

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS
DIREITO
CAROLINA REIS DE FIGUEIREDO

AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Três Pontas
2015

CAROLINA REIS DE FIGUEIREDO

**AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade
Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para
obtenção do grau de bacharel em direito, sob orientação
do Prof. Me. Paulo Henrique Reis de Mattos.

**Três Pontas
2015**

CAROLINA REIS DE FIGUEIREDO

**AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Carolina Reis de Figueiredo

Aprovada em ____/____/____

Prof. Me. Paulo Henrique Reis de Mattos.

Prof. Me. Leiner Marchetti Pereira.

Profa. Esp. Ana Flávia Penido.

OBS.:

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, consagro este trabalho de conclusão de curso a Deus, pela força e coragem que me proporcionou durante toda esta longa caminhada.

Dedico também, aos meus amigos e familiares, sobretudo a minha mãe Ana Lúcia, ao meu pai Carlos José, ao meu irmão Gustavo e a minha madrinha Teresa Maria por acreditarem e investirem em mim.

Dessa forma, é a todos vocês, que ofereço esse êxito com o mais profundo respeito e reconhecimento.

AGRADECIMENTOS

Dizer obrigada é pouco para um sentimento que, grafado ou verbalmente, com dificuldade seria traduzido, entretanto, aproveito este momento para expressar minha gratidão a Deus, aos meus mestres do curso de Direito da FATEPS, profissionais incríveis com os quais pude conviver, bem como aos amigos e familiares, principalmente, aos meus pais e irmão, pessoas especiais por essência, responsáveis pelo incentivo nas horas de desânimo, pelo consolo nos momentos de tristeza e por sempre me encorajar a continuar e dessa forma vencer.

Sempre me sinto feliz, sabes por quê? Porque não espero nada de ninguém. Esperar sempre dói. Os problemas não são eternos, sempre tem solução. O único que não se resolve é a morte. A vida é curta, por isso ame-a! Viva intensamente e recorde: Antes de falar... escute! Antes de escrever... pense! Antes de criticar... examine! Antes de ferir... sinta! Antes de orar... perdoe! Antes de gastar... ganhe! Antes de render... tente de novo! Antes de morrer... viva! (SHAKESPEARE, 2015)

RESUMO

O corrente trabalho tem como escopo demonstrar a importância das Diretivas Antecipadas de Vontade, na modalidade Testamento Vital, como meio para se defender a possibilidade do indivíduo em si mesmo definir como será o desfecho de sua vida, caso esteja seriamente doente e sem meios de expressar suas vontades. Assim, visa destacar que tal instituto tem como função resguardar os direitos das pessoas diretamente envolvidas, sejam o paciente ou o médico, motivando a atuação do legislador, do magistrado, dos familiares e do médico, a fim de que seja preservado o desejo pessoal do enfermo, para que possa por si mesmo agir segundo seus intrínsecos valores, principalmente em questões tangentes a própria saúde.

Palavras-chave: Autonomia Privada. Dignidade da Pessoa Humana. Ortotanásia. Diretivas Antecipadas de Vontade. Testamento Vital.

ABSTRACT

The current work has the objective to demonstrate the importance of Directives Anteparas Will, in the form Living Will, as a means to defend the possibility of the individual in itself set to be the outcome of your life if you are seriously ill and no means of expressing their will. Thus aims to highlight that this institute function is to protect the rights of the people directly involved, either the patient or the doctor, motivating the actions of the legislature, the magistrate, the family and the physician in order to be preserved desire sick staff, so they can in itself act according to their intrinsic values, especially in tangential issues their health.

Keywords: Private Autonomy. Dignity of Human Person. Orthothanasia. Advance Directives Will. Living Will.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 AUTONOMIA PRIVADA	11
2.1 Aplicação do princípio da autonomia privada no direito brasileiro	12
2.2 Autonomia privada nas situações de fim da vida	14
2.2.1 Terminalidade.....	15
2.2.2 Estado vegetativo persistente.....	16
2.2.3 Doenças crônicas incuráveis.....	16
2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana à luz da constituição de 1988	17
3 CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	19
3.1 Consentimento livre e esclarecido	19
3.1.1 Eutanásia, ortotanásia, distanásia, e suicídio assistido.....	20
3.2 Diretivas antecipadas de vontade	22
3.2.1 Mandato duradouro.....	22
3.2.2 Testamento Vital	23
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	26
5 TESTAMENTO VITAL – EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS	31
5.1 Experiências norte-americanas	31
5.2 Experiências portuguesas	32
6 TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	34
6.1 Conceito, validade e eficácia	34
6.1.1 Resolução nº 1.805/2006 do conselho federal de medicina.....	34
6.1.2 Resolução nº 1.995/2012 do conselho federal de medicina.....	47
7 CONCLUSÃO	43
8 REFERÊNCIAS	45
9 ANEXO	47

INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo onde se vive, os avanços tecnológicos fazem parte da evolução humana, sobretudo no que tange a medicina moderna. Entretanto, nas últimas décadas esses avanços se tornaram tão acentuados que passaram a suscitar quais seriam os limites do corpo humano e até que ponto eles devem ser respeitados.

Assim, se torna imperioso elucidar a relevância dos valores intrínsecos da pessoa humana, máxime a vida e a saúde, recorrendo à autonomia privada e à liberdade, bem como ao direito de dispor sobre o próprio corpo, enaltecendo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como vetor máximo interpretativo de nossa hermenêutica constitucional.

Dessa foram, o indivíduo não deve ser defendido apenas em seu patrimônio, ou seja, pelas coisas materiais que possua, mas, sobretudo em sua essência, por isso se torna tão importante respeitar os direitos da personalidade, até porque, nos termos do artigo 11 do Código Civil de 2002, eles são absolutos, gerais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, e vitalícios.

Diante do supramencionado, percebe-se que as situações jurídicas existenciais dentre as quais o direito de dispor sobre próprio corpo, bem como o direito de morrer, precisam ser tratadas com maior seriedade e ganhar no ordenamento jurídico brasileiro uma guarida efetiva.

Nesse diapasão se faz imperioso destacar o instituto do testamento vital, o qual garante àqueles que o confeccionam a certeza de um tratamento humanizado e digno, ou seja, trata-se de um negócio jurídico por meio do qual, pessoas que estiverem passando por doenças consideradas graves ou impossibilitadas de manifestarem livremente suas vontades poderão deixar claro a quais tratamentos ou procedimento se desejam submeter.

Entretanto, é preciso salientar que mesmo existindo, no sistema jurídico brasileiro, várias formas de testamentos, negócios jurídicos unilaterais cujos efeitos se produzem após a morte, diminutamente se aborda sobre o instituto supramencionado, o qual, destaca-se, produz efeito antes da morte do testador.

Diante da carência legal, jurisprudencial e doutrinária sobre o testamento vital no país, o presente trabalho traz à baila a necessidade de se permitir a cada um dispor sobre sua própria vida em casos de doenças terminais, por meio de um documento jurídico válido como garantia de um tratamento digno, e para tanto, baseia-se nos fundamentos e legislações dos lugares onde este instituto é legalmente tratado e positivado, sobretudo em Portugal.

Em seguida, é preciso tratar dos tipos de tratamento que podem ser dispensados ou não, fazendo um paralelo entre a eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido, discorrendo sobre a responsabilidade civil e criminal do médico em relação ao tema, deixando claro que, o testamento vital direcionará o profissional da saúde e sua equipe, para que empreguem o tratamento e cuidados previamente escolhidos pelo próprio paciente e fiquem resguardados de eventuais demandas.

Por fim, verificar a validade do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), principalmente a de nº 1.995/12, os princípios constitucionais e suas implicações na proteção da autonomia da vontade dos doentes, frente à ausência de leis específicas sobre o assunto, e, assim, resguardar a dignidade e autodeterminação no momento da morte do enfermo, com a certeza de que esta será respeitada.

2 AUTONOMIA PRIVADA

Autonomia é um termo de origem grega cujo significado está correlato com independência, liberdade ou autossuficiência.

Nesse sentido, a Autonomia Privada traz como fundamento a liberdade de escolha do indivíduo em conduzir sua vida da melhor maneira que lhe convier.

Para que se possa melhor compreender tal instituto, imperioso se faz lembrar que este ganhou forças no século XIX e início do século XX, período de grandes movimentos sociais, os quais forçaram o Estado a interferir ao mínimo na individualidade de cada pessoa.

Entretanto, essa autonomia privada não é absoluta, pois sofre os seguintes condicionamentos:

a) da Lei – manifestação maior do poder estatal que interfere no âmbito da autonomia privada, posto sem aniquilá-la, para salvaguardar o bem geral;

b) da Moral – trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa;

c) da Ordem Pública – também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia. (LUIZ DIEZ-PICAZO E ANTONIO GULLON, 1999 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 73)

Nesse diapasão, segundo Gagliano; Pamplona Filho (2013, p. 74), “essas limitações não significam, como se disse, aniquilação da autonomia privada, pois, sem esta, as relações de direito privado se esgotariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso.”

Posto isso, a autonomia privada precisa ser analisada em conjunto com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana advindo da égide do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o reconhecimento da autonomia privada do indivíduo importa no reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Assim, ensina Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem dentre outros aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (MORAES, 2007, p. 46).

Portanto, essa necessidade de analisar a autonomia privada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana se mostra necessária para entender que independência não é autossuficiência, mas sim, um liame consigo mesmo e com as demais pessoas que circundam a vida ao seu redor.

2.1 Aplicação do princípio da autonomia privada no direito brasileiro

Em um primeiro momento se faz mister distinguir regras de direitos fundamentais, em que regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, e, portanto, comportam exceções, (DWORKIN, 2002 *apud* DADALTO, 2015, p. 18), ou seja, se os fatos que uma regra determina ocorrerem, então ela será válida e aceita, se não, ela não será válida e não deverá ser aceita. Logo, uma regra pode ser mais importante do que outra levando em conta o papel que produz, se mais relevante, prevalecerá, o que acaba por admitir exceção, quando duas regras se conflitam e uma se sobrepõe a outra em virtude de seu maior peso; enquanto “direitos fundamentais são os bens jurídicos em si mesmos considerados, declarados como tais nos textos constitucionais” (PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p.100), o que significa ser uma exigência de justiça e equidade.

Assim sendo, aborda-se o estudo do princípio da autonomia privada, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, a fim de demonstrar sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

A Carta Magna promulgada na data de 5 de outubro de 1988, instituiu no Brasil, o Estado Democrático de Direito no *caput* de seu artigo primeiro, inciso III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, 1998).

Na sequência, o artigo 5º da Lei Maior descreve sobre o direito à vida, devendo este ser entendido como essência da dignidade da pessoa humana, compreendendo o direito a uma existência digna e sem sofrimento.

Nesta esteira é possível dizer que o indivíduo passa a integrar a Constituição da República a qual visa proteger os interesses difusos por meio de normas públicas e as liberdades individuais mediante normas privadas, garantindo a coexistência de ambas.

Sob esta perspectiva, os projetos individuais de vida são expressão da autonomia privada a qual deve estar de acordo com a ordem pública e permeada pela dignidade da pessoa humana, isso significa dizer que a autonomia privada não é o poder de o indivíduo

fazer tudo aquilo que lhe der vontade, mas sim, de ter o direito de viver de acordo com seu próprio conceito e de buscar tal objetivo sem ultrapassar o interesse da coletividade. (DADALTO, 2015)

Desta feita, torna-se imperioso trazer a baila o conceito de situação jurídica, o qual na visão de Luciana Dadalto se revela como “aquela que se baseia no momento histórico da sociedade, nas situações fáticas escolhidas pela sociedade, em determinada época, como caras e merecedoras de proteção jurídica.” (DADALTO, 2015, p. 21).

Logo, as situações jurídicas podem ser fracionadas em patrimoniais (situações obrigacionais, contratuais) e existências (situações decorrentes dos direitos da personalidade do direito de família e em certos aspectos do direito das sucessões). (DADALTO, 2015).

No ordenamento jurídico brasileiro, as disposições patrimoniais foram demasiadamente atingidas pelo princípio da autonomia da vontade em que se expressa o individualismo, sinônimo de liberdade negocial, entretanto sob a égide do estado Democrático de Direito, o qual visa à satisfação do coletivo, bazilado pela boa-fé.

Já, no que tange as disposições existenciais, é justificável dizer que ganharam prestígio na legislação brasileira com a elaboração da Constituição da Republica de 1.988, a qual tutela de forma evidente e prioritária o Principio da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante do supramencionado, a autonomia privada não mais esta fundada e presa em situações patrimoniais, mas também em situações não patrimoniais:

[...] a autonomia privada assume novas dimensões, como a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não matrimonial, monoparental, etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade sócio-afetiva do que para paternidade apenas biológica, a união homoafetiva, entre outros. (LIMA, 2004, *apud* DADALTO, 2015, p. 24).

Dessa forma, o indivíduo não deve ser defendido apenas em seu patrimônio, ou seja, pelas coisas materiais que possua, mas, sobretudo em sua essência, daí surge a necessidade de demonstrar os direitos da personalidade provenientes, principalmente, da mudança axiológica de nossa Carta Magna, saindo de um perfil extremamente patrimonial, para um que se preocupa consubstancialmente com os seres humanos.

Nesse ínterim, conceituam-se direitos da personalidade como “aqueles que têm por objetivo atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p.180). E, diante de sua peculiaridade possui características que os colocam em uma posição singular dentro do ordenamento jurídico

brasileiro, pois são absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, e vitalícios, nos termos do artigo 11 do Código Civil de 2002.

Logo, o doente possui a faculdade de se recusar a certos tratamentos, justamente em função do direito à integridade física que lhe é inerente, direito este, derivado dos direitos da personalidade, confirmado pelo artigo 15 do Código Civil, o qual dispõe: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.”

Ademais, o artigo 5º da Constituição Cidadã protege a liberdade em todas as suas formas, assim, direito à liberdade consiste, na visão de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986) citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 209), na “faculdade de cada um decidir ou agir segundo sua própria determinação: Sua liberdade, ninguém a tolhia.” O que é confirmado pelo brocardo latino “*libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet nisi si quid vi aut jure prohibetur*” que significa que a “liberdade é a faculdade natural de fazer o que se deseja, desde que não haja proibição da força ou direito.”

Assim, vale salientar que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário desde 1.992, determina que os estados se comprometam a assegurar e resguardar os direitos da personalidade.

Por fim, percebe-se que as situações jurídicas existenciais, dentre as quais o direito de dispor sobre próprio corpo, bem como o direito de morrer, ganharam na legislação brasileira, sobretudo, após a Constituição de 1.988 e a entrada em vigor do Código Civil de 2.002, guarida no princípio da autonomia privada, que atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, possibilita a livre iniciativa (escolha) como um direito pessoal e válido em nosso país.

2.2 Autonomia privada nas situações de fim da vida

Nesse ponto, passa-se ao estudo específico da autonomia privada dos pacientes em fim de vida, e para tanto se faz mister trazer a baila as palavras do sábio Dialuas Costa Ribiero:

Se qualquer um pode tirar a vida de um homem, mas ninguém pode lhe tirar a morte, porque todos os caminhos nos levam a ela, eis a pergunta a ser respondida: há um direito fundamental a imortalidade? Se a resposta for sim, devemos criar todos os mecanismos possíveis e impossíveis contra a morte. E os estamos criando. Se a resposta for não, dedemos compreender a morte como a única certeza da consciência

humana. Nesse caso, viver e morrer serão pedaços de uma mesma vida, um mesmo ser, uma mesma pessoa. Haveremos, pois, de respeitar o seu último direito: o direito à dignidade, à autonomia, à autodeterminação. (RIBEIRO, *apud* DADALTO, 2015, p. 7)

Diante do acima transcrito, percebe-se que até o momento, embora a busca seja constante, a única certeza que se tem nessa vida é a ocorrência da morte.

Nesse diapasão, se faz imperioso destacar o instituto do testamento vital, o qual garante àqueles que o confeccionam a certeza de um tratamento humanizado e digno, ou seja, trata-se de um negócio jurídico por meio do qual pessoas que estiverem passando por doenças consideradas graves, impossibilitadas de manifestarem livremente suas vontades poderão deixar claro a quais tratamentos ou procedimento se desejam submeter.

Logo, Luciana Dadalto, pioneira na pesquisa deste instituto no Brasil revela o seguinte:

Estudos recentes comprovam que os testamentos vitais não se aplicam apenas à situação de terminal idade, mas a todos os estágios clínicos que coloquem o paciente em situação de fim de vida. São estes: a doença terminal, o estado vegetativo persistente e doenças crônicas, especialmente a demência avançada. (DADALTO, 2015, p. 25)

Assim sendo, é preciso reconhecer, de maneira plena, a autonomia da vontade daqueles que estejam passando por situações como as acima descritas a fim garantir que sejam protagonistas de suas próprias decisões.

Depois do supramencionado, é demasiadamente importante distinguir as situações de fim da vida, e assim compreender melhor o campo de atuação do testamento vital.

2.2.1 Terminalidade

Sabe-se não há, na ciência médica, um conceito unido do que seja um paciente terminal. Para Knobel e Silva “paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo”. (KNOBEL e SILVA, 2004, *apud* DADALTO, 2015, p.28 e 29).

Nessa esteira, a terminalidade esta ligada a impossibilidade de cura aliada a proximidade da ocorrência do evento morte, daí o porquê de se discutir a autonomia privada daquele que está enfrentando doença terminal.

O doente terminal é, antes de mais nada, uma pessoa que não pode ver limitados arbitrariamente os seus direitos pelo simples facto de se encontrar doente, na fase

final de uma doença incurável no estado actual do conhecimento médico. Continua, portanto, não obstante a doença que lhe dá uma esperança de vida previsível de um ou dois meses, a ser titular dos direitos reconhecidos nas grandes declarações de direitos no plano do Direito Internacional [...]. (MELO, 2004, *apud* DADALTO, 2015, p. 30)

Portanto, o paciente terminal deve ter assegurado seu direito de morrer naturalmente, pois ele ainda está vivo e tem suas vontades as quais devem ser respeitadas e seguidas.

2.2.2 Estado Vegetativo Persistente

Essa situação de fim de vida tem como critérios de definição, a total ausência de consciência de si ou do ambiente circundante, a impossibilidade de interação com o próximo, a ausência de respostas sustentadas, reprodutíveis e voluntárias a estímulos visuais auditivos, táteis, o bloqueio em dormir e em se manter acordado, provocando problemas ora de insônia, ora de sonolência, bem como incontinência urinária e fecal. (DADALTO, 2015)

Neste contexto, o indivíduo que esteja em estado vegetativo persistente não está ligado a aparelhos, todavia, ele necessita de cuidados no que tange nutrição e hidratação, entretanto, vale ressaltar que não morrerá por sentir fome ou sede, e sim, por já não mais sentir essas vontades diante do estágio de incapacidade em que se encontra, motivo pelo qual faz parte do conjunto daqueles que estão no término de suas vivências.

2.2.3 Doenças Crônicas Incuráveis

É preciso ressaltar que as doenças crônicas incuráveis retiram do paciente a possibilidade de decidir livre e autonomamente sobre seu tratamento, podendo ser definidas, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), da seguinte forma:

São aquelas que têm uma ou mais das seguintes características: são permanentes, produzem incapacidade/deficiências residuais, são causadas por alterações patológicas irreversíveis, exigem uma formação especial do doente para a reabilitação, ou podem exigir longos períodos de supervisão, observação ou cuidados. (WORLD HEALTH ORGANIZATION¹, 2015)

Assim, para o presente trabalho, ressalta-se como doença crônica, a demência avançada caracterizada pelo declínio progressivo e global da memória, associada ao déficit de uma ou mais funções cognitivas, com uma intensidade que possa interferir no desempenho do indivíduo em sua vida. (DADALTO, 2015)

¹ Organização Mundial de Saúde.

Portanto, essa patologia incapacita o enfermo de tomar suas próprias decisões, ou seja, retira-lhe sua autonomia, fazendo parte das situações que colocam o paciente em fim de vida.

Helena Pereira de Melo elenca um conjunto de direitos do paciente em fim de vida que tem por objetivo assegurar a morte com dignidade. São eles:

Ser tratado como pessoa humana, de modo a não reduzir o paciente a sua doença; a não ser morto, direito que se baseia na proibição normativa da eutanásia; a não ser declarado morto antes de ter chegado a hora; a uma alimentação suficiente e equilibrada, com finalidade de atender às necessidades básicas do indivíduo; a não sofrer maus-tratos; a não ser sujeito a “encarniçamento terapêutico”, conhecido também como submissão a tratamentos fúteis; de não participar da realização de ensaios clínicos, aqui entendido como a faculdade de consentir em participar de pesquisas; à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde; a reconhecimento da sua capacidade de exercícios de direitos; a indicar pessoas que pretende que o represente; à liberdade; à autodeterminação sexual; a receber cuidados apropriados ao seu estado de saúde; à segurança, que corresponde ao direito de não ser submetido à má prática clínica; à assistência psicológica; ao respeito pelas suas convicções religiosas; a receber visitas; a apoio domiciliar; ao repouso e ao sossego, e por fim, o direito de ser acompanhado por pessoas de sua escolha. (MELLO, 2006, apud DADALTO, 2015, p. 50 e 51)

Diante do acima exposto, fica clara a importância da autonomia sob a ótica da dignidade da pessoa humana, como direito irrenunciável ao paciente terminal, para que se possa respeitar sua vontade em relação à conjuntura de insuficiência e incapacidade que enfrenta, garantindo a liberdade do indivíduo para escolher os métodos médicos que deseja para seu tratamento, bem como de ter uma morte, que ao seu ver, será digna.

Dessa forma, como o Brasil é um Estado Democrático de Direito, o qual deve preservar todas as formas lícitas de se viver, ou não a vida, o testamento vital entra como meio para que se concretize a dignidade e autodeterminação do paciente, a fim de se assegurar o cumprimento de sua vontade quanto aos tratamentos de saúde aos quais deseja ser submetido.

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana à luz da constituição de 1988

A dignidade da pessoa humana teve seu sentido compreendido historicamente, pois nunca houve uma época em que o homem esteve separado de sua dignidade (virtude), mesmo que ainda não a reconhecesse como um atributo inato da pessoa.

Nessa ótica, é necessário demonstrar o pensamento de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, que resumem a dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao estado, mas também, frente, aos demais indivíduos.

De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 94)

Dito isso, tem-se que a Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial.

É o que dispõe o artigo 1º, inciso III da Carta Cidadã:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Na feliz síntese de Alexandre de Moraes, “esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”. (PAULO e ALEXANDRINO, 2012, p. 94)

Dessa forma, foi a partir da Constituição da República de 1988 que os direitos fundamentais tiveram um avanço significativo e passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana, sendo vários os valores constitucionais que decorrem diretamente dessa ideia de dignidade, sobretudo o direito à vida, e pelo reverso da moeda, o direito à morte digna.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, o qual possibilita ao indivíduo o pleno desenvolvimento de sua personalidade e discricionariedade, de onde resulta sua valorização como pessoa humana.

3 CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

3.1 Consentimento livre e esclarecido

Consentimento, em uma visão ampla, significa dar permissão ou licença para que determinado ato seja praticado, ou seja, o consentimento ocorre quando existe uma livre vontade, e, dessa forma, seu conceito está totalmente atrelado ao de autonomia, já explanada em momento anterior.

Dito isso, pode-se adentrar na definição de consentimento livre e esclarecido, “espécie do gênero consentimento, cuja diretriz pressupõe que o indivíduo que consentirá na realização de um negócio jurídico seja autônomo e tenha o esclarecimento necessário sobre o negócio” (DADALTO, 2015, p. 59)

Sob esta ótica se faz mister esclarecer que o consentimento livre e esclarecido deriva do consentimento informado que se define como :

Um processo em que um médico concede informações a um paciente em relação a um possível tratamento ou procedimento. Se o paciente compreende as informações fornecidas e demonstra vontade de cumprir o tratamento, ele assina o documento, demonstrando assim o seu consentimento. (CONSENTIMENTO ASSISTIDO, 2015)

Logo, a partir do liberalismo, o indivíduo passou a ter consciência do direito à autodeterminação do próprio corpo, sendo consentimento informado um dever legal e moral do médico e um direito do paciente.

Nesse diapasão, é assegurado a todo cidadão o direito de acesso à informação, resguardando o sigilo profissional, aqui, com ênfase a informação médica, nos termos do artigo 5º, XIV da Carta Magna.

Diante da obrigação do médico em informar o enfermo sobre qual tratamento deverá ser submetido, doutrina contemporânea vem substituindo o termo consentimento informado pelo consentimento livre e esclarecido, senão veja-se:

[...] o ato de consentir tem que ser qualificado, ou seja, livre de qualquer ingerência externa capaz de viciar a decisão do paciente. [...] Os defensores desse consentimento qualificado entendem que sua validade não se atém a liberdade de escolha frente à informação e exigem que essa informação seja um esclarecimento pleno sobre todas as implicações inerentes ao tratamento. (MATOS, 2007, *apud* DADALTO, 2015, p.64)

Assim, não é suficiente apenas dizer a informação, é preciso que o sujeito seja devidamente esclarecido quanto a ela, ao ponto de demonstrar que a entendeu, o que não significa dizer que o médico não deve agir com cautela ao repassar a informação.

Sanchez, afirma que “o consentimento livre e esclarecido na relação médico-paciente é resultado da conversão do paciente em sujeito ativo, em ser autônomo capaz de decidir sobre questões que lhe concernem diretamente.” (SÁNCHEZ, 2003, *apud* DADALTO 2015, p. 68)

O Código de Ética Médica atual (2009) dispõe sobre o consentimento do paciente no capítulo IV, artigo 22, e capítulo XII, artigos 102 e 110 *in verbis*:

Capítulo IV- DIREITOS HUMANOS.

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Capítulo XII - ENSINO E PESQUISA MÉDICA.

É vedado ao médico:

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

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

Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado. (BRASIL, 2009)

Portanto, o consentimento livre e esclarecido na relação médico paciente é bem mais profundo do que simplesmente passar informações quanto a quais tratamentos será ou não submetido o paciente, é um princípio basilar informador, que ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana permite um diálogo e uma colaboração na ânsia de se satisfazer as vontades e os valores do enfermo.

3.1.1 Eutanásia, ortotanásia, distanásia, e suicídio assistido

Diante das grandes discussões jurídicas no que tange a prerrogativa de fenececer, pertinente se faz esclarecer os institutos da eutanásia, ortotanásia, distanásia, e suicídio assistido.

Para a doutrinadora, Maria de Fátima Freire Sá, “a eutanásia propriamente dita é a promoção do óbito. É a conduta, através da ação ou omissão do médico, que emprega, ou

omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.” (SÁ, 2005, *apud* DADALTO, 2015, p.52).

Esclarece a doutrina, que existem duas espécies de eutanásia, a ativa, provocada por uma ação de terceiro, em que se pode citar como exemplo a aplicação de injeção letal, e a passiva, provocada por uma omissão de terceiro, exemplificada pela falta da ingestão de água e alimento, destaca-se, ambas, proibidas no Brasil.

Já a ortotanásia, que em sua etimologia significa morte correta, para Garay citado por Dadalto (2015, p. 520):

Concretiza-se com a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente, morte que não se busca (pois o que se pretende é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente) nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade de que o sujeito padece).

Assim, a ortotanásia consiste em cessar com tratamentos que prolongam a vida de maneira artificial, sendo considerada por muitos como um fim que ocorre de forma mais natural.

Enquanto a distanásia é entendida como oposto da eutanásia, “significa o prolongamento do processo de morte, por meio artificial, o que traz sofrimento ao paciente. Há, portanto, um prolongamento exagerado, uma obstinação terapêutica, que se mostra, na maioria das vezes, totalmente inútil.” (TARTUCE, 2014 p. 416)

Por fim, o suicídio assistido é resultado da própria ação do paciente que, com ajuda de terceiros, provoca morte. O suicídio assistido difere-se da eutanásia, por que a ação que gera a morte é praticada pelo próprio paciente. (DADALTO, 2015, p. 53.)

Nesse contexto, merecem transcrições as palavras de Leo Pessini, teólogo estudioso sobre o assunto:

Nasce uma sabedoria a partir da reflexão, da aceitação e da assimilação do cuidado da vida humana no sofrimento da adeus final. Entre dois limites opostos: de um lado, a convicção profunda que brota das culturas das religiões de não matar ou abreviar a vida humana sofrida (eutanásia); de outro lado, a visão e o compromisso para não prolongar a dor, o sofrimento, a agonia, ou pura e simplesmente adiar a morte (distanásia, tratamento fútil, obstinação terapêutica). No não matar e no não agredir terapêuticamente está o amarás, isto é o cuidado da dor e do sofrimento humano, que em última instância aceita a morte e faz desta experiência o último momento de crescimento de vida, como revela todo o trabalho pionero da médica psiquiatra norte-americana Elizabeth Kubler-Ross. È o ideal da ortotanásia. (PESSINI, 2003, *apud* TARTUCE, 2014, p. 417)

Dessarte, cumpre-se ressaltar que para existir o respeito e cumprimento da vontade do enfermo terminal, é preciso a prévia e livre manifestação de sua vontade, enquanto ser capaz; sendo esta manifestação de vontade denominada diretivas antecipadas de vontade, gênero do qual é espécie o testamento vital, tema do presente trabalho a ser esclarecido na sequência.

3.2 Diretivas antecipadas de vontade

A diretiva antecipada originou-se na década de 60 nos Estados Unidos da América, é um termo geral, a instrução sobre os futuros cuidados médicos que um indivíduo que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetido, o que significa que não se refere exaustivamente a situações de fim da vida.

Nesse diapasão, as diretivas antecipadas são o gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro, ambos utilizado quando o paciente não puder mais, livre e conscientemente se expressar, ainda que por uma situação transitória. (DADALTO, 2015, p. 88)

Gonzáles, citado por Dadalto (2015, p. 90) elenca as consequências benéficas das diretivas antecipadas, dentre as quais podem se destacar:

A redução do medo do paciente de situações inaceitáveis, o aumento da autoestima do paciente, o aumento da comunicação e da confiança entre médico e paciente, a proteção do médico contra reclamações e denúncias, a orientação do médico ante situações difíceis e conflituosas, o alívio moral para os familiares diante de situações duvidosas ou potencialmente culpabilizadoras e a economia de recursos da saúde.

Nessa ínterim, as diretivas antecipadas atuam como instrumento de respeito à dignidade da pessoa humana que dá suporte tanto para o paciente quanto para seus familiares, bem como para o médico nas situações de término existencial dentro da ideia de beneficência ou de não maleficência de tratamentos.

Dito isto, se faz mister a diferenciação entre o mandato duradouro e o testamento vital.

3.2.1 Mandato duradouro

O mandato duradouro é um documento por meio do qual o paciente nomeia um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelos médicos em caso de sua incapacidade, definitiva ou não. Assim, o procurador de saúde decidirá com base na vontade do enfermo, não devendo indicar o que melhor lhe pareça. (DADALTO, 2015, p. 90)

Como vantagens deste instituto Paula Távora Vitor citada por Luciana Dadalto (2015, p. 930) revela:

A possibilidade de evitar em relação a quem tem o poder legal para decidir; respeitar o desejo de conferir legalmente poderes a alguém, para que possa agir em vez da pessoa, quando esta estiver incapacitada; definir um padrão de decisão; evitar a imposição de uma medida de tutela ou curatela, quando desnecessária, e garantir o respeito da vontade da pessoa incapaz, mesmo quando for instaurada a tutela ou a curatela

Nessa esteira, o procurador deve ser alguém próximo ao paciente, o que significa que precisa saber e ter consciência de qual é a exata vontade do enfermo para que não desrespeite seu desejo. Apesar disso, tal proximidade pode dificultar a tomada de decisões.

É importante ressaltar que o mandato duradouro não se restringe a situações de fim da vida, tendo um alcance mais amplo, permitindo que possa ser usado tanto em casos de incapacidade definitiva quanto incapacidade temporária.

3.2.2 Testamento vital

O testamento vital ou biológico é um “documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.”(BORGES, 2005, *apud* TARTUCE, 2014, p. 415)

Assim, é preciso verificar que esse instrumento deverá ser escrito por pessoa com discernimento, sendo eficaz somente em situações de término da existência, quando o paciente não puder mais exprimir sua vontade, estando em situação de incapacidade definitiva. Vale ressaltar, ainda que, em regra, produz efeito *erga omnes*, ou seja, vincula médico, parentes bem como o eventual procurador de saúde.

Dito isso, há dois objetivos principais do testamento vital: “Primeiramente, as instaurações prévias objetivam garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento de terminalidade da vida; em segundo lugar, esse documento proporciona ao médico um respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflituosas.” (SANCHEZ, 2003, *apud* DADALTO, 2015, p. 99).

Dessa maneira, o testamento vital visa proteger a dignidade do enfermo terminal, dentro da ideia do binômio beneficência/não maleficência, preservando de forma indireta seus familiares que também sofrem com as dores pelas quais a pessoa amada está passando, esculpida na solidariedade familiar, conforme artigo 3º, inciso I da Constituição da República

de 1988, o qual dispõe que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.” (TARTUCE, 2014, p.417)

A doutrina estrangeira tem apontado três pontos fundamentais quanto ao conteúdo do testamento vital: os aspectos relativos ao tratamento médico, como a suspensão do esforço terapêutico (SET), a manifestação antecipada se deseja ou não ser informado sobre diagnósticos fatais, a não utilização de máquinas e previsões relativas a intervenções médicas que não deseja receber, entre outras; a nomeação de um procurador; e a manifestação sobre eventual doação de órgãos. (DADALTO, 2015, p. 99)

A aplicabilidade do testamento vital concentra-se na suspensão ou retirada de tratamentos extraordinários ou fúteis, como entubação, traqueotomia², hemodiálise³, reanimação, sendo vetada a eutanásia, que em poucas palavras, consiste no desligamento dos aparelhos que mantém o indivíduo vivo, conforme já explanado.

À vista disso, como a medicina está em constante evolução pode ser que sejam descobertos novos tratamentos inexistentes a época da confecção do testamento vital, motivo pelo qual existe uma limitação ao destino desse instituto, a fim de que não ocorra a suspensão do esforço terapêutico em casos que não mais se caracterizem como obstinações da profilaxia.

Reconhecida a viabilidade ético-jurídica do testamento vital, se faz mister esclarecer se realmente constitui um testamento no sentido jurídico da expressão ou se o instituto é mera disposição unilateral de vontade. (TARTUCE, 2014, p. 422)

Percebe-se que pelas características do testamento enquanto instituto jurídico, este é solene e produz efeitos após a morte, enquanto o testamento vital possui forma livre conforme artigo 107 do Código Civil, o qual dispõe: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”, bem como produz seus efeitos ainda em vida, especificamente, nos casos em que o enfermo enfrenta doença terminal.

Portanto, conforme as palavras do douto doutrinador Flávio Tartuce (2014, p. 423) a expressão testamento vital não é a correta quanto à categorização jurídica, pois o que se propõe não é um testamento em si, estando mais próximo do codicilo, nos termos do artigo 1.881 do Código Civil a saber:

² A traqueostomia é consiste em "buraco na garganta para permitir a passagem de ar".

³ Hemodiálise é um procedimento através do qual uma máquina limpa e filtra o sangue, ou seja, faz parte do trabalho que o rim doente não pode fazer. O procedimento libera o corpo dos resíduos prejudiciais à saúde, como o excesso de sal e de líquidos. Também controla a pressão arterial e ajuda o corpo a manter seu equilíbrio.

Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal. (BRASIL, 2002)

Contudo, salienta-se que consiste em um ato jurídico *stricto sensu* unilateral, o qual permite a cada um dispor sobre sua própria vida em casos de doenças terminais, como garantia de um tratamento digno e humano, estando apto a produzir efeitos, uma vez que seu conteúdo é impecavelmente lícito, sendo, dessa forma, a melhor nomenclatura, declaração vital ou biológica.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A palavra responsabilidade tem sua origem do verbo latino *respondere*, o qual significa a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de sua atividade. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 45)

Responsabilidade, em uma ótica jurídica, consiste na obrigação por parte de alguém derivada de um dever de assumir as consequências de um fato, tendo por base os interesses lesados.

Nesse diapasão, o direito positivo estabelece as regras necessárias para a harmônica convivência social, penalizado aqueles que, ao infringir tais normas, causem lesão ou prejuízo aos interesses tutelados, sendo aplicada em diferentes campos do direito, senão veja-se:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex: prisão), restritiva de direitos (ex: perda da carta de habilitação de motorista), ou mesmo pecuniária (ex: multa). (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 48)

Diante do acima exposto, se faz mister trazer a baila os elementos da responsabilidade civil, quais sejam: conduta (passiva ou negativa), dano, nexos de causalidade e, em alguns casos, dolo ou culpa, para que assim, se diferencie a responsabilidade subjetiva da objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva está esculpida nos artigos 186 e 927⁴ caput, ambos do Código Civil, sendo aquela que decorre do dano causado em função de ato doloso ou culposo do agente. Caracteriza-se a culpa quando este causador do dano, agir com negligência, imprudência ou imperícia, conforme artigo 186 do Código Civil.

Já a responsabilidade civil objetiva inserida no parágrafo único do artigo 927 do código civil estabelece que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2002)

⁴Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. [...] (BRASIL, 2002)

É imperioso, ainda, esclarecer os conceitos de responsabilidade civil contratual, prevista nos artigos 389 e seguintes e 395⁵ e seguintes do Código Civil, como sendo aquela derivada do inadimplemento de uma obrigação prevista no contrato, ou seja, previamente fixada pelas partes, bem como o conceito de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana descrita nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes do citado diploma legal, como sendo a violação direta de uma norma legal.

Nesse ínterim, ressalta-se que a função da reparação civil se vislumbra na compensação do dano à vítima, na punição do ofensor, e, por fim, na desmotivação social da conduta lesiva. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 65)

Compreendidas essas noções básicas sobre a responsabilidade civil, passa-se a esclarecer sua aferição no campo dos danos decorrentes do exercício de uma atividade profissional.

Primeiramente, cumpre esclarecer que o exercício de um ofício pressupõe a realização de um negócio jurídico, em que o profissional, no presente trabalho, enfatizando o médico, se obriga a realizar certa atividade firmada.

Nessa ótica, é preciso distinguir obrigação de meio, como sendo aquela em que o profissional se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, entretanto, a resultância, da obrigação de resultado, em que o profissional se obriga não apenas a empreender sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado de sua atuação, tendo em vista que ambas podem ser derivadas de um contrato, em que se terá uma responsabilidade civil subjetiva, devendo-se comprovar a culpa pelos danos causados, embora haja uma presunção com a inversão do ônus *probandi* em relação às obrigações de resultado. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 259)

Assim, registra-se o artigo 951 do Código Civil *in verbis*: “o disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. (BRASIL, 2002)

⁵ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2002)

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos. (BRASIL, 2002)

Nesse sentido, é imperioso trazer a baila o disposto pelo artigo primeiro do Código de Ética Médica, o qual dispõe: “É vedado ao médico: causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Para que se possa compreender melhor a questão da responsabilidade civil do médico é preciso ter em mente três premissas básicas:

a) O direito de disposição sobre o próprio corpo pertence ao paciente, de modo que o médico não pode ministrá-lhe qualquer tratamento sem o seu consentimento.

b) O direito a liberdade religiosa é garantido tanto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto pela Constituição em seu artigo 5º VI, o que significa que ninguém pode ser compelido a realizar prática condenada por sua fé e consciência.

c) O reconhecimento de um direito a vida, também assegurado constitucionalmente (artigo 5º *caput*), determina que todos tem direito à vida, entretanto não direito sobre a vida, o que implica a não aceitação pelo nosso sistema jurídico de práticas como o aborto e a eutanásia. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 267 e 268)

Estabelecidas essas premissas, deve-se salientar que a prestação de serviços médicos não é uma operação matemática, em que o profissional pode afirmar, com toda certeza, que curará o enfermo, por isso, o elemento culpa é tão importante.

Fato esse, que se observa nas sábias palavras de Maria Helena Diniz citadas por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a saber:

Assim sendo, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional de saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver a condenação do médico; ele (CDC, artigo 6º, VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência, ou imprudência sua. Tal prova poderá ser feita por testemunhas, se não houver questão técnica a ser esclarecida, sendo necessário que haja liame de causalidade entre o dano e a falta do médico de que resulta a responsabilidade civil. Portanto, a responsabilidade civil dos médicos, somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares. (MARIA HELENA DINIZ, 2002, *apud* GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 274)

Nesta perspectiva, vale ressaltar a existência do Conselho Federal de Medicina (CFM), o qual fora criado a fim de se realizar o registro profissional do médico e aplicar-lhe as sanções previstas no Código de Ética Médica, possuindo, dessa forma, as atribuições de fiscalização e normatização da prática médica para que seja assegurada a defesa da saúde das pessoas bem como dos interesses da classe médica.

Assim sendo, o “CFM pauta-se na defesa da boa prática médica, do exercício profissional ético e da formação técnica e humanista.” (DADALTO, 2015, p.76 e 77)

Destarte, o médico deve sempre adotar os melhores procedimentos no cuidado com o paciente, na ânsia de aliviar sua dor e sofrimento, e não de causá-los, conforme se detrai do artigo 41, parágrafo único do Código de Ética Médica (2009) a saber: “os casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”

Nesse sentido, cabe ao médico atentar-se, também, para o Princípio da Beneficência, o qual estabelece:

Por força do Princípio da Beneficência, fica o médico autorizado a praticar somente atos que sejam em benefício da paciente, que não causem algum dano ou mal. Determina que deva ser feito o bem. Tal princípio tem estreita relação com o princípio da autonomia, já que é o paciente quem deve decidir o que é melhor para ele. (CASTANHATO e MATSUSHITA, 2008, *apud*, BUENO, 2012)

Esse princípio é observado pela medicina atual, ao lado do princípio da não maleficência, onde os médicos não podem causar piora ou qualquer dano à saúde do indivíduo, sendo que, os terapeutas que não submetem seus pacientes a tratamentos desnecessários ou intervenções que não lhes darão ensejo de melhora, atuam em observância com o que determina a ética médica.

Tal entendimento é reforçado pelo CFM que editou a Resolução 1.995/2012, a qual trata sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, permitindo que a vontade do paciente prevaleça sobre a dos seus representantes. De acordo com a nova norma ética em seu artigo 2º, *caput* “nas decisões sobre cuidados, tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.”

Assim, em consonância com o disposto pelo § 3º combinado com § 4º ambos do diploma legal supracitado, pode-se abstrair-se que as diretivas antecipadas do paciente

prevalecerão sobre qualquer outro parecer, podendo ser registradas no prontuário médico, não sendo exigidas maiores formalidades, motivo pelo qual, não restam dúvidas quanto a necessidade de sua observância pelos médicos uma vez que está consolidada a questão no âmbito da ética médica.

Nesta esteira, atualmente, os pacientes são equiparados aos consumidores, justamente pelo fato do caráter consumerista que norteia sua relação com o hospital, e que é extensiva aos médicos responsáveis pelo seu tratamento, o que demonstra que os doutores precisam informar, em linguagem acessível seus pacientes, sobre os procedimentos aos quais serão submetidos, sob pena de serem responsabilizado, sendo assegurado ao enfermo a inversão do ônus da prova. (SANTOS, 2015)

Portanto, a vontade do doente precisa ser observada pelo profissional da saúde, pois aquele tem a opção, como já demonstrado em tópicos anteriores, de dispor sobre seu próprio corpo e não está obrigado a aceitar certos tratamentos que lhe causem dor e sofrimento, uma vez que não possam lhe trazer chances efetivas de cura.

5 TESTAMENTO VITAL – EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS

5.1 Experiências norte-americanas

De início, cumpre esclarecer que o testamento vital é ainda, um regulamento não muito discutido pelos juristas no Brasil, assim se mostra de grande valia observar as experiências estrangeiras quanto ao instituto para que possamos entendê-lo melhor, como tem sido aplicado, sua positivação e estrutura, a fim de se verificar a validade do testamento vital em nosso país.

Segundo Emanuel, citado por Luciana Dadalto, “o testamento vital foi proposto pela primeira vez em 1967 pela Sociedade Americana para Eutanásia, como um documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida.” (EMANUEL, 1990, *apud*, DADALTO, 2015)

O primeiro modelo de testamento vital, bem como suas ideias iniciais fora criado por Luiz Kutner, em 1969, onde propôs que os pacientes pudessem acrescentar uma cláusula para realização de cirurgias ou procedimentos mais radicais, manifestando sua recusa a tratamentos caso sua condição se tornasse incurável.(DADALDO, 2015)

Destarte, era legítimo ao paciente em quadro incurável ou irreversível deixar escrita sua recusa a se submeter a certos tratamentos, deixando-se claro, não ser o caso, enquadrado no conceito de eutanásia, a qual era proibida pela legislação norte-americana.

Os Estados Unidos são um país cujo sistema legal é o common law⁶, o que significa, que o direito se desenvolveu por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos, ou seja foi criado e aperfeiçoado pela jurisprudência. Dito isso, o primeiro caso judicial a tratar do testamento vital ocorreu em 1976, envolveu Karen Ann Quinlan, o qual fora favorável a enferma, cuja família obteve da Suprema Corte de New Jersey a autorização para solicitar ao médico o desligamento dos aparelhos que mantinham Karem viva, que, ainda viveu por mais nove anos. (DADALTO, 2015)

Diante da grande repercussão do caso, o Estado da Califórnia aprovou uma lei que “garantia ao indivíduo o direito de se recusar ou suspender um tratamento médico e protegia os profissionais da saúde de eventual processo judicial por terem respeitado a vontade manifestada do paciente.” (DADALTO, 2015, p. 109)

Assim, para se redigir o testamento vital foram estabelecidas as seguintes orientações:

⁶ Direito comum.

a) [...] procure uma pessoa, que não precisa ser advogado nem notário público, e solicite ajuda para redação; b) solicite ao seu médico que este testamento vital faça parte de seu histórico clínico; c) as duas testemunhas que assinarem o testamento vital não podem ter nenhum parentesco sanguíneo com o paciente, nem serem seus cônjuges, não podem ainda estar beneficiadas em seu testamento e nem ter alguma demanda sobre bens de sua propriedade; d) o médico do paciente não pode ser testemunha, nem ninguém que trabalhe com ele. Caso a pessoas assinar o documento dentro do hospital, nenhum dos empregados do hospital poderá ser testemunha. [...] apenas maiores de 18 anos e capazes podem redigir uma diretiva antecipada; esta será válida por cinco anos, quando será possível fazer outra; não é válida durante a gravidez; a feitura do documento deve ser feita de forma livre. [...] o médico está limitado ao documento se ele tiver certeza se que seja válido, se outro médico certificou o estado terminal e se o paciente estiver informado de sua condição há pelo menos 14 dias. (DADALTO, 2015, p. 110)

A partir da aprovação dessa lei californiana, muitos outros estados norte-americanos passaram a regulamentar a possibilidade do instituto em seus territórios, e, em 1991 os Estados Unidos aprovaram a primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do enfermo.

Dessa forma, não restam dúvidas quanto à grande valia que a experiência norte-americana trouxe para o estudo do testamento vital, uma vez que fora o primeiro país a positivar o instituto, proporcionando uma visão mais adequada das vantagens e desvantagens para sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2 Experiências portuguesas

Fernando Pessoa já dizia “a minha Pátria é a minha língua”. Os laços existentes entre Brasil e Portugal perduram há cinco séculos, e durante todo este período, tem-se compartilhado a mesma língua e muitos dos traços que hoje caracterizam a cultura brasileira.

Desta feita, se faz mister destacar as experiências portuguesas no que tange à positivação e estrutura do testamento vital para que se possa compreender melhor o instituto e sua aplicação no Brasil.

A Constituição da República de Portugal reconhece a autonomia do paciente e permite que tome as decisões quanto a quais tratamentos deseja se submeter. Nesse sentido, foi ratificada por Portugal a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina pela Resolução da Assembleia da República nº1/2001, e, em 16 de julho de 2012, foi promulgada a lei nº 25/2012, que regula as diretivas antecipadas de vontade e cria o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), cujo inteiro teor encontra-se no anexo deste trabalho de conclusão de curso. (DADALTO, 2015)

Nesse ínterim, percebe-se ao ler o artigo 1º da lei portuguesa, que há uma certa imprecisão terminológica, já que iguala o termo testamento vital às diretivas antecipadas de vontade, e, como se já explanado em tópico anterior as diretivas antecipadas de vontade são gênero do qual faz parte o testamento vital.

Entretanto, tal diploma legal é completo, vez que traz a definição, conteúdo e forma do testamento vital, estabelece os requisitos de capacidade para elaborá-lo, discrimina seus limites, bem como estabelece os prazos de eficácia do documento, os requisitos para sua modificação ou revogação, trazendo à baila a questão da não discriminação, assim como determina as condições para nomear um procurador de cuidados de saúde.

Nota-se, então, que a lei portuguesa inova, principalmente, ao estabelecer um prazo de eficácia de cinco anos para o documento, em clara demonstração de contrariedade à natureza revogável das diretivas antecipadas de vontade, e, avança, ainda, mais ao criar um registro nacional, operacionalizando a aplicação do instituto no país, especialmente por permitir o acesso do médico responsável pelo cuidado da pessoa que está incapaz de expressar sua vontade livre e autonomamente. (DADALTO, 2015)

Portanto, é inegável a importância para compreensão do testamento vital e sua validade no Brasil das experiências portuguesas quanto a este instituto, diante da proximidade histórica entre os países, consolidada, hoje, na ajuda fornecida pela Associação Portuguesa de Bioética (APB) ao CFM para a criação da resolução que trata do regimento no ordenamento pátrio.

6 TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante do supramencionado, cumpre esclarecer que o testamento vital não tem recebido muita atenção pela doutrina jurídica na América do Sul, sobretudo, pelos operadores do direito no Brasil, sendo a matéria regulamentada apenas pela Argentina, bem como pelo Uruguai desde 2009.

Assim, é imperioso analisar o conceito e avaliar quais deveriam ser o conteúdo e forma de registro do testamento vital pra que seja válido e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro.

6.1 Conceito, validade e eficácia

Nas sábias palavras de Roxana Cardoso Brasileiro Borges citadas por Flávio Tartuce, testamento vital conceitua-se como “o documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.” (BORGES, 2005, p. 239 *apud* TARTUCE, 2014, p. 415)

Vale destacar que o direito à suspensão de esforço terapêutico encontra suporte na Carta Magna, que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático, em seu artigo 1º, III, sendo o direito a morte digna o reverso da moeda do direito à vida digna expressamente esculpido no artigo 5º, III da Constituição Federal: “ninguém será submetido à tortura e nem a tratamento desumano ou degradante.” (BRASIL, 1988) (DIAS, 2013, p. 386)

Dito isso, percebe-se que o conteúdo do instituto em comento visa proteger a dignidade do paciente terminal dentro da ideia de sua não maleficência, tendo mais um suporte legal para sua viabilidade no artigo 15 do Código Civil, o qual dispõe: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002)

Isto posto, as pessoas buscam no testamento vital a garantia de um tratamento humanizado e digno, onde possam determinar quais procedimentos e tratamentos ansiam ser ou não submetidas quando acometidas por doença grave e não puderem mais manifestar livremente suas vontades.

6.1.1 Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina

A partir das palavras acima transcritas insta adentrar na trajetória do testamento vital no Brasil, a qual se iniciou em 28 de novembro de 2006, com a Resolução nº 1.805 do CFM que passou a permitir ao médico limitar ou suspender, na fase terminal de enfermidades graves, tratamentos que prolonguem a vida do doente, contudo, mantendo 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. (DADALTO, 2015)

A resolução supracitada fora resumida em três artigos, a saber:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

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

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

Art. 3º “Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.” (BRASIL, 2006)

Percebe-se, então, tratar-se de regra que subordina somente a comunidade médica, e diante de suas repercussões sociais a aprovação desta resolução foi parar nos tribunais (processo nº 2007.34.00.014809-3), onde, em sede de antecipação de tutela, definiu-se pela suspensão da Resolução 1.805/2006 por aparente conflito entre esta e código penal brasileiro, uma vez, que por haver um projeto de lei colocando a eutanásia como homicídio privilegiado e descriminalizando a ortotanásia, o magistrado entendeu ser, então, atualmente, a ortotanásia considera infração penal, não podendo o CFM estabelecer como ética uma conduta tipificada como crime.

Tal posicionamento se mostrou falho e em desacordo com o que coaduna um Estado democrático de direito, pois, “se o CFM, via Resolução, considerou não ser dever do médico prolongar a vida do paciente desenganado à sua revelia, deixa de existir um dos elementos objetivos do tipo, a posição de garante de quem se omite” (MARTEL, 2007, *apud* DADALTO, 2015, p. 159)

Diante do acima narrado pode-se defender a validade da ortotanásia perante o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que casa com os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia Privada, os quais permitem a coexistência de diferentes projetos de vida na sociedade democrática brasileira, o que é aceito pelo CFM, órgão responsável por definir os deveres dos médicos e que afirma o seguinte:

[...] torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo de morrer.

Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006, apud DADALTO, 2015, p. 160)

Assim, a ortotanásia se mostra como uma prática terapêutica que busca garantir a dignidade do enfermo em situação de fim de vida, bem como de sua família e amigos, até porque, “a manutenção da vida a qualquer custo deve ser encarada como prática de tortura por prolongar o sofrimento do paciente e de seus familiares”. (DADALTO, 2015, p. 161)

Na sequência, em 24 de setembro de 2009, o CFM aprovou o novo Código de Ética Médica, estabelecendo, dentre seus princípios fundamentais, que em “situações clínicas irreversíveis e terminais o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sobre sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.” (BRASIL, 2009)

Tal ocorrência levou o magistrado a julgar improcedente o pedido do Ministério Público Federal do Distrito Federal, deixando de suspender a Resolução 1.805/2006 sob os seguintes argumentos:

1. O CFM tem competência para editar a Resolução 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares;
2. a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretando o Código Penal à Luz da Constituição Federal ;
3. a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos danosos propugnados pela inicial;
4. a resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixarem de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica;

5. os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelaram úteis as providencias pretendidas, em face da argumentação desenvolvida. (DADALTO, 2015, p. 162)

Dessa forma, percebe-se que fora priorizada a dignidade da pessoa humana dos enfermos em situações terminais, bem como de seus familiares, frente aos avanços medicinais nas questões relativas aos tratamentos extraordinários e considerados fúteis, ou seja, incapazes de trazer a cura aos pacientes nestas condições.

6.1.2 Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina

Mais recentemente, em 31 de agosto de 2012, o CFM aprovou a resolução nº 1.995, tratando sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil, sendo, portanto, a primeira regulamentação específica sobre o tema no país.

Primeiramente, é preciso deixar claro que a Resolução em comento não legalizou as Diretivas Antecipadas no Brasil, pois não possui força de lei. Pela nova norma, é garantido ao paciente que tenha condições de expressar sua vontade sobre quais tratamentos deseja se submeter, sendo que esta vontade deve prevalecer sobre a de seus representantes e ser respeitada pelo médico, valorizar sua autonomia privada.

Nesse diapasão se faz mister trazer a baila o conteúdo dos artigos que constituem a Resolução 1.995/2012 *in verbis*:

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

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2012)

Nesse ínterim, a Resolução 1.995/2012, surgiu, justamente, para conceder aos cidadãos brasileiros a garantia de que, tendo manifestado seu desejo sobre quais tratamentos médicos se sujeitará, por meio das diretivas antecipadas de vontade, esta será verdadeiramente cumprida. E mais, havendo choque de vontades, entre o disposto nas diretivas antecipadas de vontade do paciente e a opinião da família, deve-se atender a vontade do enfermo.

Destarte, em 02 de abril de 2014 fora reconhecida a constitucionalidade da Resolução 1.995/2012, feitas as seguintes observações:

- a) A resolução não regulamenta apenas as diretivas antecipadas de vontade de pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia. Afirma o MM. Juiz que as diretivas antecipadas de vontade valem para qualquer paciente que venha a ficar impossibilitado de manifestar sua vontade.
- b) Apontou a necessidade de legislação sobre o tema.
- c) Afirma que a família e o Poder Público podem buscar o Poder Judiciário caso se oponham às Diretivas Antecipadas do paciente, bem como caso queiram responsabilizar os profissionais de saúde por eventual ilícito. (DADALTO, 2015, p. 172)

Percebe-se que a decisão que admitiu a constitucionalidade da citada resolução é interessante e boa no que diz respeito ao reconhecimento da vontade do paciente, entretanto ressalta a falta de conhecimento no Brasil sobre o instituto, sobretudo no que tange à falta de diferenciação entre Diretivas Antecipadas de Vontade, Testamento Vital, e Mandato Duradouro, conceitos estes já explanados em tópico anterior. (DADALTO, 2015)

Insta salientar o avanço trazido pela Resolução em comento, bem como o aparato para defesa da validade do testamento vital no ordenamento jurídico pátrio demonstrada pelos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III CF), da Autonomia (artigo 5º CF), e, também a proibição de tratamento desumano (artigo 5, III CF), posição, inclusive, já aceita nos tribunais nacionais.

Isso posto, no estado de São Paulo, há a Lei nº 10.241/99 que dispõe sobre os direitos dos usuários de serviços e das ações de saúde, e em seu inciso XXII do artigo 2º os assegura o garantia a recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida, direito este, também assegurado pelos diplomas legais nºs 16.279, do estado de Minas Gerais e 14.254, do Estado do Paraná. (DADALTO, 2015, p. 180)

Importante enfatizar que se o paciente estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, esta disposição não terá efeito, daí a necessidade da confecção de um testamento

vital, a fim de que seja respeitada a vontade do indivíduo, mesmo quando não puder mais manifestá-la.

Dessa forma, percebe-se que as supramencionadas normas, somadas as resoluções do CFM citadas, bem como as decisões judiciais que reconheceram a constitucionalidade das diretivas antecipadas de vontade no país, demonstram a validade do testamento vital no Brasil, mesmo ante a inexistência de norma específica sobre o tema.

Entretanto, se faz mister ressaltar que há limites quanto a elaboração do instituto em comento, os quais destacam-se: a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados.

Assim, coaduna-se as sábias palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, citado por Flávio Tartuce a seguir transcritas:

A suspensão de esforço terapêutico necessita da manifestação de vontade do paciente, a qual deve ser feita antes da perda de sua capacidade civil, no contexto das diretivas antecipadas. Para que isso seja possível, quatro alternativas se apresentam: uma escritura pública feita em cartório, na qual o paciente declara não aceitar a obstinação terapêutica, nem ser mantido vivo por aparelhos, especificando, ainda, que tipo de tratamento tolerará; uma declaração escrita em documento particular, uma simples folha de papel assinada, de preferência com firma reconhecida; uma declaração feita a seu médico assistente registrada em seu prontuário, com assinatura. A quarta alternativa refere-se àquele paciente que não teve oportunidade de elaborar diretivas antecipadas, mas declarou a amigos, familiares, etc. sua rejeição ao esforço terapêutico nos casos de estado vegetativo permanente ou de doença mental: a justificação testemunhal da vontade. (PEREIRA, *apud* TARTUCE, 2014, p. 417 e 418)

Desta feita, entende-se que para elaborar o testamento vital, o declarante deve consultar-se primeiramente com o seu médico e ficar a par dos tratamentos a que pode ser submetido, além dos que podem ser dispensados ou não, uma vez que são apenas permitidos vetos a tratamentos considerados extraordinários/fúteis, como por exemplo: entubação, trasqueotomia, hemodiálise, reanimação.

Neste diapasão, para garantir que o testamento vital tenha valor jurídico e eficácia, assegurando a vontade do declarante e protegendo o médico de eventuais demandas judiciais, o paciente, que deve ser pessoa com mais de 18 anos, pode comparecer a um tabelionato de notas e tem a faculdade de lavrar uma escritura pública, destacando-se a desnecessidade da presença de advogado, e posteriormente, anexá-la ao seu prontuário médico.

Diante disso, detalha o presidente do Colégio Notarial do Brasil, Carlos Fernando Brasil Chaves:

Qualquer pessoa plenamente capaz pode fazer seu testamento vital perante um tabelião de notas. Basta apresentar seus documentos pessoais e declarar que tipo de cláusulas deseja incluir. A escritura será apresentada posteriormente aos médicos pelos familiares ou por quem o declarante indicar caso futuramente ele seja acometido por uma doença grave ou fique impossibilitado de manifestar sua vontade em decorrência de algum acidente. (CHAVES, 2015)

Assim, para demonstrar a importância do instituto, destacam-se quatro passos importantes que devem anteceder à elaboração de um testamento vital:

- 1 - É importante começar informando quais os valores e desejos, deixando claro o que é importante para a pessoa durante a última parte da vida.
2. Deve-se explicitar as decisões sobre o fim da vida, com os cuidados e tratamentos que ela aceita ou não receber, deixando claro em quais estados clínicos essas decisões são válidas. Ex.: Terminalidade, Estado Vegetativo Persistente, Demência Avançada. Essa explicitação pode ser feita de forma genérica (dizendo, por exemplo, "não quero receber tratamentos extraordinários") ou de forma pontual (evidenciando quais cuidados e tratamentos a pessoa deseja ou não receber, por exemplo, "não quero ser entubado", "não quero ir para o CTI").
3. É importante a ajuda de um médico de confiança, pois é o médico quem detém a capacidade técnica, e de um advogado especialista, para que não haja nada escrito contra a lei.
4. Nomeação de um procurador: o ideal é que sejam nomeados no mínimo 2, caso o primeiro não seja localizado no momento em que for preciso, ou estiver incapacitado para tomar decisões. (TESTAMENTO..., 2015)

Dito isso, frisa-se que o instituto tem despertado, cada vez mais, o interesse dos brasileiros em sua elaboração, fato este confirmado pelos dados obtidos do Colégio Notarial do Brasil, por meio da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC), que indicam que de janeiro a junho deste ano, 256 (duzentos e cinquenta e seis) pessoas optaram por realizarem formalmente o testamento vital em tabelionatos de nota do Brasil, sendo que, em 2014 foram confeccionados 548 (quinhentos e quarenta e oito) documentos. Em 2013, foram elaborados 475 (quatrocentos e setenta e cinco), o que representa um crescimento exponencial de 9.400% quando comparado aos 05 (cinco) atos lavrados em todo o ano de 2009. (BOAS..., 2015)

Logo, pode-se perceber que cada vez mais, aumenta o número de pessoas interessadas em realizar formalmente o testamento vital, isso está atrelado a dois fatores: o envelhecimento da população e a resolução do Conselho Federal de Medicina de agosto de 2012, que estabeleceu critérios para que qualquer pessoa tenha possibilidade de definir junto ao seu médico os limites terapêuticos adotados na fase terminal, segundo as sábias palavras de Luciana Dadalto (TESTAMENTO..., 2015)

Diante do acima exposto, se faz mister trazer a baila a reportagem publicada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - (IBDFAM) que indica 10 (dez) motivos para se fazer um testamento vital:

Dignidade, pois a Declaração Antecipada de Vontade (DAV) permite que o paciente escolha previamente a que tipo de tratamento médico deseja ou não ser submetido, preservando o direito à vida e morte dignas. **Tranquilidade**, uma vez que a DAV não antecipa a morte do paciente (eutanásia), apenas garante que ela ocorra de modo natural ou permite o seu retardamento, conforme a vontade do paciente. **Respeito**, porque a DAV feita por escritura pública gera tranquilidade ao paciente de que a sua vontade será respeitada quando ele não puder mais se manifestar. **Paz**, pois a DAV proporciona maior conforto e menos sofrimento para a família do paciente no momento de dor. **Segurança**, uma vez que a escritura pública oferece maior segurança para o médico cumprir integralmente os desejos do paciente, resguardando-o contra eventuais pressões de seus familiares. **Autonomia**, porque a DAV pode ser feita por qualquer pessoa, a qualquer tempo, desde que ela esteja lúcida e consiga expressar a sua vontade quanto ao destino de seu próprio corpo. **Lealdade**, pois pela DAV é possível nomear um procurador para ficar responsável por apresentar aos médicos e à família do paciente, os desejos e escolhas antecipadamente feitas por ele. **Revogabilidade**, uma vez que a DAV pode ser alterada ou revogada a qualquer tempo, desde que o paciente esteja lúcido. **Perpetuidade**, porque a DAV fica eternamente arquivada em cartório, possibilitando a obtenção de segunda via (certidão) do ato a qualquer tempo e **liberdade**, pois é livre a escolha do tabelião de notas qualquer que seja o domicílio da parte. (APÓS..., 2015) (grifos nossos)

Vale ressaltar, ainda, que consta no testamento vital os desejos da pessoa em situações de doenças incuráveis, progressivas e sem proposta terapêutica, sendo, portanto, a escolha antecipada pelos cuidados paliativos em detrimento da luta pela manutenção artificial da vida pelo enfermo.

Assim, os especialistas explicam que definir as diretrizes sobre o fim da vida é bom tanto para o paciente como para os familiares. Para o doente, é a segurança de que, se estiver entubado ou com demência, por exemplo, suas escolhas serão respeitadas. Para os familiares, o documento os poupa de tomar uma decisão difícil sobre a vida de um ente querido. (TESTAMENTO..., 2015)

Diante do acima transcrito, bem como da crescente elaboração de testamentos vitais no Brasil, fora criada, por iniciativa e com recursos próprios da advogada e doutora em ciências da saúde Luciada Dadalto, a primeira plataforma on-line que permite a qualquer pessoa cadastrar e armazenar seu testamento vital, instituto denominado Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV). (PAÍS..., 2014)

Destaca-se que para fazer o registro é preciso que a pessoa entre no sistema (testamentovital.com.br) e coloque seus dados pessoais, onde no final será gerado um código de acesso que a pessoa poderá partilhar com um familiar, médico ou advogado de confiança, salientando que o banco vital já conta com 20 testamentos vitais armazenados. (PAÍS..., 2014)

Aproveita-se, em breve síntese, para destacar as seguintes premissas do testamento vital no Brasil:

- 1 – O Testamento Vital deverá ser feito por uma pessoa com discernimento;
- 2 – Este documento deverá ser lavrado no Cartório de Notas, responsável por encaminhar a declaração ao Registro Nacional Testamento Vital, que deverá ser criado pelo Ministério da Saúde;
- 3 – O Testamento Vital deverá ser contido no prontuário do paciente, e cabe ao médico deste proceder a esta inclusão;
- 4- O Testamento Vital vincula médicos e demais profissionais de saúde, bem como os parentes do declarante;
- 5- Disposições acerca da interrupção dos cuidados paliativos não serão válidas;
- 6- Apenas disposições acerca da interrupção de tratamentos fúteis serão válidas;
- 7- O Testamento Vital é revogável a qualquer tempo e não Possui prazo de validade;
- 8 – O medico tem direito a objeção de consciência médica;
- 9 – Disposições a cerca de doação de órgão não deverão constar no documento;
- 10- è facultado ao declarante nomear um representante para que expresse a vontade em nome do declarante quando este não puder fazê-lo;
- 11- O Testamento Vital não é instrumento para a prática da eutanásia, e sim, garantidor da ortotanásia. (DADALTO, 2015, p. 202 e 203)

Por fim, o instituto em comento permite definir algumas condições da boa morte, dentre as quais: não ter sofrimento, estar rodeado pelas pessoas amadas, ter autonomia e permitir que a doença siga seu curso sem interferências extraordinárias da ciência.

CONCLUSÃO

Uma das maiores dificuldades do ser humano, sempre foi compreender o que a morte significa para as pessoas, uma vez que cada uma é dotada de um padrão moral, existindo aquelas que preferem morrer a viver permanentemente incapazes, e pelo contrário, existindo outras que apreciam continuar vivendo, mesmo, com muito sacrifício e sob grande dor e dependência.

Nesse contexto, é inegável a necessidade de existir uma garantia de respeito e cumprimento das vontades das pessoas em todos os momentos da vida, inclusive na hora da morte, sendo o testamento vital, o documento apto a assegurá-la, uma vez que se relaciona com muitos princípios constitucionais, dentre os quais se destacam: liberdade, dignidade da pessoa humana, autonomia privada, constituindo, portanto, um reflexo das garantias previstas em nossa Carta Magna.

Dessa forma, o profundo emprazamento do presente trabalho reside em conciliar os ditames da ausência de lei com a atuação médica ante a aceitação dos familiares do enfermo em situação terminal, que é sujeito de direito, e, que merece ter sua autonomia privada respeitada, para que no fim, haja valor jurídico e seja cumprida a forma como este deseja encarar sua doença.

Constata-se, assim, que o conteúdo do instituto em comento visa proteger a dignidade do paciente terminal dentro da ideia de sua não maleficência, tendo mais um suporte para sua viabilidade no artigo 15 do Código Civil, e, também na proibição de tratamento desumano esculpida no artigo 5º, III da Constituição Federal.

Logo, o Testamento Vital é a garantia de um tratamento humanizado e digno, em que se possa-se determinar quais procedimentos e tratamentos se deseja submeter ou não quando acometido por doença grave e não for mais possível manifestar livremente a vontade.

É sob esta égide que se conclui ser o instituto a segurança dos direitos do doente, bem como a forma de tornar pública sua vontade, para que esta seja protegida e respeitada no curso final da vida, sendo no país um avanço regulamentado pela Resolução 1995/2012 do Conselho Regional de Medicina.

Todavia, tal Resolução não esgota o tema, apesar de ser bem aceita no meio médico, é preciso a elaboração de uma legislação específica, legislação esta que busque esclarecer e solucionar questões afetas ao discernimento do outorgante, a conceituar e diferenciar o gênero Diretivas Antecipadas de Vontade de Testamento Vital e de Mandato Duradouro, bem como a definir quais os tipos de cuidados e tratamentos que podem ou não ser recusados pelo

enfermo, e assim esgotar qualquer dúvida quanto eficácia, forma, conteúdo e registro do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, o testamento vital é válido no Brasil, desde que se respeite às normas vigentes e que o paciente opte pela interrupção dos tratamentos ditos fúteis/extraordinários, tendo hoje, valor jurídico e eficácia, assegurando a vontade do declarante, aquele que, com no mínimo 18 anos, comparecer a um tabelionato de notas, lavrar uma escritura pública, e, posteriormente anexá-la ao seu prontuário, protegendo, também, o médico de eventuais demandas.

REFERÊNCIAS

APÓS regulamentação, cresce 690% o número de testamentos vitais lavrados no Brasil. **IBDFAM**. Disponível em : <[http://ibdfam.org.br/noticias/5717/ Após+ regulamentação %2C+cresce +690%25++o +número+ de+testamentos+vitalis +lavrados+no+Brasil](http://ibdfam.org.br/noticias/5717/Após+regulamentação+%2C+cresce+690%25++o+número+de+testamentos+vitalis+lavrados+no+Brasil)>. Acesso em 22/09/2015

BOAS razões para fazer um testamento vital. **RECIVIL**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/boas-razoes-para-fazer-um-testamento-vital.html>>. Acesso em 16/10/2015

BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 5/10/1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03/04/2015

BRASIL. 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União, Brasília, 12/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm. Acesso em 04/07/2015

BRASIL. 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03/04/2015

BUENO MAYER, Talita. **Limitação a liberdade individual: o testamento vital**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limitacao-a-liberdade-individual-o-...>>. Acesso em 28/06/2015

CHAVES, Carlos Fernando. TESTAMENTO vital permite a paciente tomar as rédeas da própria morte. **RECIVIL**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/testamento-vital-permite-a-paciente-tomar-as-redeas-da-propria-morte.html>>. Acesso em 16/10/2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1805/2006**. Diário Oficial da União, Brasília, 28/11/06. Disponível em: <<http://www.sobrati.com.br/testamentovitalresolucao.htm>>. Acesso em: 27/09/2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1995/2012**. Diário Oficial da União, Brasília, 31/08/12. Disponível em: <<http://www.sobrati.com.br/testamentovitalresolucao.htm>>. Acesso em: 27/09/2015

CONSENTAMENTO ASSISTIDO. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/consentimento/>>. Acesso em 07/06/2015

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. 245 p.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2014. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/>. Acesso em 16/10/2015

DIAS, Maria Berenice. **Manual as sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 702 p.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVO CÓDIGO DE ÉTICA. **Resolução CFM nº 1931/2009**. Diário Oficial da União, Brasília, 24/09/2009. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view...>. Acesso em 04/07/2015

PAÍS tem 1º banco para guardar testamento vital. **RECIVIL**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/pais-tem-1-banco-para-guardar-testamento-vital.html>>. Acesso em 16/10/2015

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2012. 1081 p.

PORTUGAL. **Código Civil**. 5. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

SANTOS, Thiago do Amaral. **Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?nlink=revistaartigos-leitura&artigo_id=14219>. Acesso em: 03/04/2015

SHAKESPEARE, William. **Sempre me sinto feliz, sabes por quê?...** Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MTEwMDI3MQ/>> Acesso em 16/10/2015.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE NEFROLOGIA. **Hemodiálise**. Disponível em: <<http://www.sbn.org.br/publico/hemodialise>>. Acesso em 21/06/2015

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v. 533 p.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 3 v. 447 p.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 4 v. 365 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2014. v. 6. 637 p.

TERRA, Ricardo M. **Trasqueotomia**. Disponível em: <<http://www.cirurgiadoracica.com.br/temastraqueostomia.htm>>. Acesso em 21/06/2015

TESTAMENTO vital permite a paciente tomar as rédeas da própria morte. **RECIVIL**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/testamento-vital-permite-a-paciente-tomar-as-redeas-da-propria-morte.html>>. Acesso em 16/10/2015

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Definition of chronic disease**. Disponível em: <http://www.who.int/topics/chronic_diseases/en/> Acesso em 30/05/2015.

ANEXO – LEGISLAÇÃO SOBRE TESTAMENTO VITAL DE PORTUGAL

Diário da República, 1.ª série - n.º 136 - 16 de julho de 2012

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.º 25/2012 de 16 de julho

Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objeto:

A presente lei estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

CAPÍTULO II

Diretivas antecipadas de vontade

Artigo 2.º

Definição e conteúdo do documento:

1 — As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual

uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2 — Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;
- c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;
- d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;
- e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

Artigo 3.º

Forma do documento:

1 — As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste:

- a) A identificação completa do outorgante;
- b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;
- c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos;

d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;

e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam.

2 — No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

3 — O ministério com a tutela da área da saúde aprova, mediante pareceres prévios do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e da Comissão Nacional de Proteção de Dados, um modelo de diretivas antecipadas de vontade, de utilização facultativa pelo outorgante.

Artigo 4.º

Requisitos de capacidade:

Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente:

a) Sejam maiores de idade;

b) Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica;

c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

Artigo 5.º

Limites das diretivas antecipadas de vontade

São juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade:

a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas;

- b) Cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal;
- c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

Artigo 6.º

Eficácia do documento:

1 — Se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei.

2 — As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando:

- a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;
- b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;
- c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

3 — O responsável pelos cuidados de saúde regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde, quando exista, bem como ao RENTEV.

4 — Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante.

5 — A decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante.

Artigo 7.º

Prazo de eficácia do documento:

1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura.

2 — O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 3.º

3 — O documento de diretivas antecipadas de vontade mantém -se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.

4 — Os serviços de RENTEV devem informar por escrito o outorgante de DAV, e, caso exista, o seu procurador, da data de caducidade do documento, até 60 dias antes de concluído o prazo referido no n.º 1.

Artigo 8.º

Modificação ou revogação do documento:

1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é revogável ou modificável, no todo ou em parte, em qualquer momento, pelo seu autor.

2 — Sem prejuízo do disposto no n.º 4, a modificação do documento de diretivas antecipadas de vontade está sujeita à forma prevista no artigo 3.º

3 — O prazo de eficácia do documento de diretivas antecipadas de vontade é renovado sempre que nele seja introduzida uma modificação.

4 — O outorgante pode, a qualquer momento e através de simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de diretivas antecipadas de vontade, devendo esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista.

Artigo 9.º

Direito à objeção de consciência:

1 — É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante o direito à objeção de consciência quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.

2 — O profissional de saúde que recorrer ao direito de objeção de consciência deve indicar a que disposição ou disposições das diretivas antecipadas de vontade se refere.

3 — Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados.

Artigo 10.º

Não discriminação:

Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de diretivas antecipadas de vontade.

CAPÍTULO III

Procurador e procuração de cuidados de saúde

Artigo 11.º

Procurador de cuidados de saúde:

1 — Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

2 — Só podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do artigo 4.º, com exceção dos casos previstos no número seguinte.

3 — Não podem ser nomeados procurador de cuidados de saúde:

a) Os funcionários do Registo previsto no artigo 1.º e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela presente lei;

b) Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde.

4 — Excetua-se da alínea b) do número anterior as pessoas que tenham uma relação familiar com o outorgante.

5 — O outorgante pode nomear um segundo procurador de cuidados de saúde, para o caso de impedimento do indicado.

Artigo 12.º

Procuração de cuidados de saúde:

1 — A procuração de cuidados de saúde é o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade.

2 — É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 262.º, 264.º e nos n.os 1 e 2 do artigo 265.º do Código Civil.

Artigo 13.º

Efeitos da representação:

1 — As decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante, nos termos da presente lei.

2 — Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.

Artigo 14.º

Extinção da procuração:

1 — A procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante.

2 — A procuração de cuidados de saúde extingue -se por renúncia do procurador, que deve informar, por escrito, o outorgante.

CAPÍTULO IV

Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV)

Artigo 15.º

Criação do Registo Nacional de Testamento Vital:

1 — É criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde.

2 — O tratamento dos dados pessoais contidos no RENTEV processa -se de acordo com o disposto na legislação que regula a proteção de dados pessoais.

3 — A organização e funcionamento do RENTEV são regulamentados pelo Governo.

4 — Compete ao Governo atribuir ao RENTEV os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários ao seu funcionamento.

Artigo 16.º

Registo de testamento vital/procuração no RENTEV:

1 — O registo no RENTEV tem valor meramente declarativo, sendo as diretivas antecipadas de vontade ou procuração de cuidados de saúde nele não inscritas igualmente eficazes, desde que tenham sido formalizadas de acordo com o disposto na presente lei, designadamente no que concerne à expressão clara e inequívoca da vontade do outorgante.

2 — Para proceder ao registo das diretivas antecipadas de vontade e ou procuração dos cuidados de saúde, o outorgante pode apresentar presencialmente o respetivo documento no

RENTEV, ou enviá-lo por correio registado, devendo, neste caso, a assinatura do outorgante ser reconhecida.

3 — O RENTEV informa por escrito o outorgante e, caso exista, o seu procurador, da conclusão do processo de registo do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração, enviando a cópia respetiva.

Artigo 17.º

Consulta do RENTEV:

1 — O médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autónoma a sua vontade, assegura da existência de document de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde registados no RENTEV.

2 — Caso se verifique a sua existência, o document de diretivas antecipadas de vontade, e ou procuração de cuidados de saúde, são anexados ao processo clínico do outorgante.

3 — O outorgante do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde, ou do seu procurador, podem solicitar ao RENTEV, a qualquer momento, a consulta ou a entrega de cópia da DAV do outorgante.

Artigo 18.º

Confidencialidade:

1 — Todos aqueles que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde ficam obrigados a observar sigilo profissional, mesmo após o termo das respetivas funções.

2 — A violação do dever a que se refere o número anterior constitui ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei.

CAPÍTULO V

Disposições finais

Artigo 19.º

Regulamentação:

O Governo regulamenta a presente lei no prazo de 180 dias a partir da entrada em vigor.

Artigo 20.º

Entrada em vigor:

A presente lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Aprovada em 1º de junho de 2012.

A Presidente da Assembleia da República, Maria da Assunção A. Esteves.

Promulgada em 5 de julho de 2012.

Publique -se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendada em 6 de julho de 2012.

O Primeiro -Ministro, Pedro Passos Coelho.