XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

BRUNELLO SOUZA STANCIOLI

LETÍCIA ALBUQUERQUE

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito e direitos dos animais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Brunello Souza Stancioli, Letícia Albuquerque, Riva Sobrado De Freitas Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-078-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

Apresentação

O Biodireito tem sido um dos ramos mais proeminentes da Ciência Jurídica atual. Seus primeiros estudos, em âmbito de mestrado e doutorado, deram-se na década de 1990, tratando principalmente sobre relação médico-paciente, eutanásia e tratamentos paliativos. Hoje, são desenvolvidos assuntos bastante diferentes e complexos. Suicídio assistido, aborto, seleção embrionária, inseminação artificial, pesquisas com células-tronco são alguns exemplos. Outro campo de conhecimento que tem ganhado proeminência é o estatuto jurídico dos animais, o qual tem demandado estudos acerca de pesquisas com animais, indústria de cosméticos e alimentos.

Os debates sempre são acirrados, o que, de fato, aconteceu na sessão deste Grupo de Estudos.

Apresenta-se aos leitores uma vasta gama de argumentos que, longe de se encerrarem, consistem em pontos instigantes para grandes trabalhos futuros.

AS QUESTÕES MÉDICO-LEGAIS E O TESTAMENTO VITAL: O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA RESOLUÇÃO CFM Nº 1995/2012

LEGAL MEDICAL ISSUES AND LIVING WILL: THE JUDICIAL RECOGNITION OF NORMATIVE RESOLUTION CFM NR. 1995/2012

André Luiz Silveira de Lima Júnior
Bianka Adamatti

Resumo

A morte sempre foi um tema difícil para o Direito Brasileiro, principalmente o civil, gerando dúvidas sobre seu conceito e, também, um constante temor para a maioria das pessoas quanto à sua proximidade. O testamento vital é um exemplo deste medo enraizado na cultura popular brasileira, o que gerou uma série de debates sobre o instituto. A partir das considerações iniciais, este trabalho tem como objetivo a exposição da lacuna normativa em relação ao testamento vital no Brasil, além de uma breve análise acerca do instituto. Devido a essa conjuntura legislativa, o judiciário teve que se posicionar em relação a validade da Resolução CFM nº 1995/2012 e, em outro caso, do próprio testamento vital, os quais acabaram por estabelecer a legalidade as diretivas antecipadas de vontade. Diante de toda problemática, debater o assunto tornou-se necessário para a consecução da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, do direito à liberdade individual e à privacidade por intermédio da autonomia de vontade do paciente.

Palavras-chave: Direitos dos pacientes, Autonomia da vontade, Testamento vital, Resolução cfm nº 1995/2012, Reconhecimento judicial

Abstract/Resumen/Résumé

Death was always been a difficult subject to Brazilian legal system, specially Civil Law, raising doubts about its concept and, also, brings constant fear for most people as to its proximity. The Living Will is an example of this fear rooted in Brazilian view, which generated a lot of debate about this institute. From the initial considerations, this article aims to expose the regulatory gap about the living will in Brazil, as well a brief analysis about it. Because of this legislative environment, the judiciary had to make a position regarding the CFM Resolution Nr. 1995/2012 and, in other case, the Living Will itself, which establishes the legality of advances directives of will. Before the whole issue, its necessary work about the relation between Living Will for the achievement of Human Dignity and, consequently, of right to personal freedom and privacy through autonomy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Patients rights, Autonomy, Living will, Cfm resolution nr. 1995/2012, Judicial recognition

1. INTRODUÇÃO

A tradição civilista dá importância, via de regra, à manifestação volitiva do indivíduo capaz. Diante dessa conjuntura liberal, pode-se dispor e realizar diversos outros atos de modo a contrair direitos e obrigações. Assim, o sujeito tem a opção de, por exemplo, contratar e testar livremente, desde que presentes os requisitos mínimos impostos pela lei.

Através da consolidação da Constituição Federal de 1988 no Brasil, cujo foco está nos direitos sociais, ocorreu o fenômeno que se denominou na literatura jurídica como a "publicização" do direito privado ou, ainda, a constitucionalização do Direito Civil. Na escala normativa, têm-se a Carta Magna como a responsável por irradiar os limites de toda a sistemática jurídica do ordenamento, o que, consequentemente, implica na validade e eficácia das disposições, tanto legislativas, quanto intersubjetivas.

Assim, adicionou-se aos requisitos tradicionais de validade de disposição de livre vontade, como é o caso da capacidade dos sujeitos, diversos outros, podendo citar a necessidade de se levar em conta a função social e a Dignidade da Pessoa Humana. Com a ponderação principiológica, têm-se, de certa forma, a preservação indireta do indivíduo vulnerável por meio da manutenção social, visto que, mesmo tendo a consciência do que se realiza, o estado fático de desigualdade acaba por retirar a equidade das suas manifestações.

Concomitantemente, os avanços tecnológicos na área médica implicaram em alterações substanciais na relação entre o ser humano e o seu fim material. Com eles, houve o aumento da expectativa de vida, a medicalização do seu termo com a profissionalização dos tratamentos e da alteração do local da morte, além de novas formas de constatação deste evento. Pretende-se, com isso, viver mais e melhor, além de chegar ao fim da vida de forma mais natural e menos dolorosa possível.

Porém, não é isso o que ocorre em todos os casos. Ao mesmo tempo em que há os cuidados realizados por profissionais, pode ocorrer a manutenção da vida com tratamentos fúteis, em virtude de não haver mais a possibilidade de reversão do quadro de saúde do paciente. Presume-se que isso traga um sofrimento maior ao moribundo, bem como a todas as relações sociais que o envolve.

Portanto, escolher o tratamento adequado a determinado quadro clínico dispõe principalmente a decisão do próprio paciente o qual, em certas situações, não estará apto a realizá-la, tendo em vista a diminuição ou aniquilação de sua capacidade civil. Nessas circunstâncias, a provável escolha será a da família ou do médico, podendo não haver coincidência entre as vontades.

Diante disso, a sistemática jurídica brasileira importou da americana o "testamento vital", objeto do presente estudo. Entendê-lo através da análise de seus aspectos e ponderar acerca de sua validade/eficácia, tendo em vista a ausência de legislação específica em relação à temática, é imprescindível para a manutenção da garantia da liberdade individual, bem como da própria dignidade da pessoa humana. Para atingir este desiderato, foram utilizadas decisões judiciais, bem como referências bibliográficas.

2. A IMPRECISÃO TERMINOLÓGICA DA EXPRESSÃO "TESTAMENTO VITAL"

O testamento vital, também é conhecido por testamento biológico, testamento de vida, ou testamento do paciente. Trata-se de um documento, onde o juridicamente interessado ao assinar, declara a sua vontade (ou não) de submeter-se a determinados tipos de tratamentos médicos, o que deve ser observado em futuros casos em que se encontre impossibilitado de manifestar a sua vontade, de forma inconsciente, como por exemplo, aquele paciente em coma. (GODINHO, 2012).

> A declaração prévia de vontade do paciente terminal é um documento escrito por uma pessoa capaz, no pleno exercício de suas capacidades, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade, acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido quando estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, diante de uma situação de terminalidade. (DADALTO, 2013).

Observa-se que este instrumento é uma vitória quando se trata da dignidade humana do paciente, existindo a situação na qual este, em muitos casos, já não suporta sofrer ao se

encontrar em padecimento contínuo preso a uma cama de hospital, esperando a chegada de seu fim de forma lenta e dolorosa. Fora o desgaste daqueles que o cercam, de uma família toda envolvida material e emocionalmente, sabendo que geralmente a morte naquele caso é inevitável. Conforme ressalta Philippe Ariès (2013, p. 224-225), o padecimento se torna um tabu e, por conseguinte, é motivo de rechaço, substituindo o sexo como assunto "proibido" no cotidiano.

Acontece que, no Brasil, a população não está preparada para aceitar a limitação da vida, gerando um estigma sobre a palavra *morte*, demonstrado pela baixa procura de seguros de vida, testamentos e outros institutos que *prepara*m para o fim da vida. Isso justifica a polêmica nos tribunais brasileiros, em que a justiça se encontra numa balança: dividida entre uma sociedade com medo da morte e o avanço tecnológico da medicina.

Cabe detalhar de forma concisa a origem do instituto. A primeira vez que a ideia apareceu na literatura jurídica foi no ano de 1969, quando Luis Kutner, em artigo intitulado *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal* (KUTNER, 1969), intentou a criação de um documento específico na tentativa de garantir o eventual desejo de tratamento pelo próprio paciente, quando este esteja incapacitado de manifestá-la. Todavia, de antemão já estabeleceu a necessidade de, no momento da exteriorização volitiva, se encontrar em plena capacidade e, por conseguinte, aproximar-se da noção ideal de autonomia individual.

> O *testamento vital* pode apenas ser feito por uma pessoa que é capaz de dar consentimento sobre o próprio tratamento. O menor de idade, o institucionalizado ou o declarado incompetente não pode realizar esta declaração. O guardião não deve ser permitido a realizar a manifestação para o tutelado, nem os pais no interesse de seus filhos. Se o sujeito fizer um *testamento vital* e é subsequentemente declarado incompetente, o ato deve ser julgado para ser revogado. Todavia, essa revogação não irá se aplicar nos estados de incompetência resultantes das condições médicas que estão contempladas na confecção do testamento. (KUTNER, 1969. p. 552, tradução nossa, grifo no original).[1]

[1] Original: "A *living will* could only be made by a person who is capable of giving his consent to treatment. A person who is a minor, institutionalized, or adjudged incompetent could not make such a declaration. A guardian should not be permitted to make such a declaration on behalf of his ward nor a parent on behalf of his child. If an individual makes a *living will* and is subsequently adjudged incompetent, the *will* would be deemed to be revoked. However, this revocation would not apply where the state of incompetency resulted from the medical condition which was contemplated in making the declaration".

Esse documento, denominado pelo autor como *living will*, veio posteriormente a ser chamado no Brasil de "testamento vital". Alguns, como Godinho (2012), criticam a alcunha, tendo em vista a possibilidade de confusão com o instituto quase homônimo de direito sucessório, embora haja a diferença de ambos no que se refere, principalmente, ao momento da produção de efeitos. Em linhas gerais, enquanto o instituto do direito sucessório os produz *causa mortis* (DINIZ, 2013. p. 211), a eficácia da diretiva antecipada de vontade como um todo "não está condicionada (como o testamento) ao evento morte, mas sim à configuração de um estado de incapacidade psíquica, anterior ao óbito" (PEREIRA, 2007. p. 219).

Mesmo que não seja uma espécie do gênero testamentário, possui o termo em seu nome, o que causa arrepios a qualquer civilista, resultado da malfada tradução literal da palavra *will*, a qual significa, no sistema jurídico norte-americano, testamento. Assim, sem adentrar nas impropriedades no processo de vernacularização de *living*, há propostas para novas terminologias, de modo a afastar o uso de "testamento vital".

Uma das mais recentes proposições é "declaração prévia de vontade do paciente terminal" (DADALTO, 2013). Todavia, ponderações sobre a sua precisão também podem ser feitas, principalmente devido à limitação ao estado *in extremis* do indivíduo, deixando ausente outros quadros clínicos que também levam-no à incapacidade de manifestação. De qualquer forma, por mais que concordemos com a existência de uma tradução deficiente no caso, o instituto já se encontra abarcado juntamente com o mandato duradouro dentro das medidas antecipadas de vontade, o que já satisfaz os anseios terminológicos. É importante dizer que com toda a discussão em vão, há a perda, e muito, da razão de ser do instrumento, o qual não é a mera soma de suas partes (testamento e vital).

O Conselho Federal de Medicina (CFM), ao editar a Resolução CFM nº 1.931/2009, apenas tratou de forma geral as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, sendo omisso quanto a nomeá-las. De nossa parte, há uma preferência na manutenção de testamento vital, tendo em vista, apesar de toda a crítica exposta, a já consolidação deste termo, da mesma forma que a sua identificação é fácil, tornando pouco provável a confusão com o testamento tradicional.

Assim, já existente diversos outros problemas correlatos ao assunto (alguns serão expostos a seguir), torna-se descartável e inútil qualquer mudança terminológica, visto poder

acentuar a obscuridade acerca do instituto e, logicamente, a sua consolidação, tão importante para a garantia da autonomia individual e para o alcance da dignidade da pessoa humana.

3. O CONTEXTO DE AUTONOMIA E A SUA INFLUÊNCIA NA COMPOSIÇÃO DO INSTITUTO

Antes de qualquer procedimento mais incisivo, normalmente trazedor de riscos consideráveis à saúde, o profissional médico deve buscar o consentimento do indivíduo, de modo a garantir a vontade do paciente. Inclusive, é vedado ao médico, nos termos do art. 22 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/2009), deixar de obtê-lo, com exceção de situações de extrema urgência.[2]

Percebe-se, com isso, a tendência em considerar o próprio sujeito como sendo o responsável pela escolha dos procedimentos a serem realizados em seu corpo, de forma a respeitar sua decisão. Nesse processo, porém, é imprescindível a presença da capacidade.

Em determinadas situações rotineiras no cotidiano hospitalar, o sujeito se encontra em estado de incapacidade relativa ou absoluta, afetando o seu ato de julgar e, com isso, a presunção de que realizará a melhor escolha para si. Todavia, conforme nota Kutner, "quando ele está na condição na qual o consentimento não pode ser expressado, o médico deve assumir que o paciente deseja ser tratado no sentido de preservar a sua vida" (tradução livre).[3] Destarte, inclusive para se auto preservar e seguir os ditames éticos, o profissional médico busca a manutenção da vida.

Em tempos alhures, dificilmente haveria questionamentos acerca desta conduta, visto a própria natureza ser a determinante no termo vital. Entretanto, com os avanços tecnológicos na área da saúde, a divisão natural entre vida e morte tornou-se confusa, de modo a possibilitar a dúvida sobre os limites dos procedimentos e até quando de fato traria benefícios ao sujeito, uma vez que, na verdade, poderia provocar mais sofrimento e dor.

---

[2] "É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. "

[3] Original: "[...] when he is in a condition in which his consent cannot be expressed, the physician must assume that the patient wishes to be treated to preserve his life."

> "A essa percepção se acrescenta que a abertura ou criação de Unidades de Tratamento Intensivos gerou grandes temores entre a população, pois nelas se podem manter os pacientes com vida artificial [...] mas também geram preocupações, medos e dúvidas ligadas ao conhecimento do imenso poder da medicina e da tecnologia que pode curar o corpo do enfermo, mas também prolongam a morte de forma desnecessária (...)" (CAMBRÓN INFANTE, 2002. tradução nossa) ".[4]

Diante desse cenário de temor perante a invalidez ou, ainda, de permanência em vida de forma artificial e em estado vegetativo, da mesma forma em relação a obscuridade em relação ao poder do médico, que pode ser movido por interesses financeiros, conforme alertou Kutner, deu-se a prevalência do direito de liberdade de escolha do paciente, bem como do direito de privacidade individual e da inviolabilidade corporal, que motivaram a criação do testamento vital.

Ademais, de modo a afastar qualquer paternalismo na questão, a dignidade da pessoa humana vem a sustentar tal tese. Embora abertura semântica permita a sua instrumentalização por correntes interpretativas antônimas, não se pode olvidar a influência kantiana em sua formação, principalmente quanto a tratar um ser humano como fim em si próprio, e não apenas como como meio a consecução de outros interesses (KANT, 2007. p. 68).

Para ele, a autonomia individual consagra o indivíduo para que busque o imperativo categórico, de modo a ser o legislador de si e, também, adequar a sua conduta conforme o pressuposto universal encontrado com base na razão. É por este motivo a possibilidade de dotar o ser humano de dignidade e não de valor, ao se levar em conta a existência do reino dos fins, cujo significado reside na "ligação sistemática de vários seres racionais por leis comuns", estas criadas pela união das duas dimensões (autonomia e fim em si mesmo) do princípio moral proposto por Kant.

> Ambas as partes deste princípio são essenciais. As decisões morais devem ser feitas pela pessoa e não por terceiros, mesmo por Deus, mas também devem ser decisões que poderiam ser feitas e realizadas por todos consistentemente, ao invés de produtos de uma visão pessoal da realidade, como na autonomia pós-moderna (...)

[4] Original: "A esta percepción se añade que la apertura o creación de las Unidades de Cuidados Intensivos, ha generado grandes temores entre la población, en tanto en ellas se puede mantener a los pacientes con vida <<artificial>> [...] Mas también subyacen preocupaciones, miedos y reticencias ligadas al conocimiento del inmenso poder de la medicina y la tecnología que si bien pueden sanar al cuerpo enfermo, también prolongan la muerte de forma innecesaria (...)".

> por possuírem autonomia, os seres humanos possuem dignidade ao invés de preço. (KILNER, 2003. p. 1195. Tradução nossa).[5]

Assim, a autonomia individual deve estar presente na manifestação consolidada em um documento no sentido positivo ou negativo quanto a realizar (ou não) determinados tratamentos médicos, com o intuito de resguardar que tais escolhas sejam obedecidas. Consagra-se, pois, os interesses do sujeito, cuja capacidade o permite estar livre de eventuais vícios volitivos.

> Diante da validade das manifestações de vontade dirigidas para o futuro, entendemos que o testamento vital é o instrumento garantidor da autonomia do paciente terminal, pois assegura a este que sua morte ocorra de forma coerente com os valores que elegeu como prioritários para guiar a vida: trata-se do autogoverno da vida e da morte. (TEIXEIRA; PENALVA, 2010).

Esta posição é ainda reforçada pela ausência de ilegalidade patente em uma simples declaração de vontade, que é ato unilateral protegido, inclusive, pela lei, conforme disposto no art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002).[6] Logicamente, não se permitirá a inclusão de termos que contenham algum item contrário ao ordenamento jurídico e, muito menos, entrará em esferas alheias ao próprio querer de quem o fez.

Enfim, desde que presentes os pressupostos de validade, nada impede o sujeito de definir sobre seu próprio tratamento médico de forma antecipada, o que se coaduna com os ditames constitucionais. O maior problema, todavia, reside justamente nesses pressupostos, mais especificamente no que se refere ao objeto do instrumento, o qual diz respeito à saúde como um todo[7], levando a implicações, de alguma forma, na vida do sujeito, seja para a sua manutenção ou disposição.

---

[5] Original: "Both parts of this principle are essential. Moral decisions must be self-made rather than imposed by others, even by God, but they also must be decisions that could be made consistently and acted on by everyone rather than products of an individual's personal view of reality, as in postmodern autonomy (…) because they have autonomy, human beings have dignity, as opposed to price (…)."

[6] "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita e não defesa em lei. "

[7] Vale ressaltar que a OMS, desde 1946, define o termo saúde como "o estado de completo bem-estar físico e social, e não apenas na ausência de doença ou enfermidade" (Organização Mundial da Saúde. *Constituição*

Diante da lacuna existente no ordenamento jurídico nacional em relação a disciplina específica do testamento vital, o que poderia tornar mais claro os paradigmas do instituto e, consequentemente, reduzir a sua judicialização, resta-nos, neste trabalho, o qual não irá entrar em hipóteses futuras e muito menos oferecer soluções pessoais, refletir sobre o pouco já produzido no Brasil.

4. A RESOLUÇÃO CFM Nº 1995/2012 E AS NOVAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS

A primeira tentativa "oficial" de disciplinar o testamento vital se encontra na Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 1995/2012, a qual dispõe acerca das diretivas antecipadas de vontade de forma genérica. Já na sua fundamentação, explicita a ausência de legislação nacional acerca do assunto, destacando também a importância de se respeitar a decisão do paciente, da mesma forma que há a necessidade de estabelecer os parâmetros deontológicos da conduta médica (CFM, 2012).

O art. 1º define o que seriam as diretivas antecipadas. Elas representam "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 a sua vontade" (CFM, 2012). Além do testamento vital, há nessa conceituação a ideia de mandato duradouro, que nada mais é do que a designação de um responsável pelo paciente para decidir sobre os tratamentos médicos quando estiver incapacitado (GODINHO, 2012).

A regra presente no documento está na primazia da vontade do paciente, o qual poderá escolher sobre os tratamentos que deseja ser ou não submetido (art. 2º, *caput*). E o médico deverá cumprir os termos, mesmo que contrários ao seu parecer e aos desejos dos familiares (art. 2º, § 3º), com exceção de quando contrários aos preceitos de ética vinculados ao exercício da profissão (art. 2º, §2º).

Mundial da Saúde de 22 de Julho de 1946). Assim, o termo é utilizado neste momento do trabalho de forma a ampliar o conceito na sua esfera máxima.

Interessante ressaltar que não exige qualquer formalidade na confecção do instrumento, podendo a manifestação ser realizada diretamente ao médico, que registrará em seu prontuário (art. 4º).

O Ministério Público Federal (MPF) ingressou com uma ação civil pública com pedido de antecipação de tutela (MPF, 2012) objetivando a declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade desta resolução. Em suas razões, dentre outras, há uma pertinente para o presente trabalho.

Primeiramente, o *parquet* argumenta no sentido da possibilidade de inclusão da ortotanásia no instrumento, mesmo que não tenha sido expressada na resolução. Como dito acima, a questão do objeto a ser abarcado é deveras problemática, ainda mais quando ocorre remissão à morte digna. E, ainda, o representante do MPF argumenta que o CFM estaria exercendo poder regulamentar, fora de sua competência (MPF, 2012).

Em decisão interlocutória, o magistrado indeferiu a antecipação de tutela, tendo em vista a não extrapolação da competência por parte do Conselho, e a resolução objeto da lide apenas ter regulamentado "a conduta ética médica perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não na hipótese de encontrar em estado terminal e irremediável" (BRASIL, 2013).

Em 21 de fevereiro de 2014 veio a sentença. Algumas partes merecem ser expostas. Nas razões decisórias, o juiz federal substituto Eduardo Pereira da Silva, de início, afirma que a resolução não se restringe à opção pela ortotanásia, mas a qualquer paciente que deseja antecipar a sua vontade, tornando-a concreta quando estiver incapaz (BRASIL, 2014).

Ademais, afirma ser "de todo desejável que tal questão venha a ser tratada pelo legislador, inclusive de forma a fixar requisitos atinentes a capacidade para fazer a declaração, sua forma, modo de revogação e eficácia" (BRASIL, 2014). Assiste toda razão ao magistrado que, basicamente observa o que temos dito durante esta pesquisa, a obscuridade causada pela lacuna legislativa.

E, também, para ele, mesmo sem lei específica, "as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico. E o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº 3.268/57", uma vez

que se restringe apenas na relação “ético-disciplinar” entre os Conselhos e seus afiliados. (BRASIL, 2014).

No sentido jurídico, a decisão sobre o assunto é de extrema relevância. Através dela, o magistrado não apenas indica a validade da resolução, como também dá contornos, mesmo que breves, ao testamento vital. Com destreza, esquivou-se das questões bioéticas de grande celeuma, como é o caso da ortotanásia, limitando-se a declarar a validade do ato do Conselho.

Assim, embora não tenha desenvolvido o assunto pelo fato de não ser o objeto central da lide, realizou a interpretação de modo a validar o testamento vital nos termos da resolução, que nada fere o ordenamento jurídico, muito pelo contrário.

Há ainda uma decisão paradigmática, tocante ao assunto da exteriorização de vontade do paciente, sendo o precursor de tal feito, o Tribunal de Justiça do RS, como se pode observar na ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013). (TJ-RS, 2013).

A decisão acima proferida em 2013 trata do controverso pedido de um senhor idoso, que não queria se submeter à amputação de seu pé, procedimento este que seria feito para salvar a sua vida e deter o tumor que crescia e se espalhava. Na figura do apelante estava o

Ministério Público, que procurado pelo médico do paciente, para obrigá-lo a submetê-lo aos tratamentos necessários a fim de garantir a sua vida.

No acórdão, o relator do processo conduz o argumento de forma magistral, no que tange ao debate da dignidade humana *versus* vida. Ele afirma que o direito à vida não é algo absoluto com relação a seu titular, e que este deve ser enfrentando junto à dignidade humana, que também figura no rol dos princípios fundamentais para a Magna Carta. Tanto que como alude, a tentativa de suicídio não é passível de condenação criminal.

È de elementar importância a referência que o magistrado faz em seu voto, aos novos conceitos da bioética, em que coloca o significado e diferencia os institutos da eutanásia, ortotanásia e distanásia. O caso em tela diz respeito à ortotanásia, onde em suma, se recusa a submeter-se ao ato cirúrgico mutilatório, mesmo que para salvar a sua vida. O relator salienta que mesmo que vise um ato nobre que é a vida humana, o Estado não pode invadir à esfera da autonomia da vontade do paciente.

O magistrado ainda afirma que tentar submeter o paciente aos procedimentos médicos não autorizados por ele, pode gerar consequências na esfera criminal, caracterizando lesão corporal, cárcere privado e constrangimento ilegal. O paciente tem o direito de, após receber as devidas instruções e esclarecimentos sobre o seu caso, decidir sobre o que acredita ser melhor para si.

Diante de todos esses argumentos, por unanimidade, a Primeira Câmara Cível não deu provimento à apelação movida pelo Ministério Público, o que configura um êxito e uma decisão paradigmática sobre a vontade e autonomia do paciente, mesmo que com risco de vida.

5. CONCLUSÃO

Diante do contexto tecnológico, de franca expansão diária, a tendência em relação ao aumento das discussões que envolvem assuntos referentes a bioética é latente. E nada mais justo incluir o testamento vital nesse contexto, afinal, ele representa uma das expressões máximas de autonomia do indivíduo sujeito a tratamentos médicos, visto a garantir as suas

vontades positivas e negativas quanto a estes, expressados de antemão ao estado de incapacidade.

Mesmo que o jurista trabalhe diretamente com a palavra e seu perfeccionismo em relação ao trato delas seja característica importante, ater-se a erros de tradução, assim como oferecer outras nomenclaturas, ao menos neste momento, apenas procrastina e insere o inútil ao debate, o qual se localiza em conjecturas mais complexas e importantes.

A lógica do ordenamento jurídico brasileiro permite uma interpretação sistêmica, visando primordialmente a sua coesão. Não diferente é a situação do testamento vital, a qual exige a comunhão tanto das visões constitucionais e civilistas, de modo realizar a interpretação principiológica, tendo em vista a ausência legislativa específica a este instituto.

Cumpre salientar que, neste caso, haverá o resguardo tanto da autonomia individual quanto da heteronomia, tendo ambos a confluência de garantir os direitos humanos presentes na Constituição Federal.

Destarte, mesmo havendo lacuna normativa, não pode o intérprete deixar de oferecer soluções para o fato concreto da sociedade e, foi desta forma procedida na decisão do processo que decretou válida a Resolução CFM nº 1995/2012. Em sentido igual, foi o reconhecimento da diretiva antecipada de vontade realizada pela advogada Rosana Chiavassa, divulgada recentemente (CAMBRICOLLI, 2015). O respeito à vontade do paciente manifestada de forma prévia passa, com isso, da prática cotidiana para o reconhecimento pelo Poder Judiciário, embora com certa timidez.

Observa-se que, desde a regulamentação do instituto, o número de testamentos vitais cresceu cerca de 690%, segundo levantamento do Colégio Notarial do Brasil. Este dado demonstra a preocupação das pessoas em não se submeterem a certos tipos de tratamentos, o que também indica um avanço quanto a forma dos brasileiros aceitarem a morte, preparando-se para futuras e incertas intervenções médicas. (IBDFAM, 2015).

Conquanto não existam leis que tratam do ato jurídico *lato sensu*, resta ao legislador definir melhor os termos do testamento vital e do mandato duradouro, de forma a consolidar o instituto e, consequentemente, reduzir os possíveis casos de judicialização, cuja solução demorada é prejudicial para o direito à liberdade e à privacidade.

As decisões recentes em âmbito judicial, no Brasil, representam um avanço na estabilização do instituto, muito embora, como se saiba, ainda exista lacunas a serem suprimidas pelo Poder Legislativo. Até lá, o cenário é gris, de forma a permanecer as dúvidas perante os termos do instrumento. Ainda que no paradigma global as fontes sejam esparsas, não mais havendo a necessária correspondência com o comando normativo estatal, este é importante para se evitar a judicialização e, por conseguinte, garantir a dignidade da pessoa humana aos indivíduos com estado de saúde crítico e sem capacidade para manifestar a vontade. Mesmo com o afastamento do positivismo, é importante a consubstanciação nos textos legais.

Os meios para alcançar os fins preconizados na Constituição existem, resta, porém, a vontade do legislador para se afastar de possíveis juízos de valores de égide solipsista, o que ocasiona a corrupção do verdadeiro sentido. Assim, resta evidente a importância de se reconhecer legalmente o testamento vital, bem como o mandato duradouro, ambos incluídos na noção de medida antecipada da vontade, como garantias dos direitos fundamentais, sobretudo àqueles referentes à vida e à liberdade.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. *História da Morte no Ocidente*. Trad. Priscila Viana de Siqueira. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no D.O.U. em 11 de Janeiro de 2002.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás. Decisão interlocutória em antecipação de tutela de ação civil pública. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500/7100. Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina. Julgador: Juiz Federal Jesus Crisóstomo de Almeida. DJe, 02/05/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás. Sentença em ação civil pública. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500/7100. Ministério Público Federal e Conselho Federal de Medicina. Julgador: Juiz Federal Substituto Eduardo Pereira da Silva. DJe 02/04/2014.

CAMBRICOLLI, Fabiana. Justiça autoriza advogada a ter morte digna. O Estado de São Paulo, São Paulo, 24 de Janeiro de 2015. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-autoriza-advogada-a-ter-morte-digna,1624407>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

CAMBRÓN INFANTE, Ascención. ¿Existe um Derecho a Morir? Aproximación al tema de la muerte? *In: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, N. 6, La Coruña, Espanha, 2002. p. 223-236.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Aprova o Código de Ética Médica. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Publicada no D.O.U de 24 de setembro de 2009, Seção I, p.90. Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p. 173.

_____.. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Resolução nº 1.995, de 09 de agosto de 2012. Publicada no D.O.U de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-270.

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 de Bioética y Derecho*. Núm. 28. 2013. Barcelona, Espanha. p. 61-71.

GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua Admissibilidade no Ordenamento Brasileiro. *In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano I, nº 2. Lisboa, Portugal. 2012. p. 945-978.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: *direito das sucessões*. Vol. 6. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211.

IBDFAM. Após regulamentação, cresce 690% o número de testamentos vitais lavrados no Brasil. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/noticias/5717 >. Acesso em: 23 ago. 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

KILNER, John F. Human Dignity. *In:* POST, Stephen (org.). *Encyclopedia of Bioethics.* 3 ed. New York, Estados Unidos: Macmillian Publishers, 2003. p. 1193-1200.

KUTNER, L. Due Process of Euthanasia: The living will, a proposal. *In: Indiana Law Journal*.

Ministério Público Federal. Autos nº 1.18.001881/2012-38. Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/inicial-ACP-testamento-vital.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito das sucessões.* Vol. VI. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 219.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde*, de 22 de Julho de 1946. Disponível em: <http://apps.who.int/gp/DGNP/pdf_files/constitution-en.pdf>. Acesso em 24 de Agosto de 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e Autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A; BARBOZA, H. H. (Org). Vida, Morte e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 57-82.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJ-RS). AC: 70054988266 RS, Relator: Des. Irineu Mariani, Data de Julgamento. 20/11/2013, Primeira Câmara Cível, Publicado em 27/11/2013.