1995, p. 155-156) é de que não se questionam os benefícios de certas técnicas como as destinadas a aliviar sintomas dolorosos de enfermos mentais, mas essas tecnologias não podem ser tratadas como meios de conforto e de manipulação social, afetando direitos e o princípio da dignidade humana. Ao se substituir a prática humana que se ocupa com problemas humanos pelos mecanismos impessoais, está se suprimindo um pouco da dignidade da pessoa. Essa conduta acaba por transferir a responsabilidade dos agentes para “sistemas programados de comportamento”. Há de se avaliar axiologicamente os benefícios da “empresa humana” de controle social frente ao sacrifício da privação da autonomia individual. A morte possui a própria dignidade consistindo em direito humano deixar seguir o seu curso natural.

A melhor estratégia para se evitar a violação da autonomia individual continua sendo a coleta do consentimento informado livre do paciente. No caso ora em discussão, ele vem inserido nas Diretivas Antecipadas de Vontade que representam uma maneira de dinamizar e tornar mais seguro o atendimento médico, se tomadas os cuidados e precauções necessários para a sua formalização, como será explorado nos próximos tópicos.

2 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE/ CONSENTIMENTO INFORMADO E SUAS HIPÓTESES DE INVALIDAÇÃO

Para os norte-americanos, as Diretivas Antecipadas de Vontade consistem em uma declaração mediante a qual o interessado livremente expressa





previamente a sua preferência em relação a tratamentos e terapias médicas a que deseja se submeter, em face de uma condição de enfermidade incerta e futura, que o torne incapaz impedindo-lhe de externar sua vontade. Essas diretrizes representam um consentimento informado do paciente de recusa, desistência ou aceite de procedimentos relativos à sua saúde em momento vindouro. Elas são compostas pelas Declarações Prévias (Testamento Vital), que ditam as diretrizes médicas, e o Mandato Vindouro que diz respeito à eleição de um futuro cuidador (mandatário) dos interesses do interessado (mandante) quando este se encontrar doente de tal forma que não consiga transmitir o seu consentimento (GODINHO, 2012, p. 945-978).

Pelo modelo da classificação dos negócios jurídicos apresentada por Gonçalves (2012, p. 334-338), as Declarações Prévias são enquadradas como uma espécie de negócio jurídico unilateral, personalíssimo e sujeito a nulidades. Em verdade, como o Código Civil não adotou o modelo de Pontes de Miranda, os requisitos ou elementos existenciais que estruturam o negócio jurídico são a “declaração de vontade, a finalidade negocial e a idoneidade do objeto. A vontade precisa ser revelada pela declaração, podendo ocorrer de forma expressa, através da fala ou escrita, da mímica, de sinais e gestos (caso dos surdos-mudos) ou tácita, quando subentendida pelo comportamento do indivíduo. Já a ausência de qualquer consentimento, alude o autor (GONÇALVES, 2012, p. 455), demonstra não haver qualquer manifestação de vontade, logo a inexistência do negócio jurídico. Havendo o consentimento, mas maculado de vício, o negócio é anulável e, se realizado de forma expressa por absolutamente incapaz, configura a nulidade do negócio.

Dessa maneira, Tartuce (2015, p. 191-202) destaca como um dos requisitos de validade do negócio jurídico a manifestação espontânea e livre da vontade. Os defeitos tanto na formação quanto na manifestação da vontade, provocam a anulabilidade do negócio jurídico. São os chamados vícios de consentimento nas espécies de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão que, ao afetarem a vontade do indivíduo, atingem a validade do negócio jurídico, exceto pela coação física e pela simulação que geram nulidade absoluta. Os vícios de consentimento produzem nulidades relativas, assim como os negócios realizados por relativamente incapazes como os maiores de 16 e menores de 18 anos de idade, os ébrios habituais, os pródigos e os viciados em tóxicos, bem como os indivíduos que não puderem expressar sua vontade por causa transitória ou permanente,





sem a devida assistência. Nesta última hipótese entrariam os comatosos e os pacientes em estado neurovegetativo persistente.

Resultar-se-á em nulidade absoluta a existência de ofensa às normas de ordem pública que afete o plano da validade, consubstanciado no inciso I do artigo 166 do Código Civil, se o negócio for celebrado por absolutamente incapaz não representado, nos termos do artigo 3º do Código Civil, como é o caso dos menores de 16 anos sem representação dos pais, de tutor, ou curador. Desde a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei brasileira de inclusão nº 13.146, de 06 de julho de 2015, contudo, a pessoa com deficiência mental e o enfermo figuram entre os plenamente capazes, restando incapazes absolutamente apenas os menores de 16 anos de idade (BRASIL, 2015b). O interesse do legislador foi o de inserir não apenas os que não possuem discernimento para a prática da vida civil como aqueles que possuem o discernimento limitado.

O artigo 166, inciso II, disciplina sobre a nulidade absoluta do negócio jurídico gerada pela infração do ordenamento jurídico (ilicitude) e das normas éticas, assim como a impossibilidade de realização e execução física (como curar doença incurável) ou jurídica do objeto. Há impossibilidade jurídica das Declarações Prévias, e das Diretivas Antecipadas, se o seu objeto adotar a prática da eutanásia, considerada homicídio pelo artigo 121 do Código Penal, e suicídio assistido, ajustado ao artigo 122 da mesma Norma Penal e artigo 15 do Código Civil, e ilícito, já que vedados, também, pelo artigo 41 do Código de Ética Médica de 2009 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013). Quanto ao enquadramento da ortotanásia, embora não esteja prevista de forma expressa nem mesmo pela normativa ética médica, pode-se buscar guarida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016a), que trata do princípio da dignidade da pessoa humana, além das Resoluções nº 1.805/2006 e nº 1.995/2012 e o parágrafo único do artigo 41 do Código de Ética Médica, todos exarados pelo Conselho Federal de Medicina (2006, 2012).

Inexiste exigência legal para a forma de registro, o que permite a livre utilização desta (art. 107 do Código Civil) contanto que não defenda em lei (art. 104, do Código Civil), inclusive com o registro no próprio prontuário médico do paciente. O ideal, entretanto, é que o documento seja formalizado na presença de tabelião e que siga, analogicamente, os requisitos formais do testamento. O obstáculo da ilicitude dos artigos 104, II, e 106, II, ambos do Código Civil/2002, fica





restrito à prática da eutanásia e não da ortotanásia (GODINHO, 2012, p. 957-963). A escrituração pública, contudo, garante maior segurança jurídica ao paciente, aos familiares e tutores, aos médicos e demais profissionais e instituições envolvidas no atendimento, eis que a prestação dos serviços de saúde está cada vez mais socializada e coletiva, envolvendo setores públicos e privados.

Concretiza-se a condição suspensiva da eficácia das Declarações Prévias, ou seja, para que elas produzam efeitos práticos é preciso que a incapacidade permanente, irreversível e terminal do paciente ocorra em um futuro e incerto, nos termos do artigo 121 do Código Civil de 2002. A condição de terminalidade vem disciplinada na Resolução 1.805/2006, sob pena de ofender à eticidade. Já a Resolução 1.995/2012 alargou essa possibilidade, parecendo não se restringir à condição de terminalidade, sem esclarecer a profundidade das Diretivas Antecipadas de Vontade, deixando esse papel para o legislador. A condição, nesse caso, não é elemento acidental e acessório ao negócio jurídico, mas faz parte dele.

Constam também como requisitos para a elaboração do Mandato Vindouro o consentimento livre e esclarecido e a capacidade do mandante. Como também não há regulação jurídica específica para essa matéria, por analogia, aplicam-se as regras que cuidam da representação, constantes dos artigos 115 a 120, e do mandato, dos artigos 653 a 692, todos do Código Civil de 2002 (GODINHO, 2012, p. 968-969).

O ajuste de mandato se dá pela transferência de poderes de uma pessoa à outra, para que esta, em nome daquela, execute atos ou administre os interesses daquela, mediante um “negócio jurídico de representação”. Trata-se de um acordo convencional bilateral, gratuito, consensual, comutativo uma vez que as partes conhecem suas obrigações, sem exigência de solenidade. É personalíssimo, baseado na confiança que o mandante tem pelo mandatário (TARTUCE, 2012, p. 489-493).

Nessa espécie contratual, o mandatário ou outorgado aceita a obrigação de prestar serviços, consistente em obrigação de fazer, visando à defesa dos interesses do mandante outorgante. O documento de mandato pode ser feito de forma escrita, oral ou tácita, esta quando o mandatário pratica ato executório que represente sua aceitação (COELHO, 2012, p. 645-651), embora se recomende a sua feitura na modalidade escrita e, na sua impossibilidade, a rogo, quando então se exige a presença de duas testemunhas.





Ambos as Declarações Prévias e o Mandato Vindouro são revogáveis e anuláveis. Segundo Coelho (2012, p. 674-677), a revogação é uma declaração feita unilateralmente pelo mandante intencionando suprimir os poderes do mandatário. Ela é sempre possível mesmo que a outorga inclua cláusula de irrevogabilidade. É um negócio jurídico reptício, isto é, seus efeitos só se aperfeiçoam quando o mandatário toma conhecimento da declaração (art. 683, CC). A designação de novo representante para o mesmo negócio equivale à revogação do contrato de mandato (art. 687).

O mandatário pode renunciar ao mandato declarando sua intenção unilateralmente, contanto que o mandante tome conhecimento do ato. Essa é uma hipótese possível desde que o mandatário não renuncie de forma injusta causando prejuízos ao mandante, como, por exemplo, no caso de inexistir tempo suficiente para promover a substituição. É considerada justa a renúncia se os poderes outorgados oneram excessivamente o mandatário que não possui a faculdade do substabelecimento (art. 688). Os atos de revogação e de renúncia precisam ser expressos. A morte do mandante ou do mandatário é forma de extinção do contrato.

Apesar de a interdição do mandante levar à extinção da outorga, no caso do Mandato Vindouro/Duradouro, não acarreta na extinção do mandato. Somente a interdição do mandatário poderia interromper o mandato por se tratar de ato personalíssimo. No Mandato Vindouro, por ser um negócio jurídico bilateral, verificam-se as vontades tanto do outorgante/mandante como do outorgado/mandatário. Frise-se que o Mandato Vindouro pode ser realizado independentemente das Declarações Prévias, não se limitando à situação de terminalidade (fim de vida). Por conseguinte, as Diretivas Antecipadas de Vontade não podem quedar restritas também a essa condição.

Ressalvada a forma paulatina e progressiva do alcance da maturidade, por ora, a maioridade civil, 18 anos de idade, segue sendo uma condição para se firmar as Diretivas. Como elas são atos personalíssimos que exigem a manifestação do consentimento de forma livre, eventual incapacidade superveniente não invalida a manifestada anteriormente (GODINHO, 2012, p. 962).





3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visou-se, ao longo do presente escrito, descobrir as influências das novas tecnologias médicas no campo das Diretivas Antecipadas de Vontade, dentro do espaço da sociedade da informação. Verificou-se que as novas tecnologias vêm proporcionando benefícios na área da medicina através da Telemedicina, a saber, pela Telecirurgia e Telerradiologia, especialmente quanto ao acesso a tratamento médico especializado por pessoas distantes dos grandes centros informacionais. Constatou-se que apesar da relevante facilitação do intercâmbio de informações entre os médicos, novos problemas éticos podem surgir em decorrência dessas formas de atendimento. Na relação médico-paciente, o maior dilema concentra-se ainda na ausência da coleta adequada do consentimento informado, neste caso materializada nas Diretivas Antecipadas de Vontade do Paciente, o que pode levar a inexistência dessas disposições de vontade. Ademais, averiguou-se que a incapacidade para a formalização do negócio jurídico leva à anulação das Diretivas e que o médico pode responder pela violação do sigilo e da totalidade das informações. O contato distante do paciente pode resultar ainda na despersonalização do atendimento e à excessiva valorização da tecnologia em detrimento do valor humano

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum**. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum**. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência: lei brasileira de inclusão n. 13.146, de 06 de julho de 2015. In: EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum**. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.





CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução do CFM n. 1.643/2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. **Diário Oficial da União**: Seção I, p. 205, Brasília, DF, 26 ago. 2002. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1643_2002.pdf. Acesso em: 4 maio 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução do CFM n. 1.931/2009. Código de Ética Médica. In: FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução do CFM n. 2.107/2014. Define e normatiza a Telerradiologia e revoga a Resolução CFM no 1890/09, publicada no D.O.U. de 19 janeiro de 2009. **Diário Oficial da União**: Seção I, p. 157-158, Brasília, DF, 17 dez. 2014, Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2014/2107_2014.pdf. Acesso em: 4 maio 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm. Acesso em: 6 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 6 jul. 2015.

COELHO, Paulo Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUTLER, David M.; MCCLELLAN, Mark. Is technological change in medicine worth it? **Health Affairs**, v. 20, n. 5, p. 11-29, 2011.





GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Instituto de Direito Brasileiro**, ano 1, n. 2, p. 945-78, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 1: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Introducción: Andrés Sánchez Pascual. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

LAX, Alejandro Moreno. **El concepto de vida en la ética contemporánea**. 2012. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofía, Universidad de Murcia, Murcia, 2012.

MOLINARO, Carlos Alberto; RUARO, Regina Linden. Acoplamento entre internet e sociedade. **Revista da AGU**, ano XIII, n. 40, p. 37-58, abr./jun, 2014.

OUTOMURO, Delia. **Impacto de la tecnología en la práctica de la medicina**. Tecnología y salud. Argentina: Instituto de Bioética Facultad de Medicina Universidad de Buenos Aires, 2012.

SIMÕES, Isabella de Araújo Garcia. A sociedade em rede e a cibercultura: dialogando com o pensamento de Manuel Castells e de Pierre Lévy na era das novas tecnologias de comunicação. **Revista Eletrônica Temática**, ano V, n. 5, p. 1-11, maio/2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THE NATIONAL ACADEMIES: **National Academy of Sciences**: report in brief. [S. l.]: National Academy of Engineering, Institute of Medicine, National Research Council, Advancing nuclear medicine through innovation, 2007.





WMA. Declaración de la AMM sobre las responsabilidades y normas éticas en la utilización de la telemedicina. Adoptada por la 51a Asamblea General de la Asociación Médica Mundial Tel Aviv, Israel, octubre 1999 y eliminadas en la Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006. **Asociación Médica Mundial**, 1999. Disponível em: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/20archives/a7/index.html.pdf?print-media-type&footer-right=%5bpage%5d/%5btoPage%5d>. Acesso em: 4 maio 2016.

