

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza; Leonardo Rabelo de Matos Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-352-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

Neste ano de 2021 o encontro do Conpedi aconteceu, mais uma vez, de forma online – foi o III Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de 23 a 28 de junho de 2021 e o tema norteador não poderia ser outro: Saúde: segurança humana para a democracia.

Como de costume, o encontro reuniu pesquisadores de todo o país, demonstrando a qualidade da pesquisa realizada nos Programas de Pós Graduação das diversas universidades brasileiras.

É importante mencionar que este encontro, que aconteceu a partir da reunião de muitos esforços, contou com a participação de muitos pesquisadores, estudantes e professores – e sem dúvida alguma, foi um sucesso!!!

Considerando a dinâmica observada no biodireito e sua proeminência na sociedade contemporânea, bem como as transformações constantes que envolvem o direito em tempos pandêmicos, os trabalhos apresentados neste GT, assim como as discussões e os debates propostos, possibilitaram perceber-se uma ressignificação da sociedade e dos seus atores sociais, e, conseqüentemente, o surgimento de novos ramos do conhecimento científico – que ao final, com certeza, contribuem para um novo olhar sobre a pesquisa jurídica.

Partindo deste cenário, apresentamos o GT Biodireito e Direito dos Animais II, o qual foi organizado em blocos de discussões, permeados por temas a fins. Notadamente, neste ano de 2021, o GT contou com muitos trabalhos focados no tema da pandemia.

Convidamos a todos que leiam os textos apresentados neste GT.

Junho de 2021 – Pandemia de Covid-19.

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza – UNIJUI/RS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – UFBA

O INSTITUTO DA EUTANÁSIA NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO MEIO DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

THE INSTITUTE OF EUTHANASIA IN BRAZIL AND THE POSSIBILITY OF USING ADVANCE DIRECTIVE AS A MEANS OF CONFLICT PREVENTION IN BRAZIL

Aline Alves Maciel Ferrari ¹
Augusto Martinez Perez Filho ²

Resumo

O presente artigo fará uma análise do instituto da eutanásia no Brasil, e a possibilidade de utilização das diretivas antecipadas de vontade como meio de prevenção de conflitos. Trata-se de uma pesquisa teórica, cujo problema foi abordado pela ótica qualitativa, com objetivo exploratório, utilizando-se do método indutivo de pesquisa e executada por meio de uma análise de legislações e normas vigentes. Os resultados demonstraram que as resoluções existentes sobre o tema foram um grande avanço para a legislação brasileira, no entanto, não foram suficientes para fortalecer a utilização do testamento vital na prática, na relação paciente-médico.

Palavras-chave: Eutanásia, Diretivas antecipadas, Prevenção de conflitos, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

This article will make an analysis of the institute of euthanasia in Brazil, and the possibility of using advance directives of will as a means of conflict prevention. It is a theoretical research, whose problem was approached from a qualitative point of view, with an exploratory objective, using the inductive research method and carried out through an analysis of current laws and regulations. The results of the research demonstrated that the existing resolutions on the subject were a great advance for Brazilian legislation, however, they were not enough to strengthen the use of the living will in practice in the patient-doctor relationship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Euthanasia, Advance directive, Conflict prevention, Human dignity

¹ Mestranda no Programa de Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara – UNIARA. Advogada.

² Doutor em Direito pela FADISP, Professor do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da UNIARA. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A eutanásia se fez presente na história humana desde as primeiras comunidades que perceberam que a ausência da medicina e a necessidade do trabalho constante para a sobrevivência forçavam a eliminação dos idosos, doente e deficientes físicos. As denominadas eutanásia (eugênica e econômica) não deveriam receber o nome de “eutanásia”, visto que refletem crueldade e frieza, se mostrando imoral e criminosa. Visto que a mesma é orientada pela eugenia ou pela sobreposição valorativa de interesses econômicos frente à vida de pessoas. No entanto, a prática da eutanásia esbarra no direito à vida e na sua preservação. E a proibição da prática eutanásica, opõe-se a liberdade de escolha da pessoa/paciente, e atenta quanto à sua integridade física e dignidade enquanto pessoa humana.

Neste contexto se questiona como se posicionar diante do sofrimento de outrem, bem como se o ordenamento brasileiro está preparado para atender os interesses do enfermo na hora da dor. A importância do tema é evidente, visto que o avanço da tecnologia e da medicina, propiciam a longividade da população mundial, o que significa que certas doenças não levarão à morte pelos métodos de prolongamento da vida (mesmo que com sofrimento), no entanto, sem perspectiva de que a vida volte a ser realmente de qualidade.

Dentro desse quadro, será analisado o instituto da eutanásia no Brasil, e a possibilidade de utilização das diretivas antecipadas de vontade, como meio de prevenção de conflitos no Brasil, sob a ótica da legislação brasileira e dos princípios da dignidade humana, visto que a Resolução CFM 1.995/2012, introduziu no ordenamento ético brasileiro a possibilidade das diretivas (documentos que expressam os desejos da pessoa, especificando os procedimentos que podem ser aplicados a ela, nos casos de assistência médica no fim da vida), porém, sua utilização é centro de muitas dúvidas, tanto para os profissionais da saúde, como pelos pacientes, pois se por um lado a resolução citada estimula a prática da ortonásia, por outro a legislação é silente quanto ao procedimento.

A execução deste objetivo exigiu dos pesquisadores concepção de um mapa metodológico explicitado nas seguintes configurações: pesquisa teórica, qualitativa, com objetivo exploratório, seguindo diretrizes do método indutivo, e executada por meio de uma pesquisa de revisão de literatura e por uma pesquisa documental, tal qual detalhado na seção seguinte.

Já os resultados serão apresentados em outras seções. Inicialmente será feita um estudo histórico e conceitual sobre a eutanásia, e sua aplicabilidade na legislação brasileira. Em

seguida será abordado o conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade. Por fim, será abordado a possibilidade da utilização do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, realizando-se reflexões sobre o tema através da interpretação conjunta das normas constitucionais e infraconstitucionais.

2 METODOLOGIA E PROCEDIMENTOS DA PESQUISA

Como indicado anteriormente, para viabilizar a materialização dos objetivos supracitados, a pesquisa foi produzida tendo como norte, a delimitação conceitual da pesquisa teórica, que visa estabelecer o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis do fenômeno estudado (MAZZAROBA; MONTEIRO, 2009), no caso a Eutanásia e as Diretivas antecipadas de vontade como meio de prevenção de conflitos no Brasil.

Mazzaroba e Monteiro (2009) pontuam que este tipo de pesquisa tem objetivo de desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos, no caso, a luz que o presente artigo lança é sobre os aspectos inerentes à normatização da Eutanásia.

Em relação ao desenho metodológico do presente artigo, é válido recuperar o posicionamento de Gil (2008). O referido autor pontua que um conhecimento é científico, se possibilitar a identificação das operações mentais e técnicas para futura verificação e replicação dos procedimentos adotados (GIL, 2008, p.27). Neste contexto, é essencial, indicar a escolha do método científico adotado, no caso o método indutivo. Gil (2008, p.28), define esse método como sendo aquele que “parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares”. Justifica-se essa escolha pois, este trabalho guarda estreita relação com tais características, basta observar que o objeto é ato inerente à vida em sociedade.

É válido indicar ainda que foram sequenciados a pesquisa atendendo a delimitação da pesquisa qualitativa. Segundo Gil (2008), busca-se compreender, com base em dados qualificáveis, a realidade de determinados fenômenos, a partir da percepção dos diversos atores sociais.

Nota-se que as pesquisas nas ciências sociais aplicadas, tal qual o caso do direito, podem ser classificadas especificamente, em produções cujos objetivos são: o descritivo, o explicativo e o exploratório (GIL, 2008). Neste caso, esta pesquisa apresentou objetivo exploratório, cuja característica principal é: “desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores”.

(GIL, 2008, p.46). Em formato ilustrativo, esse é exatamente o objetivo desta pesquisa, evidenciar-se-á uma análise exploratória dos conflitos oriundos do exercício de elaborar um testamento vital de forma extrajudicial.

Em alinhamento ao método definido, efetivou-se também, o delineamento prático das atividades de pesquisa. Sendo assim, pondera-se que o delineamento “refere-se ao planejamento da pesquisa em sua dimensão mais ampla, envolvendo tanto a sua diagramação quanto a previsão de análise e interpretação dos dados” (GIL, 2008, p.68). Entre outros aspectos, o delineamento considera o ambiente em que são coletados os dados, no caso, foram coletados pela triangulação de dois procedimentos: a) revisão da literatura, as quais foram analisadas utilizando-se dos procedimentos da revisão integrativa; b) pesquisa documental, cujas fontes foram as legislações e normativas vigentes no âmbito nacional (Constituição Federal de 1988, Código Civil Brasileiro, Resolução CFM 1.805/2006, Resolução CFM1.995/2012), todas disponibilizados em plataformas digitais e de acesso livre. Tais documentos foram analisados a partir da técnica da análise de conteúdo.

3 EUTANÁSIA, ORTANÁSIA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO MEIOS PREVENIVOS DE CONFLITOS

Ainda que alguns considerem a eutanásia como gênero que possui diversas espécies, a doutrina tem procurado separar esse termo de suas antigas “modalidades”, visto que muitas vezes os conceitos são opostos. O termo eutanásia significa “boa morte”, e justamente daí que deriva o seu objeto. A eutanásia envolve sempre uma motivação humanitária, em face da própria pessoa ou da sociedade, e se aplica somente a paciente com doença grave, incurável e terminal.

Na civilização celta, segundo Guimarães (2008), os filhos tinham por obrigação dar boa morte aos seus pais e na idade média os feridos de batalhas levavam golpes de misericórdia. Na América do Sul, os indígenas costumavam eliminar os deficientes físicos.

Diante das práticas eugênicas, na época do nazismo, a ‘purificação racial’ foi chamada de eutanásia, e a eliminação dos enfermos custosos praticada pelo Estado foi chamada de eutanásia econômica, de forma errônea segundo Barroso e Martel (2010), o que dificultou os debates sobre a sua possibilidade jurídica frente aos ordenamentos contemporâneos.

A eutanásia é classificada em ativa e passiva, sendo a primeira consequente a atitudes comissivas da equipe de saúde, e a segunda deriva de omissões. A eutanásia ativa, é proibida no Brasil, pois a vida enquanto objeto, é reguardada pela Constituição Federal de 1988, no caput

de seu artigo 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida..” (Brasil, CF/1988). Portanto a vida além de inviolável é um direito indisponível, e quem a pratica incorrerá criminalmente no artigo 121, parágrafo primeiro, artigo 122 ou no artigo 135, todos do Código Penal.

A ortanásia(eutanásia passiva), se reveste de uma suavidade na condução do processo da morte do paciente. Nesse caso, os recursos disponíveis não são para abreviar a vida do paciente, mas para tornar a morte mais palatável, portanto segundo Eduardo Cabette(2013, p. 20), há incoerência de tipicidade quanto à figura, afastando as figuras do homicídio, do auxílio ao suicídio e da omissão, uma vez que: “Nessas circunstâncias a conduta não se dirige nem causa a morte da vítima, apenas e tão somente atua na proteção do bem jurídico ‘dignidade da pessoa humana’, de modo que não ostenta qualquer reprovabilidade jurídica”.

No Brasil, ao contrário de outros países, não há legislação específica acerca das Diretivas Antecipadas de vontade, no entanto, existem várias resoluções e jurisprudências sobre o assunto: O Conselho Federal de Medicina –CFM, em sua Resolução nº. 1.805/2006, trouxe a possibilidade de abreviar o sofrimento de um paciente de morte certa e sem qualquer condição de cura ou melhora, autorizando pelo médico o procedimento de Ortanásia; a Resolução 1.995/2012 do CFM, dispõe sobre a consideração pelo médico das diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, no entanto, não regula a maneira da manifestação e os limites de tais manifestos; e a Resolução 2.232/2019, estabeleceu as normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

4 DO TESTAMENTO VITAL

O Testamento Vital, tem origem na expressão inglesa living will, é também intitulado pela doutrina como “diretiva antecipada da vontade”, “declaração antecipada da vontade” ou “testamento biológico”. Trata-se de em uma declaração prévia e escrita da vontade de um indivíduo capaz, sobre os cuidados e tratamentos médicos que quer ser submetido quando o mesmo não tiver condições de manifestar esta vontade.

Segundo, Dadalto (2013):

(...) refere-se a um procedimento de diretiva antecipada de vontade que serve para uma pessoa declarar, em sã consciência, sua vontade em receber ou não determinados tratamentos de saúde quando esta vier a se encontrar em fase terminal da vida e impossibilitada de ser manifestar de forma consciente. Portanto, trata-se de uma declaração prévia da vontade do paciente a cerca do seu tratamento.

Esse instrumento é reconhecido como um ato de autonomia da vontade do paciente, e tais vontades devem se sobrepor a vontade da família e dos médicos que cuidam desse paciente, e inclusive a vontade de um terceiro por ele nomeado, no caso de não poder mais responder por si (art. 2º, Resolução 1.995/2012 CFM).

De acordo com Massaroli e Fabro (2017):

(...) é importante considerar que o entendimento jurisprudencial no Brasil tende a seguir uma evolução social do tradicional para o contemporâneo refletindo a necessidade do direito de se adequar às “necessidades de cada pessoa”, em um contexto social em que as partes envolvidas no processo (médicos, indivíduo e familiares), tomam cada vez mais consciência sobre a importância de se observar a manifestação de vontade um paciente como forma de manter a dignidade deste.

Debater a cerca deste instrumento diretivo de vontade não significa a liberalização da morte, pelo contrário, tem por finalidade encontrar limites para a aplicabilidade de tal instrumento para que este não seja banalizado.

Esse instituto está fundamentado no princípio da dignidade humana, no princípio da autonomia privada, e no direito do indivíduo de decidir por si não somente no período saudável de sua vida, mas também na sua terminalidade.

A dignidade da pessoa humana, é assegurada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e está prevista em nossa Constituição. Segundo Moraes (2010), a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida. Desse princípio decorrem outros direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, como o direito à vida, à autodeterminação e à intimidade.

Antigamente a autonomia privada tinha caráter meramente patrimonial, mas contemporaneamente adquiriu caráter existencial, garantindo ao indivíduo a possibilidade de agir de acordo com os preceitos que lhe convenham, desde que não estejam em desacordo com a legislação em vigor. Atualmente, a discussão sobre o direito à vida não se atém à disponibilidade do momento da sua terminalidade, visto que é direito do indivíduo, uma morte digna e sem sofrimento, não se tratando de uma disposição da vida e sim da manutenção da sua dignidade até o momento de sua morte.

Dworkin(2009), assevera que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos da mesma maneira. O Estado não deve impor uma concepção geral e única a guisa da lei soberana, mas deve, antes, estimular as pessoas a tomar melhor as melhores providências possíveis tendo em vista seu futuro. A fim de garantir a dignidade de seu titular, quando impossibilitado de expressar sua vontade, é que se usa o testamento vital, o instituto possibilita

o respeito às escolhas individuais e à autodeterminação, em um momento crítico da sua existência, evitando conflitos de interesses entre familiares e até mesmo médicos.

O testamento vital, é espécie do gênero diretivas antecipadas, que se subdivide em mandato duradouro e declaração prévia da vontade. No primeiro caso, o indivíduo nomeia procuradores, que ficarão responsáveis pelas decisões referentes a um possível tratamento, ficando estes adstritos à vontade do paciente. No segundo, trata-se do testamento vital, o tratamento é disposto anteriormente pelo próprio paciente, que estará incapacitado de expressar sua vontade quando este for aplicados. O objetivo segundo os doutrinadores, é de garantir ao paciente que seus desejos serão respeitados no momento da terminalidade de sua vida pelos profissionais de saúde e na tomada de decisões de decisões em situações conflitivas.

Santos (2014) destaca, que este consentimento manifesto deve ser dado pela pessoa em plena capacidade de consciência, que seja maior de idade e dotada de plena capacidade civil. A manifestação não poderá ser verbal ou tácita, devendo ser expressa. No caso de manifestações de vontade não expressas, deverá haver testemunha e apreciada em juízo para configuração, ou não, da validade da diretiva de vontade do paciente. E no caso de pessoas sem capacidade civil absoluta, de acordo com o autor, não há que se considerar eventuais manifestações de vontade, nem tão pouco de seus representantes. A discussão da autonomia da vontade transcende o debate sobre o testamento vital em casos de doentes terminais, incuráveis e de tratamentos inúteis, no entanto, insere a vontade do paciente no poder de livre decisão, inclusive no sentido de não ser submeter a determinados procedimentos médicos.

O testamento vital vem sendo aceito e aplicado na realidade médica e jurídica brasileira. Cuida-se de um documento escrito pelo qual a pessoa expressa sua vontade com relação ao tratamento e intervenção médica que deseja ou não se submeter, indicando, por exemplo, os tipos de doença que recusa ser tratado; se prefere que sua vida seja preservada a qualquer custo ou se dispensa os cuidados paliativos; sua negativa a determinadas intervenções cirúrgicas invasivas; sendo possível, ainda, designar um médico de confiança para o tratamento.

Conforme Santos (2014):

O testamento vital, não é um instrumento, necessariamente, que autoriza ao médico a prosseguir com a eutanásia ou ortanásia. Pode ser também utilizado para negar-se à submissão de outras técnicas terapêuticas ou dispor-se a confirmar a vontade do indivíduo em garantir-lhe todos os tratamentos para mantê-lo vivo enquanto for possível.

Ressalta o autor, que a seara de não existir forma determinada em lei, recomenda-se que seja escrito e testemunhado. Também pode ser utilizada gravação de vídeo e manifestação de vontade por escritura pública.

Mallet(2015), ressalta que o documento por escrito e com reconhecimento de firma em cartório traduz-se na melhor garantia da confirmação da vontade do indivíduo. Tal documento, seja da forma que for produzido, deve ser anexado ao prontuário médico ou ainda, caso não haja documento, mas o paciente se encontre em condições de responder por si, deverá informar suas vontades ao médico para que sejam incluídas em seu prontuário. Alguns autores entendem que o testamento vital deve ser diferenciado da simples manifestação de vontade do paciente. Para Dadalto (2013), declarações a cerca de recusa a tratamentos médicos, medicamentos e outras disposições de vontade que não tenham ligação com a fase terminal da vida, não devem ser consideradas como testamento vital.

De acordo com a Resolução do CFM(2012), os menores que sejam casados civilmente também podem realizar o testamento vital devido a sua condição de emancipação. Nos casos de crianças e adolescentes, os mesmos não podem manifestar sua diretiva antecipada de vontade e nem seus pais e responsáveis. O testamento vital pode ser revogado a qualquer momento, inclusive de forma não expressa.

5 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL COMO MEIO PREVENTIVO DE CONFLITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

A Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, inovou ao dispor sobre o testamento vital, nomeado de “diretivas antecipadas da vontade”, e destacou a relevância da autonomia da vontade da pessoa na relação médico-paciente e a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face de situações de doenças terminais ou incuráveis. Inclusive, o artigo 1º da norma define as diretivas como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamento que deseja ou não receber no momento em que não puder expressar sua vontade.

Conforme previsto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º, da Resolução 1.995/2012, a vontade manifestada deve ser considerada e prevalece sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive ao desejo dos familiares. O médico só poderá deixar de levá-las em consideração, quando estiverem em desacordo com o Código de Ética Médico.

Segundo Massaroli e Fabro (2017), no Brasil é possível proceder com a admissibilidade das diretivas antecipadas de vontade pelo testamento vital, devido a interpretação do artigo 1º,

inciso III, da Constituição Federal. Esse artigo introduz a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Também, se considera a interpretação dos incisos II e III do artigo 5º da Carta Magna, garantindo o direito à vida, liberdade, autonomia da vontade e proibição a tratamentos desumanos e degradantes.

Obrigado um indivíduo a receber um tratamento com o fim de apenas prolongar a vida, contra sua vontade expressa, também é tido como tratamento desumano. Nos artigos 11 e 15 do Código Civil brasileiro, são assegurados os direitos da personalidade e, a garantia de não se submeter a tratamentos médicos indesejáveis. (BRASIL, 2012). As resoluções do CFM, trouxeram as diretivas antecipadas de vontade e a ortonásia. Portanto, diante do silêncio do legislador, as diretivas antecipadas de vontade, poderão ser aplicadas, através do testamento vital, devido a interpretação extensiva dos princípios e normas constitucionais, legais e infralegais que buscam dar legitimidade à autonomia de vontade e dignidade.

Nesse sentido é o entendimento de Teixeira e Penalva:

Concordar que o testamento vital só pode ser válido ante a existência de norma específica é engessar o sistema normativo brasileiro e ignorar a existência e aplicação de princípios constitucionais, normas que, per se, possuem conteúdo aberto e se moldam a uma vasta gama de situações jurídicas, inclusive aquelas não tipificadas em regras. Logo, a validade do testamento vital no Brasil não está, e nem poderia estar, submetida à positivação, posto que existem princípios jurídicos capazes de validar essa manifestação de vontade, independentemente de lei específica (PENALVA; TEIXEIRA, 2010, p. 72).

No entanto, não pode haver disposições do paciente quanto à prática da eutanásia, visto que a prática não é permitida no Brasil, mas poderá constar procedimentos relacionados a ortonásia. Nesse sentido, a Justiça Federal através do julgado proferido em sentença no Processo nº. 2007.34.00.014809-3, da seção judiciária da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, já decidiu quanto à admissibilidade da prática da ortonásia no Brasil, quando houver casos de morte certa e inevitável, o médico pode deixar de intervir, garantindo a morte natural e que já iria acontecer, porém de forma prolongada, desde que este procedimento fosse anteriormente consentido pelo paciente ou por responsável por ele designado.

Na própria sentença mencionada, o magistrado prolator, Roberto Luis Luchi Oliveira, fez uso da manifestação da Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, citando as interessantes e pontuais diferenciações entre ortonásia (morte no tempo certo, no momento adequado), eutanásia (morte provocada por terceiro, de paciente terminal, por compaixão), distanásia (prolongamento artificial do estado de degenerescência) e mistanásia (eutanásia social, por conta da absoluta falta de infraestrutura adequada na saúde pública).

Outro exemplo é a Ação Civil Pública nº.1039-86.2013.4.01.3500, promovida pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás, em que buscou contestar a mencionada Resolução 1.995/2012 do CFM, que versa sobre diretrizes antecipadas, quanto às capacidades deste instrumento normativo, procedimentos instaurados, omissões e ilegalidade. A sentença, foi no sentido de indeferir a ação do Ministério Público, garantindo que o CFM atuou dentro de suas competências como conselho profissional e, que a resolução está de acordo com princípios constitucionais como o da autonomia, da vontade, e dignidade da pessoa humana. Reforçou ainda, que em nada a resolução retira direito das famílias, pois estando os integrantes desta em desacordo com a decisão ou com a capacidade de decisão do paciente, podem utilizar-se de outros mecanismos jurídicos para confrontar a diretiva de vontade.

Conforme, Mallet (2015):

(...) o que existe de mais importante e significativo no ordenamento jurídico brasileiro atual, de forma explícita, quanto as diretivas antecipadas e o testamento vital é a Resolução 1.995/2012 do CFM, servindo de balize para qualquer decisão e procedimento a se tomar sobre o assunto, mesmo sem haver regulamentação legal específica.

Segundo o autor, a possibilidade de aplicação das diretivas antecipadas não se refere ao direito a morte, mas sim ao direito de dispor de sua própria vida e, tão pouco, refere-se a escolha entre a vida e a morte, mas sim sobre a escolha de como viver e como morrer. Portanto, o testamento vital deve seguir os princípios e normas do ordenamento jurídico pátrio, respeitando as condições da capacidade para os atos da vida civil, e das normas penais vigentes, sob pena de nulidade do documento e de responsabilização criminal de quem colocá-las em prática.

6 DO PROJETO DE LEI Nº. 267/2018

Está em andamento no nosso país, o projeto de Lei nº.267/2018, que é de autoria do Senado Federal (Senador Lasier Martins – PSD/RS), que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações de doença terminal, doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada e estado vegetativo persistente.

O artigo segundo do projeto de Lei, define que as diretivas antecipadas de vontade se constituem em um gênero de documentos de manifestação de vontade acerca de cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais a pessoa deseja ou não se submeter quando

estiver com uma doença grave ou incurável, seja ela terminal, crônica em fase avançadas ou degenerativa em fase avançada.

O referido projeto traz duas espécies de diretivas antecipadas de vontade, o testamento vital, considerado o documento no qual uma pessoa manifesta sua vontade, explicitando os cuidados, tratamentos e procedimentos aos quais deseja ou não ser submetida e a procuração para cuidados de saúde, considerado o documento no qual uma pessoa designa uma ou mais pessoas, em ordem de preferência, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, caso venha a se encontrar impossibilitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade.

No artigo terceiro do projeto de Lei, o legislador diz que será vedado na manifestação de vontade do declarante, ao elaborar as suas diretivas antecipadas de vontade, recusar cuidados paliativos, notadamente quanto ao controle de sintomas, realizar pedido de morte assistida, realizar disposições de caráter patrimonial, manifestar-se acerca da autocuratela e da tomada de decisão apoiada. No entanto poderá recusar cuidados, tratamento e procedimentos de saúde que tenham o objetivo prolongar sua vida biológica, nos casos de reanimação cardiopulmonar, respiração artificial, nutrição e hidratação artificiais, internação em Unidade de Terapia Intensiva, cirurgias que não tenham potencial curativo, diálise, quimioterapia e radioterapia, antibióticos, demais cuidados, procedimentos e tratamentos sem potencial curativo.

Poderá o declarante, em suas diretivas antecipadas de vontade, manifestar-se acerca da doação de órgãos post mortem, com caráter vinculante, solicitar alta hospitalar e assistência domiciliar para que possa chegar ao fim da sua vida no lugar que julgar mais adequado, podendo inclusive, escolher ir para casa e dispor de ritos fúnebres, cremação e enterro. As diretivas antecipadas de vontade, poderão ser feitas por escritura pública ou por instrumento particular, caso em que deverá ter duas testemunhas, e o declarante terá o dever de informar o seu procurador sobre a existência do documento, bem como ao seu médico, e solicitar para que seja anexado o documento junto ao seu prontuário, por ocasião de sua internação ou atendimento médico.

O projeto diz que ficará a cargo do Ministério da Saúde criar e regular o Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENTEV), no prazo de 2 anos após a entrada em vigor da Lei, que deverá ser interligado aos arquivos do Colégio Notarial do Brasil, e as instituições e profissionais de saúde terão acesso ao RENTEV de forma gratuita, através de login e senha.

Os profissionais de saúde deverão obedecer a vontade do paciente contida em suas diretivas, desde que as conheçam, e deverão utilizar a abordagem dos cuidados paliativos em todos os pacientes em fim de vida, prestar assistência emocional à família, auxiliando os

familiares no reconhecimento do respeito à vontade do paciente, reportar ao Ministério Público qualquer violação à vontade do paciente (resultante da família, do procurador, de seus colegas ou da instituição hospitalar) e não realizar a obstinação terapêutica.

As diretivas antecipadas de vontade não deverão ser cumpridas quando o paciente as tiver revogada (por escrito ou verbalmente), as disposições estiverem em desacordo com as normas éticas das diversas profissões de saúde que fazem parte da assistência ao paciente em fim de vida, e quando forem contrárias ao ordenamento jurídico vigente.

A justificativa apresentada para o projeto de Lei, é de que as diretivas de vontade são produto do reconhecimento da autonomia do paciente em fim de vida ao longo do mundo. Utilizaram-se como argumento de que o texto do projeto de lei apresentado está em plena concordância com os cânones cristãos, e citam um trecho da Encíclica *Evangelium Vitae*, exarada pelo Sumo Pontífice Papa João Paulo II, que destaca o entendimento da Igreja Católica sobre o assunto.

Nota-se que o projeto de Lei abrange a morte no tempo certo, e não a eutanásia/suicídio assistido e nem a distanásia, bem como estabelece a possibilidade de toda pessoa maior e capaz declarar, antecipadamente, o seu interesse de se submeter ou não a tratamentos de saúde futuros, caso se encontre em fase terminal ou acometido de doença grave ou incurável.

Dados do Colégio Notarial do Brasil, demonstram o aumento do número de diretivas antecipadas lavradas em Tabelionato de Notas aumentou muito. No ano de 2008 eram 35, no ano de 2012 eram 232, no ano de 2015 foram 731, e no ano de 2020, já no cenário de proliferação do Coronavírus, foram 549 documentos.

Embora a resolução 1.995/2012, diga que a vontade do paciente deva prevalecer sobre a vontade de seus familiares, nem sempre esses documentos estão isentos de conflitos, ocasião em que a Justiça deve ser acionada e até que a vontade do paciente seja cumprida, pode ser que o paciente não se encontre mais vivo.

O projeto de Lei encontra-se em tramitação, e seu último estado em 24/09/2020, era “Aguardando Designação do Relator”, e se aprovado representará uma grande evolução no direito brasileiro, como instrumento de prevenção de conflitos e um marco para o reconhecimento da autonomia de vontade no fim da vida do paciente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina brasileira entende que o direito a vida é inviolável e indisponível, sendo assim o tema é relevante e de difícil análise, pois há um paradoxo entre manter a vida e a

dignidade da pessoa humana, ou respeitar a vontade do paciente em ter uma morte digna, tendo aliviada a sua dor. Neste contexto se questionou como se posicionar diante do sofrimento de outrem, bem como se o ordenamento brasileiro está preparado para atender os interesses do enfermo na hora da dor.

As resoluções do Conselho Federal de Medicina, foram um grande avanço para a legislação brasileira, pois dispõe sobre a ortanásia e também sobre as diretivas antecipadas de vontade, no entanto, não foram suficientes para fortalecer a utilização do testamento vital na prática na relação paciente-médico, pois as diretivas antecipadas de vontade, são um tema novo no Brasil, e não há ainda legislação que normatize a declaração prévia de vontade do paciente terminal.

Está em trâmite no Senado Federal, o projeto de Lei nº.267/2018, que busca regulamentar as diretivas antecipadas de vontade do paciente no fim da vida, visto que a resolução do Conselho Federal de Medicina não tem força de lei e só tem eficácia perante os médicos, o que gera grande insegurança jurídica em nosso país.

Diante da ausência de legislação específica, verificou-se que através da interpretação conjunta das normas constitucionais e infraconstitucionais, é permitido a ortonásia e o uso da declaração prévia de vontade do paciente terminal por meio do testamento vital, no nosso ordenamento jurídico.

Os desejos do paciente terminal, significa a expressão máxima do direito à liberdade, e deve ser garantido por lei, bem como deve-se garantir ao médico de que ele não sofrerá qualquer punição, ao respeitar a vontade do paciente. É fundamental que a discussão sobre o tema avance por meio de leis específicas, visto que a utilização deste instituto jurídico exige interpretações isentas de dúvidas. O direito permeia diversas questões na vida das pessoas, no entanto, não lhe cabe decidir quando a vida de determinada pessoa acaba e nem se ela deve continuar.

Embora exista a resolução há nove anos, e apesar dos números do Colégio Notarial do Brasil-CNB/SP, apontarem o aumento dos registros desses documentos, ainda são números pequenos que demonstram que a doença e a morte são ainda tabus na sociedade brasileira, mormente por questões de crença religiosa, pois embora o país seja um estado laico, algumas decisões ainda são tomadas com base nos ideais católicos, conforme restou demonstrado no projeto de Lei em andamento no Senado. É preciso quebrar paradigmas sobre o fim da vida, e para isso a nossa legislação deve respeitar a vontade do paciente terminal e, as diretivas antecipadas de vontade devem ser abordadas de forma diferente, com o intuito de transformar a vivência da morte em algo a ser vivido e aceito.

No entanto, apesar de ser possível a utilização das diretivas antecipadas de vontade através do Testamento Vital, não quer dizer que esses instrumentos não sejam objeto de conflitos judiciais, visto que como já abordado, pode haver o descumprimento das vontades do paciente pelos profissionais de saúde, por seu procurador e até mesmo pela sua família, portanto, para que a autonomia de vontade do paciente seja respeitada no momento de sua doença e no fim da sua vida, a fim de evitar conflitos judiciais desnecessários, é preciso que seja aprovado o projeto de Lei em trâmite no Senado Federal que regulamenta a prática da eutanásia (eutanásia passiva) e das diretivas antecipadas de vontade.

De todo o exposto, nota-se que o presente texto buscou contribuir no que apresentou uma latente contribuição, no sentido de oferecer uma reflexão sobre a eutanásia e a utilização das diretivas antecipadas de vontade como meio de prevenção de conflitos, sem pretensão de ser conclusiva, sob a ótica da bioética/direitos humanos.

Em adição, o presente artigo apresentou também, uma contribuição prática, tanto para operadores do direito, quanto para formuladores de políticas públicas, pois a problemática envolvendo a eutanásia não se trata de uma questão recente, no entanto a cada ano vem ganhando mais relevância diante das inovações biotecnológicas no campo da medicina, trazendo novos conceitos e mudanças de posicionamento sobre a vida e a morte, consentimento do paciente, dignidade da pessoa humana, testamento vital.

É importante revelar as limitações do presente estudo. Visto que encontram-se diferentes fundamentos para desprezar ou defender a prática da eutanásia. O binômio vida/morte, enfrentam diversas mudanças, e demandam reflexões éticas e jurídicas.

Por fim, revela-se que esta temática é profunda, interdisciplinar, complexa e de ampla abordagem, misturando-se fatores éticos, médicos, jurídicos, entre outros. Percebe-se que novos estudos são necessários, uma vez que o tema envolve questões de relevante aspecto ético-jurídico, cujo alcance demanda reflexões a partir de paradigmas que se modificam ao longo do tempo e das vicissitudes culturais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2010. Disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 05 de mar. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de mar. 2021.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 de mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 5 de mar. 2021.

BRASIL. Resolução CFM nº.1.805, de 28 de novembro de 2006. **CFM- Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em 5 de mar. 2021.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. **CFM- Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em 5 de mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação cível – Processo 0001039-86.2013.4.01.3500 6. Apelante: Ministerio Publico Federal. Apelada: Conselho Federal De Medicina. Relatora: Juiza Maria Maura Martins Moraes Tayer. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=JFGO>. Acesso em 05 de mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação cível – Processo 2007.34.00.014809-3. Apelante: Ministerio Publico Federal. Apelado: Conselho Federal De Medicina Cfm. Relator: Juiz Eduardo Santos Da Rocha Penteado. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>. Acesso em 05 de mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação cível – Processo 0001039-86.2013.4.01.3500. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Conselho Federal de Medicina. Juiz: **Maria Maura Martins Moraes Tayer**. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=JFGO> Acesso em 5 de mar. 2021..

BRASIL. <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=10398620134013500&secao=JFGO>. Acesso em 5 de mar. 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Eutanásia e Ortanásia: comentários à Resolução 1.805/2006 CFM. **Aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba. Juruá, 2013, p.20.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). In: **Revista Bioética y Derecho, Barcelona**, n. 28, mai. 2013. Disponível em <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em 5 de mar. 2021.

DWORKIN, Ronald, Domínio da vida. **Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo, Martins Fontes, 2009, p.301.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas, 2008, p. 26-68.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Eutanásia - Novas considerações penais. 2008. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 14-15. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde07072010151229/publico/TESEDoutorado_Eutanasia.pdf. Acesso em 5 de mar. 2021.

_____. Registros de Diretivas Antecipadas de Vontade cresceram nos últimos anos; pandemia deu nova importância à discussão **IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8170/Registros+de+Diretivas+Antecipadas+de+Vontade+cresceram+nos+%C3%BAltimos+anos%3B+pandemia+deu+nova+import%C3%A2ncia+%C3%A0+discuss%C3%A3o>. Acesso em 5 de mar. 2021.

MALLET, Miguel Tabbal. **Testamento Vital**. Monografia - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/miguel_mallet.pdf. Acesso em 5 de mar. 2021.

MASSAROLI, Fábio; FABRO, Roni Edson. **As diretivas antecipadas de vontade na jurisprudência brasileira**. Disponível em <https://unoesc.emnuvens.com.br/siepe/article/view/1425>. Acesso em 5 de mar. 2021.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Cervilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 30.

SANTOS, Thiago do Amaral. Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, a. 17, n.120, jan. 2014. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-120/testamento-vital-como-instrumento-assecuratorio-do-direito-a-morte-digna/>. Acesso em 5 de mar. 2021.