

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: AUTONOMIA PARA O FIM DA VIDA

ADVANCE DIRECTIVES: AUTONOMY AT THE END OF LIFE

César Ghizoni¹

Sustenta-se no presente artigo a legitimidade da recusa a tratamento médico ainda que isso possa acarretar risco à vida do paciente. É abordada a evolução da ideia do paternalismo médico até a valorização da autonomia do paciente na tomada de decisões sobre sua saúde e tratamentos a que será submetido. Analisa-se o direito constitucional à vida sob o enfoque da dignidade da pessoa humana – núcleo axiológico do ordenamento jurídico – preservando-se as crenças e os valores particulares de cada indivíduo, bem assim sua capacidade de autodeterminação e respeito à autonomia particular. Afirma-se o direito à morte digna decorrente dos direitos à autonomia, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana, daí decorrendo a legitimidade da recusa a tratamento médico. São apresentados o conceito e as espécies de diretivas antecipadas de vontade, que se constituem em valoroso instrumento de garantia da autonomia e autodeterminação do paciente. Por fim, analisa-se as hipóteses em que se admite a aplicação das diretivas, suas limitações e as grandes controvérsias a respeito da eficácia nas situações de eutanásia passiva.

Palavras-Chave: Diretivas antecipadas de vontade. Autonomia do paciente. Autodeterminação. Dignidade da Pessoa Humana. Morte digna.

This article supports the legitimacy of rejecting medical treatment, even though the possible risks to the patient's life. It demonstrates the evolution of the idea of medical paternalism until the patient's autonomy in making decisions affecting their health care. It is analyzed the constitutional right to life from the standpoint of human dignity, preserving the individual beliefs and values, as well as their self-determination and autonomy. The right to a dignified death is sustained as a result of the rights to autonomy, self-determination and human dignity, resulting in the legitimacy of rejecting medical treatment. It is presented the definition and the methods of advance directives, which ensure that the patient's right to autonomy and self-determination are protected. Finally, it is analyzed the hypothesis in which the advance directives are admitted, their limitations and the major controversies about their effectiveness in situations of passive euthanasia.

Keywords: Advance directives. Patient's autonomy. Self-determination. Human dignity. Dignified death.

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara de Sucessões do Foro Central da Comarca de Curitiba/PR. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná (2019-2020). Juiz Auxiliar da Corregedoria do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (2016). Membro da Comissão Examinadora do Concurso Público para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Paraná (2012, 2013, 2014 e 2019). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNICURITIBA. Endereço para correspondência eletrônica: cegh@tjpr.jus.br.

INTRODUÇÃO

A finitude da vida intriga a humanidade desde os seus primórdios. Sempre se buscou meios de evitar e de prorrogar a morte. Os crescentes avanços da medicina, das técnicas e das tecnologias empregadas têm aumentado as possibilidades de prolongamento da vida humana, inclusive com o planejamento do evento morte a partir de comandos médicos.

Superado o paradigma do paternalismo médico e reconhecida a autonomia do paciente na tomada de decisões sobre sua saúde, acirram-se as discussões éticas e jurídicas acerca da possibilidade de recusa a tratamento médico que possa prolongar a vida dos pacientes.

Sustenta-se, de um lado, a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida, que autorizaria a intervenção médica para salvaguarda da vida do paciente ainda que contra a sua vontade. Lado outro, pontuam-se os direitos à autonomia e à autodeterminação dos indivíduos, conjugados com o princípio da dignidade da pessoa humana, que garantem o direito a uma morte digna e sem a imposição de sofrimentos desnecessários.

Situações em que a vida biológica passa a ser mantida exclusivamente por métodos artificiais, não raras vezes impelem ao paciente tão somente o prolongamento de sofrimento desproporcional, potencializando, ainda, a angústia de seus entes queridos.

Na solução de impasses desse jaez, as diretivas antecipadas de vontade ostentam grande relevo e importância. Constituem-se em manifestações prévias do paciente por meio das quais expressamente indica os cuidados que quer ou não receber no caso de se encontrar sem condições de manifestar livremente a sua vontade. Além de garantir o atendimento dos desejos do paciente, conferem maior respaldo e segurança aos profissionais da medicina para a tomada de decisões em situações conflitantes.

Nessa linha, serão abordadas questões relativas ao direito à vida, à autonomia e autodeterminação e à dignidade da pessoa humana como fundamentos de validade das diretivas antecipadas de vontade. Em seguida, analisa-se o conceito e as espécies de diretivas antecipadas de vontade, desenvolvendo-se as hipóteses em que se admitem sua aplicação e as situações em que o médico não deverá dar-lhes cumprimento.

Por fim, é analisada a questão da eutanásia passiva nos casos de não-oferta de suporte vital (NSV), de retirada de suporte vital (RSV) e de ordem de não reanimação mecânica (ONR), bem assim sua conformação jurídica sob o enfoque do direito à morte digna.

1 PATERNALISMO MÉDICO E AUTONOMIA DO PACIENTE

A busca pela preservação da saúde humana acompanha a história da Humanidade (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014). Desde os primórdios da sua existência, o homem se preocupa com a própria saúde, seja na era primitiva, quando lambia as próprias feridas, seja na atualidade, onde os contínuos avanços tecnológicos propiciam a cura de muitos males, os quais, no passado, levavam reiteradamente à morte (RAEFFRAY, 2005).

Dessa preocupação surgiu a medicina, que, no início, tinha um caráter místico e estava nas mãos dos feiticeiros e

sacerdotes. O estudo anatômico mesclava-se com a religiosidade, acreditando-se que a saúde e a doença eram simples desígnios da divindade (FRANÇA, 2014).

Os maiores avanços e desenvolvimentos da medicina ocorreram na Grécia e são creditados a Hipócrates – até hoje considerado o pai da medicina. Foi ele que, há mais de 2.500 anos, arrancou dos deuses a arte de curar e a entregou aos homens (FRANÇA, 2014). Dentre os escritos que constituem o Corpus Hippocraticum estão os famosos Aforismos e o Juramento – declaração solene que leva o seu nome e até hoje é feita pelos formandos nas cerimônias das faculdades de Medicina brasileiras. No Juramento de Hipócrates, os médicos se comprometem a aplicar a medicina para o bem do doente e segundo o seu poder e entendimento, nunca para causar danos ou mal a alguém.

Surge daí a chamada ética hipocrática, fundada no princípio da beneficência, que preconiza o dever dos profissionais da saúde e do investigador de promover primeiramente o bem do paciente e se baseia na regra da confiabilidade (SANTOS, 1998). O princípio da beneficência vertical ou impositiva dita que o cuidado e o tratamento do paciente cabem unicamente ao médico, pois é ele o detentor do conhecimento técnico e age visando o bem do paciente (BEUCHAMP; CHILDRESS, 2002). Busca sempre o bem do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da medicina, se considera benéfico para o paciente, atribuindo unicamente ao médico o poder de decisão (BAROZA, 2004). Permite-se ao médico adotar um posicionamento paternalista, definindo ele mesmo o que é o melhor para o paciente e legitimando a intervenção profissional ainda que contra a vontade expressa do enfermo.

A relação médico-paciente seguiu então pautada pela assimetria. O médico era o portador de todo o conhecimento necessário para o tratamento e, portanto, o detentor do destino da vida do paciente. A ele incumbia, unicamente, a escolha dos tratamentos e procedimentos aptos curarem o paciente. Ao paciente cabia confiar no profissional e se submeter às suas indicações, em um modelo conhecido como paternalismo médico (SIQUEIRA, 2016). O paciente não era sujeito do seu próprio tratamento, não possuía autonomia ou interação com a prática médica, detentora do verdadeiro saber conformativo do corpo e da moral (STANCIOLI, 2004).

Essa concepção somente passou a sofrer modificações com o fim da Segunda Guerra Mundial. Os experimentos nazistas realizados com prisioneiros de guerra nos campos de concentração levaram à elaboração de diretrizes internacionais para a pesquisa científica com pessoas. Dos postulados extraídos do julgamento dos crimes de guerra por um Tribunal Militar Internacional, sediado em Nuremberg, elaborou-se o Código de Nuremberg em 1947. Seu objetivo era garantir que princípios dos direitos humanos – em particular a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade – seriam o ponto de partida de qualquer pesquisa científica envolvendo pessoas (GUILHEM; DINIZ, 2008), estabelecendo o consentimento informado como requisito para a validade ética das experiências médicas. Considerou-se que intervenções médicas não autorizadas pelo enfermo constituem violação ao direito à autodeterminação individual (WANSSA, 2011), orientações que foram posteriormente incorporadas pela Declaração de Helsinki em 1964.

Passa-se à valorização da autonomia do paciente, diante do seu reconhecimento como sujeito de direitos fundamentais. A relação médico-paciente deixa de ser verticalizada para ser representada de forma horizontal. O paciente não mais se encontra em posição passiva e deixa de ser mero objeto da prática médica, passando a desempenhar ativo papel na tomada de decisões sobre sua saúde e sobre o tratamento médico. A partilha de poder permite que os pacientes cuidem de si mesmos em vez de criar com o médico uma relação de dependência (GARRAFA, 2004). O princípio da autonomia institui a aceitação de que as pessoas se autogovernem e tomem suas próprias decisões no campo da saúde, visando a resguardar a dignidade e o direito de autodeterminação (CORRÊA, 2010). Na lição de FACHIN, "o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e a natureza através da razão" (FACHIN, 2005).

Como bem pontua SCAFF, "Tal realidade impede que se pense, atualmente, na figura do paciente como um destinatário meramente passivo e subordinado aos atendimentos médicos, ou que tenha a sua opinião e desejos olímpicamente desconsiderados durante o curso do tratamento" (SCAFF, 2010), ou ainda que deva se submeter, de maneira absoluta e obediente, às orientações e procedimentos escolhidos unilateralmente pelo profissional da Medicina. Cabe somente ao paciente anuir com determinado tratamento ou exame. Não pode o médico substituí-lo na tomada dessa decisão e impor qualquer espécie de procedimento, ainda que fundado em critérios técnicos.

A autonomia do paciente lhe assegura o direito de assumir o domínio sobre a escolha das terapias a que será submetido, mediante os esclarecimentos prestados pelo médico responsável (MOUTINHO, 2019). Essa autonomia somente será real, todavia, se o consentimento for fruto de uma vontade livre e informada. O consentimento deve ser livre, dissociado de quaisquer influências ou interferências externas e expressado por quem esteja em condições adequadas de discernimento. Deve ser informado, com o conhecimento e a compreensão, pelo paciente, de seu estado de saúde e do procedimento a ser realizado, bem assim as opções terapêuticas, os riscos e as alternativas existentes. Dessa forma, "O consentimento livre e esclarecido é elemento central na relação médico-paciente, sendo resultado de um processo de diálogo e colaboração, visando a satisfazer a vontade e os valores do paciente" (SÁ, 2015).

2 DIREITO À VIDA E LEGITIMIDADE DA RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

2.1 DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna (SÁ, 2015). São inerentes à pessoa humana e necessários à sua sobrevivência. Representam, em última análise, a tutela da pessoa humana em suas múltiplas projeções (SZANIAWSKI, 2005). Por essa razão, a doutrina defende que carregam as seguintes

características: são essenciais, absolutos, indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e extrapatrimoniais (GEDIEL, 2009).

Dentre os direitos da personalidade o principal que se apresenta é o direito à vida – pressuposto para o exercício dos outros direitos. A "inviolabilidade do direito à vida" é garantida expressamente no texto constitucional (artigo 5º, CF). Não indica, contudo, que é um dever para consigo mesmo, mas sim um direito, de forma que ninguém pode dele ser privado arbitrariamente. Sua indisponibilidade deve ser entendida no sentido de que a ninguém é dado dispor da vida de outrem. Daí a afirmação de SZTAJN de que "A inviolabilidade da vida tem que ver com terceiros, cuja ação contra a vida alheia é coibida, mas não se pode ler o texto constitucional de forma a proibir que qualquer pessoa decida sobre a duração de sua vida" (SZTAJN, 2002).

Da mesma forma, necessária a diferenciação entre a renúncia da titularidade dos direitos da personalidade e a renunciabilidade do exercício dos direitos da personalidade. A renúncia à titularidade representa a perda definitiva do direito, ao passo que a renúncia ao seu exercício se insere no campo da autonomia e autodeterminação da pessoa, sendo, assim, válida. Por essa razão, o titular pode renunciar ao exercício de um direito de personalidade, mas não pode renunciar ao direito em si.

A renúncia ao exercício e a disponibilidade de um direito fundamental se justifica quando realizados para a própria realização desse direito, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual (NOVAIS, 2006). A imposição taxativa da indisponibilidade pode causar impacto sobre outras posições jurídicas fundamentais tuteladas pela Constituição (BARROSO, 2010).

Partindo-se da regra geral de que nenhum direito é absoluto (Supremo Tribunal Federal. MS 23.452/RJ, Rel. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 12/05/1999), o direito à vida, enquanto direito da personalidade, deve ser considerado absoluto no sentido de sua oponibilidade erga omnes. Encontra limites – à semelhança dos demais direitos fundamentais – na sua própria conformação jurídico-constitucional, ou seja, em seu conteúdo e âmbito de proteção. Como bem assinala BARROSO, "Tais limites imanentes consistem, na verdade, na conformação do conteúdo do direito a fronteiras ditadas pelo sentido das palavras, a convivência com outros direitos constitucionalmente protegidos, a finalidade das normas e um senso geral de razoabilidade" (BARROSO, 2019).

Para se estabelecer os contornos do direito à vida e o conteúdo a ser protegido, deve ela ser compreendida em sua complexidade e, principalmente, em sua qualidade, plenitude, intensidade e dignidade, e não somente como um intervalo de tempo ou um fenômeno biológico (PIOVESAN; DIAS). Valora-se não apenas a vida como fenômeno biológico, mas também sua qualidade ou, ao menos, sua suportabilidade, na medida em que viver não significa preocupar-se continuamente pela saúde (JAKOBS, 2003).

O direito à vida integra-se aos mais variados povos e, portanto, recebe interpretações diversas em decorrência das diferentes percepções declaradas pelas culturas (FABRIS, 2003). Como bem aponta PITHAN, "O direito à vida inclui o direito de não ser tratado com objeto, além do direito em ter suas opções e vontades atendidas – entre elas a

escolha pelo limite da intervenção médica sem perspectivas de benefícios" (PITHAN, 2004).

A concepção do direito constitucional à vida, interpretado sob o enfoque da dignidade da pessoa humana – núcleo axiológico do ordenamento jurídico –, apenas pode ser entendida como direito à uma vida digna, de forma a restarem preservados, dentre outros, as crenças e valores particulares de cada indivíduo, bem assim sua capacidade de autodeterminação e respeito à autonomia particular.

O conceito de vida digna não pode ser ditado pelo Estado. Está sujeito a inúmeros fatores de ordem subjetiva de cada indivíduo e, por essa razão, imune à uma conceituação uniforme. O pluralismo adotado como um dos fundamentos da Constituição Federal reflete uma multiplicidade das visões do mundo, possibilitando a cada indivíduo construir a própria concepção de bem-estar. É essencial para a própria democracia, porquanto respeita a individualidade e a diversidade. Em um mundo plural, todos têm o direito de construir sua própria ideia de dignidade e de viver de acordo com seus preceitos, exercendo, assim, sua própria individualidade.

A concretização da dignidade consiste, assim, na atribuição de ampla liberdade aos indivíduos para que construam seus próprios destinos, realizem suas escolhas e necessidades, conduzindo sua existência da forma que entenderem que lhes traga maior realização. De acordo com BARROSO, a grande vagueza do conceito de dignidade da pessoa humana "tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nele a sua própria imagem, seus valores e convicções" (BARROSO, 2019).

Pontua FORTES (1998) que:

O respeito pela autonomia da pessoa conjuga-se com o princípio da dignidade da natureza humana. Respeitar a pessoa autônoma pressupõe a aceitação do pluralismo ético-social, característico do nosso tempo. É reconhecer que cada pessoa possui pontos de vista e expectativas próprias quanto ao seu destino, e que é ela quem deve deliberar e tomar decisões seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando estes diverjam dos valores dos profissionais da saúde ou dos dominantes na sociedade.

Dessa feita, em um Estado Democrático de Direito que tem a dignidade e a pluralidade como valores fundamentais, é plenamente possível, por meio de uma escolha autônoma e responsável, que o titular do direito tome decisões autorreferentes, que abranjam os aspectos existenciais da sua vida (TEIXEIRA, 2018).

2.2 DIREITO À MORTE DIGNA

Como visto acima, a Constituição, ao proclamar o direito à vida, o faz em dupla acepção, ou seja, protege-se não somente o direito de continuar vivo como também o direito de se ter uma vida digna. E a fruição de uma vida digna tem como corolário uma morte digna, sem sofrimentos desnecessários. Assim, a dignidade da pessoa humana compreende não somente a dignidade da vida, mas também a dignidade da morte (MAHUD, 2018).

Da harmonização dos direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana e à liberdade é que exsurge o direito à morte digna. Não se trata, pois, de colisão entre princípios fundamentais. O choque apenas existe na hipótese interferência negativa de direitos fundamentais de titulares diversos. Quando ambos são titulados pelo mesmo sujeito há um falso problema (NERY JUNIOR, 2009).

A escolha pela morte digna é, na verdade, o próprio exercício do direito à vida. Direito de morrer dignamente ou autonomia para morrer com dignidade integram o exercício do direito à vida (SÁ, 2015).

Dados os avanços da medicina, hodiernamente possibilita-se a manutenção artificial da vida biológica de pessoas em estado de terminalidade, sem perspectivas de cura ou melhora. Irreconhecíveis e inconscientes em razão dos medicamentos e procedimentos a que são expostos, não raras vezes esses indivíduos são submetidos a situações degradantes, desprovidos de qualquer dignidade na fase final de sua jornada.

O retardamento do processo morte por meio de obstinações terapêuticas, com tratamentos fúteis em situações incuráveis, resta apenas por prolongar o sofrimento do enfermo e a angústia de seus entes queridos. A vida perde sentido em razão de sua deterioração. O direito à vida passa ao absurdo de condenar o seu titular a um sofrimento indeterminado (RIBEIRO, 2006).

Em situações como tais, "não se pode proibir a disponibilidade sobre a própria vida sem cair em arbitrarias concepções de moral coletiva", pois:

Só partindo de uma concepção de Estado que subordine os direitos individuais a vagos critérios de moral coletiva ou ao capricho legiferante é que se pode imaginar a proibição de disposição do mais disponível dos bens jurídicos, a tal ponto de pretender obrigar um sujeito a sofrer uma morte dolorosa e renunciar à sua dignidade (SILVESTRONI, 2017).

Nesse contexto, salvo hipóteses excepcionais, não se admite a contraposição do médico à vontade livre e consciente do paciente de recusar determinados tratamentos ou cuidados médicos, ainda que se possa resultar risco de vida, de forma a garantir-lhe o direito a uma morte digna e compatível com sua biografia. A não interferência humana no processo de morte nesses casos, em observância às diretivas do paciente, não representa uma afronta à inviolabilidade da vida, vez que o direito de escolha sobre submeter-se ou não a tratamento é assegurado pela garantia constitucional da liberdade (PIOVESAN, 2017). Na lição de PIOVESAN e DIAS (2017):

A ordem constitucional de 1988, inspirada no princípio da dignidade da pessoa humana a iluminar e a redimensionar todo o universo de direitos – com destaque aos direitos à vida e à liberdade –, assegura o direito à morte digna como um direito constitucional implícito, decorrente de seus valores, regime e princípios. No Estado Democrático de Direito, pautado no pluralismo e no secularismo, autoriza ao titular do direito à vida que possa dela dispor, decidindo, livremente, com fundamento em sua concepção de dignidade, sobre a intenção de continuar a viver e o modo como

pretende morrer. O reconhecimento constitucional do direito à morte digna decorre dos direitos à liberdade, à autonomia, ao respeito à vida, no marco de um Estado laico, no qual impera a razão pública e secular. Negá-lo é aceitar o paternalismo despótico.

De se ressaltar, contudo, que o direito à morte digna não deve estar ligado à antecipação da morte. Igualmente, não conduz a um suposto direito de morrer ou de pedir ajuda para fazê-lo. Está relacionada com o modo de morrer. A morte digna consiste na morte natural, sem sofrimentos decorrentes da obstinação terapêutica e com o alívio dos cuidados paliativos necessários à minoração do sofrimento do paciente, respeitando seus valores e escolhas.

2.3 LEGITIMIDADE DA RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

Ao tratar dos direitos da personalidade, mais precisamente sobre o direito ao próprio corpo, o Código Civil Brasileiro estabelece que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica" (artigo 15, CC). A interpretação a contrario sensu desse dispositivo leva à equivocada conclusão de que, ausente risco de vida, poderia haver constrangimento a tratamento médico em contrariedade à vontade da pessoa. A despeito disso, afirma SCHREIBER que "não há dúvida de que compelir pessoa consciente a se submeter, contra a sua vontade, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, mesmo sem risco de vida, é conduta vedada, em regra, pelo ordenamento brasileiro" (SCHREIBER, 2019).

Embora não trate, expressamente, das situações em que a recusa ao tratamento possa ocasionar ou agravar um risco para a vida, respeita a escolha pessoal do paciente e não consagra a ideia de que a vida deve ser mantida a qualquer custo. Pelo contrário, "confirma que o valor objetivo da vida não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes" (BARROSO, 2010).

A "leitura desse artigo 'conforme a Constituição' deve ser: ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, em destacado direito desta Era dos Direitos" (RIBEIRO, 2006).

De acordo com TEPEDINO, BARBOZA e MORAES (2004):

Na esteira de tais considerações, há de ser interpretado o art. 15: não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação da própria dignidade. Nesta sede, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais.

Interpreta-se referida disposição legal no sentido de se garantir a escolha quanto ao procedimento médico à pessoa que, tendo recebido as informações necessárias, apresente aptidão para a livre tomada de decisão. A recusa a

tratamento médico está fundada na proteção à autonomia do paciente, devendo ser respeitada a sua vontade nas mais diversas situações, conforme explanado inicialmente.

Nessa mesma linha, o Estatuto do Idoso (Art. 17, 'caput', da Lei n. 10.741/2003) e a Lei de Transplantes (Art. 10, 'caput', da Lei n. 9.434/1997) garantem aos respectivos pacientes o direito à autonomia para optar pela realização dos tratamentos que repute mais favoráveis, não condicionando a necessidade de consentimento à ausência de risco iminente de morte.

De conformidade com CORRÊA (2010), o direito à autodeterminação inclui o direito do enfermo de recusar determinada terapia em razão dos valores pessoais adotados.

[...] a autodeterminação do paciente inclui o direito de recusar um tratamento, intervenção ou exame médico, por razões íntimas ligadas a crenças religiosas, convicções pessoais, motivos éticos, visão de mundo, ou mesmo desconfiança quanto ao sucesso do tratamento ou da avaliação de que os riscos e o sofrimento advindos do procedimento médico não compensam seus benefícios.

Não se pode falar, portanto, em obrigação ou "direito estatal de 'salvar a pessoa dela própria', quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros" (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70032799041, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. 06/05/201). "A liberdade de um cidadão não pode ser ignorada/ vilipendiada sob a frágil alegação de que sua vida será salva; esse fundamento além de não ter consistência jurídica, camufla um preconceito em relação a uma minoria" (NERY JUNIOR, 2009). Não se cogita a submissão de alguém contra a sua vontade a praticar uma quimioterapia para tratar câncer, ou a obrigação compulsória de se submeter a transplante de órgão.

De acordo com a conclusão retratada no Enunciado n. 533 da VI Jornada de Direito Civil:

o paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

A ressalva final está relacionada apenas às hipóteses de impossibilidade de obtenção do consentimento prévio e informado do paciente. Não se admite a intervenção contra a vontade manifestada pelo paciente mesmo em situações de emergências e no curso de procedimentos cirúrgicos.

Nessa linha, SCHREIBER (2019) conclui que "Somente em casos excepcionalíssimos, resultantes da ponderação com outros interesses constitucionalmente protegidos, poderá haver a submissão de pessoa a tratamento médico compulsório". Cita-se os casos da internação compulsória imposta judicialmente a criminosos que sofrem de certos distúrbios psiquiátricos, instituídos com foco na tutela do direito à saúde do próprio paciente e da coletividade ou, ainda, das campanhas de vacinação obrigatória para prevenir epidemias:

Supremo Tribunal Federal, ARE 1.267.879, Rel. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL, DJe 08/04/2021, com a fixação da seguinte tese: "É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar" (tese 1103).

A não interferência humana no processo de morte, em observância às diretivas do paciente, não representa uma afronta à inviolabilidade da vida, vez que o direito de escolha sobre submeter-se ou não a tratamento é assegurado pela garantia constitucional da liberdade (DIAS, 2013). Salvo raras hipóteses, não se admite a contraposição do médico à vontade livre e consciente do paciente de recusar determinados tratamentos ou cuidados médicos, ainda que se possa resultar risco de vida, de forma a garantir-lhe o direito a uma morte digna e compatível com sua biografia. Obtempera NERY JUNIOR (2009) que:

Se o paciente estiver em condições de manifestar seu consentimento informado quando do momento do tratamento, deve ser instado a fazê-lo e deve-se respeitar sua manifestação. Contudo, caso não esteja em condições de fazê-lo, mas já o tenha manifestado anteriormente de forma inequívoca (por meio de documento escrito e audiovisual, v.g.), essa manifestação prévia vincula juridicamente os profissionais da saúde, que não a podem desrespeitar, sob pena de violar o direito fundamental à autodeterminação. O fato de haver iminente risco de morte não suprime do paciente o direito fundamental à liberdade, incluindo-se aqui o direito de autodeterminar-se, devendo ser obtido seu consentimento informado, se possível, ou respeitado seu consentimento (ou dissentimento) informado previamente manifestado, conforme expressamente assegurado em nosso ordenamento jurídico por meio da "Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde (CDDUS).

Interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no caso de paciente com pé necrosado e que negava a se submeter a cirurgia de amputação, pois acreditava que, com o pé amputado, não teria uma vida digna. O Ministério Público intentou pedido judicial para compeli-lo à realização da cirurgia de amputação, pois a infecção poderia se alastrar para o restante do corpo e colocar sua vida em risco. O pedido foi negado pelo colegiado, que reconheceu o direito do paciente de não se submeter ao tratamento, assentando que o direito à vida não é absoluto e deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana, concluindo que viver não é um dever, mas um direito (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70054988266, Rel. Des. Irineu Mariani, j. 20/11/2013).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, a despeito de inúmeros julgados no sentido da irrenunciabilidade da vida como direito absoluto, vem aos poucos apresentando sinais

de mudança de paradigmas. Em julgado recente, reconheceu o direito à autonomia do paciente de não se submeter a tratamento ou intervenção médica contra a sua vontade, ainda que disso possa resultar a sua morte. Na ocasião o Desembargador relator concluiu que:

[...] não obstante a necessidade de se resguardar a garantia fundamental à vida, assegurada pelo art. 5., caput, da Constituição Federal, deve ser observado que, no caso vertente, também estão em discussão outros direitos fundamentais da pessoa humana, tais como a autonomia da vontade, inviolabilidade da consciência e crença e o direito do enfermo de não se submeter a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 2178279-13.2019.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles, j. 21/08/2019).

Situação delicada se divisa quando as escolhas do menor, que já apresenta discernimento, forem conflitantes com a dos seus pais. Nesses casos, de acordo com SÁ e MOUREIRA, se não for comprovado o discernimento do menor e sua condição para o exercício de decisão existencial, cabe ao médico preservar-lhe a vida, pois não se sabe se o jovem seguirá futuramente a escolha religiosa dos pais (SÁ, 2015).

Cabe ao Estado proteger a vida e a saúde da criança e do adolescente e colocá-los a salvo de qualquer negligência (artigo 227, CF), notadamente quando não houver métodos alternativos de tratamento, porquanto não se pode presumir a recusa a tratamento tendente à preservação da vida do indivíduo.

As matérias de cunho personalíssimo, a exemplo da recusa a tratamento médico, podem "ser decididas apenas pela própria pessoa, excluindo-se, portanto, a possibilidade de decisão por parte do representante ou assistente" (CORRÊA, 2010).

O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5., VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante. (Enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil).

O Superior Tribunal de Justiça analisou questão envolvendo paciente menor de idade que faleceu em decorrência da ausência de transfusão de sangue. Na espécie, os pais da jovem negaram autorização para realização do procedimento em razão de suas convicções religiosas. Apesar de isentar os genitores de responsabilidade, o Tribunal reconheceu a responsabilidade dos médicos, que deveriam "independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte":

No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepõem-se, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. (Superior Tribunal de Justiça. HC 268.459/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 28/10/2014).

Assim, o princípio da proteção prioritária, absoluta e integral da criança e do adolescente predomina sobre a autoridade dos pais para acomodarem a conduta dos filhos às suas próprias convicções morais.

3 FORMAS DE INTERFERÊNCIA NO PROCESSO MORTE

A intervenção humana, ativa ou passiva, no processo morte pode se dar por meio da eutanásia, da ortotanásia, da distanásia e do suicídio assistido.

Define-se a eutanásia como a interrupção da vida com o objetivo de obstar o sofrimento. Consiste no ato de se colocar fim à vida de um enfermo próximo à morte e que assim o solicita, para que deste modo logre encerrar seus sofrimentos e sua agonia (BLANCO, 1991). É a morte por piedade, misericórdia ou compaixão, liberando-se o paciente de seu sofrimento e agonia. Antecipa-se o processo morte para privá-lo de uma dolorosa morte natural. Na eutanásia a morte é induzida de forma deliberada. Trata-se de uma conduta que enfoca diretamente a supressão da própria existência de um indivíduo (GODINHO, 2016). Embora admitida em algumas legislações alienígenas, é considerada crime de homicídio no ordenamento jurídico brasileiro, malgrado possa se cogitar de causa de redução de pena (art. 121, §1º, CP).

Classifica-se a eutanásia, quanto ao modo de atuação do agente, em ativa e passiva. A ativa consiste em ato comissivo destinado a provocar o resultado morte. Pode se dar tanto por atos médicos diversos como por vias não médicas. Já na passiva o ato é omissivo. Omite-se, intencionalmente, a prestação de cuidados necessários para que o paciente continue vivendo. O médico deixa de agir para salvar a vida do enfermo quando era possível fazê-lo. A eutanásia passiva não consiste meramente em deixar morrer, mas em fazer morrer por meio de uma conduta omissiva (BLANCO, 1991).

Ambas acarretam a supressão antecipada da vida, variando apenas quanto aos meios da conduta – comissiva e omissiva. Nas duas modalidades coincidem os elementos volitivos: vontade livre e consciente de abreviar a vida do paciente. Por essa razão, sustenta DÚRSO (2000) que eventual penalização deve ser idêntica para ambas as hipóteses. Todavia, alerta PHITAN (2004) que:

O termo eutanásia passiva, que se refere à morte de paciente decorrente de uma omissão ou retirada de recurso terapêutico, muitas vezes é utilizado indiscriminadamente sem se avaliar a adequação do tratamento. Porém, há que se observar que em algumas situações os recursos terapêuticos são necessários, podendo trazer benefícios ao doente; já em outras situações, esses mesmos tratamentos não beneficiam o

paciente, tornando-se desnecessários, desproporcionais ou fúteis.

Há de se fazer, assim, distinções quanto ao conceito de eutanásia passiva no que se refere aos benefícios dos recursos terapêuticos disponíveis para tratamento da moléstia que acomete o paciente.

Na ortotanásia a morte não é antecipada. Não há conduta comissiva causadora da morte. Não se busca e não se provoca a morte. Há apenas a aceitação de que a vida siga seu curso natural. Deixa-se que a morte certa e inevitável ocorra a seu tempo, evitando-se o prolongamento abusivo da vida pela aplicação de meios desproporcionais e concedendo ao paciente os cuidados paliativos tendentes a propiciar-lhe maior conforto e dignidade em seus momentos finais.

Suprimem-se apenas os tratamentos fúteis, que agridem o paciente e lhe retiram a dignidade. A suspensão de medidas desproporcionais não tem por escopo direto o resultado morte, mas sim evitar sofrimento desnecessário e promover o bem-estar do paciente. Apenas não se prolonga a vida que está próxima ao fim (TORREÃO, 2001).

Enquanto na eutanásia há o abreviamento da vida por meio de uma intervenção direta, na ortotanásia ocorre apenas uma inação que em nada interfere no processo de morrer. Na primeira, o processo morte ainda não se iniciou (SANTORO, 2010) e, por essa razão, a omissão a provoca. Já na segunda, a morte é consequência da terminalidade do paciente, evitando-se o prolongamento indevido da vida mediante o abandono de tratamentos inúteis.

Bem conclui GODINHO que “Na eutanásia passiva, há a omissão de tratamentos ou cuidados proporcionais que, caso ministrados, poderiam salvar a vida do paciente. Na ortotanásia, omitem-se os tratamentos fúteis, desproporcionais, que nenhum proveito traria ao paciente e que somente postergariam a sua morte, quando chegada a hora de morrer” (GODINHO, 2016).

Ao revés da eutanásia, a ortotanásia é permitida no Brasil e encontra previsão na Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que permite ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, garantindo-lhes 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.

De outro lado, na distanásia opera-se o prolongamento artificial e indevido do processo de morrer, à revelia do conforto e da vontade do indivíduo (VILLAS-BOAS, 2005). Também conhecida como obstinação ou futilidade terapêutica, por ela busca-se prolongar ao máximo a quantidade de vida humana com a utilização abusiva de todos os recursos médicos disponíveis, independentemente da qualidade de vida, do conforto e do bem-estar do paciente. A futilidade do tratamento consiste na ausência de qualquer perspectiva de benefício ao paciente, ou, quando a probabilidade de benefício seja ínfima, essa esteja associada a uma má qualidade de vida (SCRIGNI, 2013).

Ao fundamento de combater a morte a todo custo, a distanásia resta por impor ao enfermo uma morte lenta e com sofrimento desproporcional, impingindo dor e sofrimento a todos os envolvidos. Prorroga-se o sofrimento sem qualquer perspectiva de benefício. A prática afronta o primado da

dignidade humana, sendo desprovida de qualquer compaixão com o paciente e com sua família.

Ainda que sob o enfoque do princípio da beneficência, o profissional da saúde não tem a obrigação de prolongar indefinidamente a vida do paciente, gerando a ele sofrimento insuportável e desnecessário. Situação diversa, todavia, se divisa nos casos em que esse for o desejo expressamente manifestado pelo paciente (SANTOS, 1998).

Nos casos de doença incurável e terminal, o Código de Ética Médica veda expressamente o empreendimento de ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, devendo sempre ser considerada a vontade do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (Art. 41, parágrafo único, do Código de Ética Médica).

Há, ainda, o suicídio assistido, também conhecido como suicídio eutanásico ou autotanásia, que consiste no comportamento do próprio indivíduo que dá cabo de sua vida sem a intervenção direta de terceiro na conduta que o leva à morte, malgrado com o auxílio de outrem que, por razões humanitárias, lhe presta auxílio material ou moral para a realização do ato (LOPES, 2018).

Diferencia-se do suicídio comum em razão da moléstia que acomete o indivíduo que, para livrar-se do sofrimento, conta com auxílio externo para realizar seu intento. A solidariedade do terceiro é o elemento diferenciador das espécies de suicídio. Para o direito brasileiro, todavia, ambas configuraram o crime de indução, instigação ou auxílio ao suicídio (Art. 122, CP).

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

4.1 GÊNERO E ESPÉCIES

As diretivas do paciente podem ser manifestadas pessoalmente ao médico no momento da intervenção e registradas no respectivo prontuário (Art. 2º, § 4º da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina). Podem, igualmente, ser manifestadas de forma prévia, de forma a garantir a realização de seus desejos ainda que no futuro se encontre incapacitado de fazê-lo.

A Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM) define as diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (Art. 1º da Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina).

Diretivas antecipadas de vontade, conforme conceituação de RODRIGUES (2013):

São determinações prévia dadas por certas pessoas – estando elas ou não na condição de pacientes no momento de sua elaboração –, que devem ser cumpridas, ante uma situação na qual elas se tornem incompetentes para decidir o cuidado de si mesmo, indicando suas preferências de tratamento ou até mesmo autorizando uma terceira pessoa a tomar decisões por ela.

Sua existência e validade foram reconhecidas na V Jornada de Direito Civil, cujo Enunciado 528 foi assim redigido:

É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado 'testamento vital', em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de não se encontrar em condições de manifestar a sua vontade.

Preservam a autonomia e a autodeterminação do indivíduo que, baseado em seus valores e crenças, manifesta previamente a recusa a se submeter a práticas e tratamentos médico-hospitalares na eventualidade de não poder expressar livremente sua vontade. Garantem a liberdade e a dignidade da pessoa humana mesmo nas hipóteses de incapacitação, sendo importante instrumento na concretização do direito fundamental à vida e à morte digna.

Têm origem nos Estados Unidos da América (EUA) que, na década de 90, aprovaram a Patient Self-Determination Act (PSDA) – primeira lei federal reconhecendo o direito à autodeterminação do paciente na forma das diretivas antecipadas. A edição da normativa decorreu do forte clamor público gerado por casos emblemáticos como o de Nancy Cruzan, que, vitimada por um acidente automobilístico, permaneceu em coma permanente e irreversível. O caso foi julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1990, com a determinação para que o hospital cumprisse a vontade da família do paciente e desligasse os aparelhos que a mantinham viva.

As diretivas antecipadas de vontade podem ser materializadas por meio do testamento vital ou do mandato duradouro, devendo ser formuladas preferencialmente pela forma escrita e contar com o livre e informado consentimento de seu subscritor. São aplicadas a situações específicas como de doenças terminais ou danos irreversíveis, produzindo efeitos quando o paciente estiver incapacitado de decidir acerca de seus cuidados médicos.

O enunciado n. 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional da saúde estabelece que:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Para a plena eficácia das diretivas antecipadas, não basta a afirmação genérica do paciente de que não deseja submeter-se a tratamentos fúteis. É preciso de indique da forma mais específica possível quais os procedimentos e tratamentos que recusa ou admite a suspensão (DADALTO, 2013).

Tendo em conta que a recusa a procedimentos de saúde pode implicar a perda da vida – direito personalíssimo primordial –, a elaboração das diretivas antecipadas deve contar com o auxílio e aconselhamento médico para que, dessa forma, o consentimento seja devidamente informado e esclarecido. Enfatiza AGUIAR JUNIOR (1995) que "quanto mais grave o resultado da ação ou da omissão médica, maior o

cuidado com o dever de informar [do médico]". A ausência do profissional não invalida, por si só, o negócio, ainda que possa constituir indício de que não a vontade não era consciente e que o indivíduo não tinha ciência dos riscos e consequências da recusa manifestada.

As diretivas antecipadas constituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro (DADALTO, 2013, p. 463 - 476).

Configura-se testamento vital o documento redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais por meio do qual exara sua vontade quanto aos tratamentos e cuidados a serem ou não empregados caso não possa, no futuro, expressá-la livremente. Segundo DADALTO (2015), é um documento por meio do qual um indivíduo capaz, "manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quanto o outorgante estiver em estado terminal, em EVP ou com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade".

Por meio desse documento o sujeito define diretamente os tratamentos que deseja ou para si, manifestando sua vontade de não ser mantido vivo em condições que considere indignas. Pode incluir ou excluir procedimentos como ressuscitação cardiopulmonar, ventilação mecânica, alimentação e nutrição artificial, dentre outros.

Constitui modalidade de negócio jurídico e, como tal, tem sua validade condicionada à capacidade do agente (Art. 104, I, CC). Essa capacidade está relacionada à capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente (Enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil) por se tratar de questão personalíssima.

O testamento vital cumpre dupla finalidade. Garante que os desejos do paciente sejam atendidos no momento de terminalidade de sua vida e proporciona ao médico maior respaldo e segurança para a tomada de decisões em situações conflitantes.

Já o mandato duradouro, conforme NAVES (2002), consiste na outorga de procuração referente aos cuidados com a saúde em que se nomeia representante para tomar as providências cabíveis em nome do paciente, não apenas em situações de terminalidade.

Enquanto no testamento vital são estabelecidas condutas a serem observadas no futuro, no mandato duradouro o indivíduo nomeia um procurador para auxiliar os médicos na tomada das decisões relacionadas aos tratamentos e cuidados na eventualidade de estar incapacitado de manifestar seu desejo. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente (DADALTO, 2020), de modo a se fazer necessário que "a intimidade do decisor substituído com o paciente seja suficiente profunda e relevante para que o julgamento reflita os objetivos e as opiniões do paciente" (BEUCHAMP, 2002).

A utilização do instrumento levanta a questão acerca da (im)possibilidade da admissão de representação nas matérias de cunho personalíssimo, que, por essa razão, somente podem ser decididas pelo próprio titular do direito em razão das características da irrenunciabilidade e intransmissibilidade. Entretanto, a moderna doutrina dos direitos da personalidade sustenta que "a autolimitação do exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao

propósito de realização da personalidade de seu titular" (SCHREIBER, 2014).

Não se trata de renúncia ou de transmissão de direitos personalíssimo. Cuida-se de verdadeira representação voluntária de direitos da personalidade, que já ocorre, por exemplo, na hipótese de casamento por procuração. Configura autolimitação válida ao exercício dos direitos da personalidade relativos à saúde, preservando os seus direitos privados do titular em momentos em que não lhe for possível autodeterminar-se (DADALTO, 2020).

4.2 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

DADALTO, TUPINANABS e GRECO (2013, p. 463 - 476) apontam existirem estados clínicos genéricos em que é possível falar em tomada de decisões antecipadas sobre o fim de vida: doença terminal, estado vegetativo persistente e demências avançadas.

Patologia terminal é aquela fora de possibilidades terapêuticas atuais de cura, aliada com a iminência da morte. É a doença avançada, progressiva e incurável em que a morte sobrevirá em curto espaço de tempo independente de intervenção médica. Exige avaliação médica razoável, segundo o julgamento de um ou mais profissionais.

O Estado Vegetativo Persistente (EVP) é definido como uma situação clínica de completa ausência de consciência de si e do ambiente circundante, com preservação das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral. Não há qualquer interação com o próximo ou resposta voluntária a estímulos externos. Como o paciente não está ligado a aparelhos, o único tratamento que pode ser suspenso para propiciar a abreviação da sua vida é a nutrição e a hidratação artificial (AHA).

Os quadros de demência são caracterizados pela perda parcial da função cerebral, alterando a própria personalidade do enfermo, com problemas cognitivos, de raciocínio e memória. A demência crônica avançada é incurável e incapacitante, subtraindo a capacidade de discernimento do paciente. É uma das patologias que mais acomete os idosos e se caracteriza pelo declínio progressivo e global da memória, associada ao déficit de uma ou mais funções cognitivas.

Incluem-se ainda dentre as hipóteses de utilização das diretivas antecipadas de vontade as situações emergenciais, como as ordens de não reanimação (ONR) e de não recebimento de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová.

4.3 LIMITAÇÕES

Aponta a doutrina situações em que as declarações prévias para o fim da vida sofrerão limitações e que o médico não deverá cumpri-las. São elas a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamentos que já estejam superados pela medicina (DADALTO, 2020).

Ainda que diante de diretivas expressas do paciente, é direito do médico recusar a realização de atos que, embora permitidos em lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Pode o profissional da medicina deixar de observar as diretivas do paciente quando baseado em razões

éticas, morais, religiosas ou de foro íntimo. Não se admite, contudo, a recusa injustificada. Deve o profissional da saúde externar os motivos pelos quais não dará cumprimento às disposições do paciente e, incontinentemente, encaminhá-lo para outro médico.

Como todo negócio jurídico, não se admite que o objeto das diretivas antecipadas seja contrário ao ordenamento jurídico. Não podem conter disposições relacionadas à prática de eutanásia, de suicídio assistido ou de qualquer outra considerada ilícita no direito pátrio.

Os largos e constantes avanços da medicina podem fazer com que o cenário e os tratamentos existentes no momento da elaboração das diretivas do paciente não mais espelhem a realidade. Doenças tidas por incuráveis, quadros até então irreversíveis e tratamentos caracterizados como fúteis podem ser alterados ao longo do tempo. A alteração substancial do contexto em que manifestada a vontade do indivíduo autoriza o seu descumprimento sempre que verificada a estrita vinculação do consentimento com as circunstâncias que não mais subsistem. O "papel dessa limitação é evitar que haja a suspensão do esforço terapêutico em casos que não mais se caracterizam como obstinação terapêutica, vez que surgiram nos tratamentos ordinários, inexistentes à época da realização do testamento vital" (DADALTO, 2020).

Além dessas situações, pode-se apontar também os casos em que a ausência de tratamento puder acarretar danos a terceiros ou risco à saúde pública. Nessas situações o direito à autodeterminação do paciente é mitigando para a preservação do direito à vida de terceiros e da própria coletividade. Pontua NERY JUNIOR (2009) que:

Situação muito distinta seria a recusa de determinado cidadão a se sujeitar a tratamento médico para curar enfermidade que, se não tratada, poderia acarretar epidemia. Nessa hipótese é possível visualizar que a conduta desse cidadão acarreta danos a terceiros, em virtude da qual é possível uma intervenção judicial na esfera de atuação desse particular.

Exemplo atual dessa excepcionalidade é a obrigatoriedade de tratamento médico compulsório para enfrentamento da emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus (Art. 3º, III, 'e', da Lei nº 13.979/2020), porquanto, na espécie, o direito à autonomia e autodeterminação cede espaço ao maior interesse do resguardo à vida e à saúde pública.

4.3.1 Eutanásia passiva

Questão que gera grande controvérsia é a eficácia das diretivas antecipadas às situações de eutanásia passiva, ou seja, quando a equipe médica se abstém de manter a vida do paciente por meios omissivos. Sustenta-se que nesses casos a conduta direta da equipe de saúde ocasiona o abreviamento da vida e configura a figura penal do homicídio. Pode ocorrer nos casos de não-oferta de suporte vital (NSV), de retirada de suporte vital (RSV) e de ordem de não reanimação mecânica (ONR).

A retirada de suporte vital (RSV) consiste na suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida, como sistemas de hidratação e de nutrição artificiais ou,

ainda, de ventilação mecânica. Já na não-oferta (NSV) esses mecanismos não são empregados. A ordem de não reanimação mecânica (ONR) é caracterizada por uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória.

BARROSO e MARTEL (2010) defendem que são partes integrantes da limitação consentida de tratamento e que devem ser observadas pelos profissionais da saúde. Não se trata, assim, de eutanásia propriamente dita, pois "O mero prolongamento quantitativo da vida, pelo preço da dependência da medicina intensiva, é concebido frequentemente como um desacordo com a dignidade do falecimento" (KRESS, 2008).

Ainda que alguns consideram que o desligamento de aparelhos e a suspensão de tratamentos consistam em conduta ativa (QUEIROZ, 2001), a doutrina majoritária entende que a suspensão de suporte vital é conduta passiva, "de interrupção do tratamento ou do recurso artificial e, caso tal suspensão se dê porque tal medida se mostra infrutífera, não deve o agente ser punido como se houvesse realizado o homicídio" (VILLAS-BOAS, 2017).

O que deve ser sopesado, no caso concreto, é a utilidade ou a futilidade das medidas omitidas ou suspensas. Se eram proporcionais e poderiam beneficiar o paciente, sua omissão ou suspensão intencionais com vistas à antecipação da morte caracterizam a conduta vedada. De outra sorte, quando não apresentam utilidade ao enfermo, servindo apenas para prolongar artificialmente o processo de morte já em curso, encontram respaldo nos primados da autonomia, da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana.

A existência de diretivas expressas nesse sentido isenta o médico de responsabilidade, "pois inexistente o dever de garantia nesses casos, já que a proteção da vida não pode ser feita contra a vontade do interessado" (SOUZA, 2009), notadamente quando se trata de fase terminal, de enfermidades graves e incuráveis e quando não existem mais perspectivas de melhora.

Concluiu MAHUAD (2018) que:

o termo eutanásia passou a ser aplicado somente àquela que era conhecida como forma ativa, enquanto a conduta que caracterizava a eutanásia passiva deixou de ser visualizada como antiética, para constituir-se em manifestação da autonomia do paciente e no dever de respeito por parte da equipe médica.

Nesse contexto, a limitação consentida de tratamento nos casos de terminalidade é medida que tutela o direito à morte digna. Permite escolha quanto à extensão e à intensidade dos procedimentos a serem aplicados e viabiliza a recusa do prolongamento excessivo da vida (BARROSO, 2010).

CONCLUSÃO

A evolução constitucional dos direitos da personalidade conferiu novos contornos a temas como autonomia e autodeterminação dos indivíduos. A relação médico-paciente passa a ser representada de forma horizontal, conferindo ao enfermo o desempenho de ativo

papel na tomada de decisões sobre sua saúde mediante consentimento livre e informado.

A concepção do direito constitucional à vida, interpretado sob o enfoque da dignidade da pessoa humana – núcleo axiológico do ordenamento jurídico –, apenas pode ser entendida como direito à uma vida digna, de forma a restarem preservados, dentre outros, as crenças e valores particulares de cada indivíduo, bem assim sua capacidade de autodeterminação e respeito à autonomia particular.

O direito à vida inclui o direito de não ser tratado como objeto, além do direito em ter suas opções e vontades atendidas – entre elas a escolha pelo limite da intervenção médica sem perspectivas de benefícios. Da harmonização dos direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à autodeterminação exsurge o direito à morte digna, sem sofrimentos desnecessários.

Dessa forma, salvo hipóteses excepcionais, não se admite a contraposição do médico à vontade livre e consciente do paciente de recusar determinados tratamentos ou cuidados médicos, ainda que se possa resultar risco à vida, de forma a garantir-lhe o direito a uma morte digna e compatível com sua biografia.

As diretivas antecipadas de vontade desempenham importante papel no resguardo da autonomia do paciente em situações em que não detêm condições de expressar livremente sua vontade. Por elas, são indicados previamente os cuidados e os tratamentos que o paciente deseja ou não se submeter no futuro caso venha a ser acometido por doença terminal, esteja em estado vegetativo persistente ou com demências avançadas.

Via de regra, o paciente renuncia tratamentos extraordinários e desproporcionais que prolonguem abusivamente a vida, requerendo sejam mantidos apenas cuidados paliativos tendentes a propiciar-lhe maior conforto e dignidade em seus momentos finais. Podem conter ainda o desejo de não-oferta de suporte vital (NSV), de retirada de suporte vital (RSV), ordem de não reanimação mecânica (ONR) e de não recebimento de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová.

Nessas hipóteses, a observância às diretivas expressas do paciente isenta o médico de responsabilidade, não podendo se falar em prática ilícita de eutanásia, porquanto a limitação consentida de tratamento nos casos de terminalidade é medida que tutela o direito à morte digna.

O médico somente pode deixar de observar as diretivas do paciente nas situações de objeção de consciência, contrariedade ao ordenamento jurídico, contraindicação à patologia, superação do tratamento e nos casos em que possa acarretar danos a terceiros ou risco à saúde pública.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 84, v. 718, ago. 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. 2. ed. v. 1: Introdução, as pessoas, os bens. Coimbra, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa da Saúde 2:7, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer. Rio de Janeiro, 05 de abril de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da EMERJ, v. 13, n. 50, 2010.

BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F; Princípios de ética biomédica. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BLANCO, Luis Guillermo. Muerte digna: consideraciones bioéticas-jurídicas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1991.

CORRÊA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A "ajuda médica à morte": uma consideração jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 100, janeiro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. Testamento Vital. In: DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3. ed., rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 5. ed: Editora Foco, 2020.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Revista Bioética, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). Dos hospitais aos tribunais. Belo Horizonte, 2013, p. 48.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DURSO, Luiz Flávio Borges. Responsabilidade do médico diante da eutanásia. Doutrina Adcoas, v. 3, n. 7, jul. 2000.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. Direito da saúde. Lisboa: Universidade Católica, 2014.

FABRIS, Dauri Cesar. Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. Revista EMER, v. 8, n. 31, 2005.

- FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos. São Paulo: EPU, 1998.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. Bioética: poder e injustiça, 2004.
- GEDIEL, José Antônio Peres; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Dos códigos às constituições: os direitos fundamentais de personalidade. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice (Coords.). Direito privado e constituição. Curitiba: Juruá, 2009.
- GUILHEM, Dirce; DINIZ, Debora. O que é ética em pesquisa, 2008.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: O sentido de viver e morrer com dignidade. Curitiba: Juruá, 2016.
- JAKOBS, Günter. Suicídio, eutanásia e direito penal. Manole, 2003.
- KRESS, Hartmut. Ética médica. Ed. Loyola, 2008.
- LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves De Souza; SANTORO, Luciano De Freitas. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: aspectos médicos e jurídicos. 3. ed. Rio de Janeiro/RJ: Atheneu, 2018.
- MAHUAD, Luciana Carone Nucci Eugenio. Morte digna?: direito à vida e autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MOUTINHO, Carla. "Os princípios" da autonomia na terminalidade da vida. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulthd (Coord.). Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Feire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freira de (Org.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, v.1.
- NERY JUNIOR, Nelson. Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais. Parecer. São Paulo, 22 de setembro de 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra maioria. Ed. Coimbra, 2006.
- PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017.
- PITHAN, Livia Haygert. A dignidade humana como fundamento jurídico das "ordens de não ressuscitação". Porto Alevre: EDIPUCRS, 2004.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: Introdução crítica. São Paulo; Saraiva, 2001.
- RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Direito da saúde de acordo com a constituição federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. Cadernos Saúde Pública 22:1750, 2006.
- RODRIGES, Renata de Lima apud MOREIRA, Mayana Sales. Diretivas antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao corpo, à saúde e à vida digna. In: DADALTO, Luciana;
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). Dos hospitais aos tribunais. Belo Horizonte, 2013.
- SÁ, Maria de Fátima Freira de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998. p. 42.
- SANTORO, Luciano de Freitas. Morte digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.
- SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no âmbito privado – contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SCHREIBER, Anderson. Direitos de Personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCRIGNI, Adriana. Bioética e problemas de final de vida – uma experiência de limitação de suporte vital em um hospital de alta complexidade. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail Sobral e Luis Fernando Spósito. /r. PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Org.). Bioética clínica e pluralismo. São Paulo: Ed. Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2013.
- SIQUEIRA, José Eduardo. Considerações éticas sobre a relação médico-paciente. In: BRAGA, Reginaldo; SOUSA, Filipe. (org.). Compliance na saúde: Presente e futuro de um mercado em busca de autorregulação. Salvador, Sanar, 2016.
- SILVESTRONI, Mariano H. Eutanasia y muerte piadosa: la relevância del consentimiento de 'la victima' como eximente de la responsabilidad criminal. In: GODINHO, Adriano

Marteleteo; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. Direito penal médico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STANCIOLI, Brunello Souza. Relação jurídica médico-paciente. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

SZTAJN, Rachel. Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido. São Paulo, Cultural Paulista, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. Revista Brasileira de Direito Civil – RDBCivil, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. v. 1, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 39, jul./set. 2009.

TORREÃO, Lara. Aspectos éticos na abordagem do paciente terminal em unidade de terapia intensiva pediátrica. 2001. Dissertação. (Mestrado em Ciências Médicas) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano Marteleteo; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Autonomia versus beneficência. Revista Bioética. Brasília, DF, v. 19, 2011.