

Declaração prévia de vontade do paciente terminal

Luciana Dadalto Penalva

Resumo O presente artigo decorre de pesquisa documental sobre a declaração prévia de vontade do paciente terminal, comumente conhecida como testamento vital. O principal objetivo foi verificar a possibilidade de este instituto ser reconhecido como válido no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizou-se para análise e reflexão a literatura em ética médica e bioética sobre o tema, em levantamento com pesquisas no banco de dados Dialnet e em revistas médicas, além das disposições concernentes ao tema na legislação brasileira e as questões da autonomia privada do paciente terminal, considerando-se, ainda, a recepção deste instituto pelo direito estrangeiro. Verificou-se que a declaração prévia de vontade do paciente terminal é instrumento garantidor da autonomia e da dignidade deste e que, apesar de não estar positivado expressamente no Brasil, a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais permite concluir ser válido. Constatou-se a necessidade de definição dos requisitos essenciais desse documento, como conteúdo e aspectos formais. Assim, defende que a declaração prévia de vontade do paciente terminal é ato revogável, devendo ser lavrada escritura pública frente ao notário, por pessoa com discernimento, para que surta efeitos *erga omnes*. Essa manifestação de vontade não pode conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, devendo-se ater à recusa de tratamentos extraordinários. Concluiu-se pela conveniência de que seja criada no país uma lei que trate do tema, bem como um Registro Nacional de Declarações Prévias de Vontade do Paciente Terminal.

Palavras-chave: Doente terminal. Direito a morrer. Cuidados paliativos.



Luciana Dadalto Penalva
Advogada, mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora do Centro Universitário Una e da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte, membro do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil completou 20 anos em 2008. Aclamada como a constituição cidadã, alçou ao *status* de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito a *dignidade da pessoa humana*, em seu artigo 1º, inciso III. Neste modelo, o indivíduo torna-se o centro da Constituição, que agora se volta à proteção das liberdades individuais e, por consequência, das diversas concepções individuais de vida digna.

Entretanto, os projetos individuais de vida, expressão da autonomia privada, não podem sobrepor-se aos dos demais indivíduos, razão pela qual Habermas afirma que: *naturalmente, os projetos individuais de vida não se formam independentemente dos contextos partilhados intersubjetivamente. (...) num Estado constitucional democrático, a maioria não pode prescrever às minorias a própria forma de vida cultural – na medida em que estas se distanciam da cultura política comum do país – como uma suposta cultura de referência*¹.

Nesta perspectiva, saltam aos olhos do operador do Direito brasileiro questões afetas aos direitos do paciente terminal. Tema que, apesar de pouco debatido em nosso país, tem sido objeto de estudos médicos e jurídicos nos Estados Unidos da América (EUA) e em países europeus, ao ponto de em alguns haver legislação específica sobre as diretivas antecipadas. Assim, de maneira preliminar, o presente trabalho visa analisar como a declaração prévia de vontade do paciente terminal pode ser instrumento de garantia do direito à morte digna.

Diretivas antecipadas

O desenvolvimento da ciência médica tem provocado mudanças significativas no âmbito jurídico, pois o prolongamento artificial da vida humana, bem como os medicamentos inibidores da dor, suscitam discussões acerca de supostos direitos do paciente. Essas discussões deram ensejo à defesa das chamadas *diretivas antecipadas* que, *além de possibilitar o exercício de um direito (...) são o melhor instrumento de apoio à tomada de decisões relativas a pacientes incapazes* ². Em linhas gerais, é um documento escrito por pessoa capaz, que objetiva dispor sobre tratamentos em geral aos quais porventura venha a submeter-se. Portanto, as diretivas antecipadas são gênero e suas espécies, o mandato duradouro e a declaração prévia de vontade do paciente terminal.

Mandato duradouro

O mandato duradouro é documento no qual o paciente nomeia um ou mais *procuradores*

que deverão ser consultados pelos médicos na circunstância de sua incapacidade – terminal ou não –, para decidirem sobre o tratamento ou não. Para tanto, o procurador de saúde se baseará na vontade do paciente, e não em suas próprias.

Esta modalidade de diretiva antecipada surgiu nos EUA, especificamente no Estado da Califórnia, e foi legalizada no âmbito federal pela *Patient Self Determination Act* (PSDA). É denominada *durable power of attorney*, nos EUA; procuradores de cuidados de saúde, em Portugal; e *poder para el cuidado de salud/mandato de asistencia sanitaria*, na Espanha. Ressalte-se que nos EUA e Espanha é visto como parte integrante da declaração prévia de vontade do paciente terminal.

Como vantagens deste instrumento, Vítor ³ aponta as possibilidades de evitar incertezas em relação a quem tem o poder legal para decidir; de se respeitar o desejo de conferir legalmente poderes a alguém, para que possa agir pela pessoa, quando esta estiver incapacitada; de definir um padrão de decisão; de evitar a imposição de medida de tutela ou curatela, quando desnecessária; e a garantia de respeito à vontade da pessoa incapaz, mesmo quando instaurada a tutela ou curatela.

O maior problema deste instituto é a escolha de quem será nomeado procurador do paciente: *discute-se se a figura mais adequada seria o cônjuge, algum dos pais ou ambos, o juiz, a equipe médica ou um terceiro imparcial* ⁴. Para solucioná-lo, é preciso considerar que o procurador deve ter contato próximo com o

paciente, devendo saber exatamente qual é a vontade do mesmo, sob pena de decidir com base em seus próprios desejos, desrespeitando o anseio do mandatário.

Por tal razão, corrobora-se o entendimento de Naves e Rezende ⁴ de não ser possível que o procurador seja um terceiro imparcial, o juiz ou a equipe médica, mas sim um parente próximo. Surge, então, outro problema: há relatos de parentes que não desejam cumprir a vontade do paciente, por questões éticas ou religiosas. Assim, nomear o cônjuge, os filhos ou os pais é razoável devido à proximidade e ao afeto que os une. Contudo, isto pode ser perigoso, pois essas pessoas possuem valores próprios, que podem diferir dos do paciente – além da proximidade afetiva, que tende a dificultar a tomada de decisões.

Beuchamp e Childress ⁵ afirmam que o modelo dos melhores interesses pode ser usado para invalidar decisões do substituto claramente contrárias aos melhores interesses do paciente. A coexistência do mandato duradouro e da declaração prévia de vontade do paciente terminal em um único documento é salutar para o mesmo, mas como a aplicabilidade do mandato duradouro não se restringe a situações de terminalidade da vida seria interessante uma declaração prévia de vontade do paciente terminal contendo a nomeação de um procurador (mandato duradouro) e, concomitante, um mandato duradouro nomeando o mesmo procurador – visando evitar conflito entre os documentos –, a fim de que este possa agir em situações que não envolvam terminalidade. Inexistindo a declaração prévia de vontade

do paciente terminal, faz-se necessária a nomeação de uma equipe médica, juiz ou, até mesmo, um comitê de ética do hospital para dirimir conflitos existentes entre os parentes do incapaz, pautando-se nos melhores interesses dos pacientes.

O mandato duradouro tem um alcance mais amplo porque demonstra seus efeitos cada vez que a pessoa que o outorgou seja incapaz de tomar uma decisão, ainda que de forma temporária ⁶. Ou seja, enquanto a declaração prévia de vontade do paciente terminal só produzirá efeito nos casos de incapacidade definitiva do paciente, o mandato duradouro poderá ser também utilizado quando da incapacidade temporária. Por essa razão, entende-se ser necessário que, caso a pessoa queira fazer as duas modalidades de diretivas antecipadas, as faça separadamente, vez que a forma como este documento tem sido tratado nos EUA e na Espanha, países onde o mandato duradouro é tido como disposição da declaração prévia de vontade do paciente terminal, inviabiliza a utilização do procurador em caso de incapacidade temporária do outorgante.

Declaração prévia de vontade do paciente terminal

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é um documento que deve estar ao alcance de todos, no qual qualquer pessoa possa indicar seu desejo de que se deixe de lhe aplicar um tratamento em caso de enfermidade terminal ⁷. Este documento enquadra-se, conforme denominado por Beuchamp e Childress ⁵, como modelo da pura autonomia, haja vista

expressar a manifestação de vontade do paciente, feita quando capaz.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é conhecida como testamento vital, nomenclatura fruto de errôneas e sucessivas traduções de *living will*, pois o dicionário Oxford apresenta como traduções de *will* três substantivos: vontade, desejo e testamento. Em paralelo, a tradução de *living* pode ser o substantivo sustento, o adjetivo vivo ou o verbo vivendo. Assim, é possível perquirir se a tradução literal mais adequada seria *desejos de vida* ou, ainda, *disposição de vontade de vida*, expressão que também designa testamento – que nada mais é do que uma disposição de vontade. Posto isso, torna-se questionável se, originalmente, este instituto foi realmente equiparado a um testamento ou se tal confusão foi provocada por erro de tradução para outro idioma, perpetuado.

Entretanto, testamento vital – nome pelo qual é conhecido no Brasil – não é a melhor denominação, pois remete ao instituto do testamento, negócio jurídico unilateral de eficácia *causa mortis*, o que, de todo, não é adequado. Testamento, na definição de Pontes de Miranda⁸, é *o ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos*. Segundo Caio Maia Pereira⁹, é um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, gratuito, solene, revogável, com disposições patrimoniais e extrapatrimoniais e que produz efeitos *post mortem*.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal assemelha-se ao testamento, pois

também é negócio jurídico, ou seja, *declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece*¹⁰. Também é unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável. Todavia, distancia-se do testamento em duas características essenciais: a produção de efeitos *post mortem* e a solenidade. Assim, resta clara a inadequação da nomenclatura *testamento vital* para designar declaração de vontade de uma pessoa com discernimento acerca dos tratamentos aos quais não deseja ser submetida quando em estado de terminalidade e impossibilitada de manifestar sua vontade: *os testamentos vitais de modo algum se podem orientar como disposições de última vontade, uma vez que se indica nos mesmos o que aqueles que estejam manipulando os confins da vida, mas a vida no fim, têm que realizar ou abster-se de realizar*¹¹.

Em razão da inadequação da nomenclatura *testamento vital* às características do instituto, e após verificar que no Brasil não há discussões profundas sobre essa questão, nem mesmo acerca do instrumento, optou-se substituir o nome por um mais adequado, que expresse, com fidelidade, suas características e objetivos.

Encontrar nome apropriado não foi tarefa fácil. Inicialmente, cogitou-se adotar *instruções prévias*, terminologia utilizada na Espanha – descartada por entender-se não fidedigna ao documento, haja vista não possibilitar a ideia de seu significado. Posteriormente, pensou-se em *declaração de vontade do paciente terminal*, em virtude desta nomenclatura entrever um entendimento apriorístico do que seja o instituto – igualmente descartada por dar a

impressão de documento feito por paciente terminal. Com base nesses argumentos, chegou-se ao termo *declaração prévia de vontade do paciente terminal*, por meio da verificação de que o documento comumente chamado de *testamento vital* é, na verdade, uma declaração de vontade a ser utilizada pelo paciente terminal, mas que deve ser manifestada previamente à situação de terminalidade.

Esclarecida tal questão, torna-se necessário pormenorizar as especificidades deste instrumento. Primeiramente, é importante verificar que deverá ser escrito por pessoa com discernimento e será eficaz apenas em situações de terminalidade da vida, quando o paciente não mais puder exprimir sua vontade. É imperioso verificar que o paciente terminal deve ser cuidado de modo digno, recebendo tratamentos ordinários para lhe amenizar o sofrimento e assegurar-lhe qualidade de vida, pois *o ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma a aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa*¹². Tais tratamentos são denominados cuidados paliativos, cujo objetivo é *permitir que o processo natural de fim da vida decorra nas melhores condições possíveis, tanto para o doente como para a família e para o profissional*¹³.

Em contrapartida, os tratamentos extraordinários são aqueles que visam prolongar a vida. São tratamentos fúteis, que não alterarão a situação de terminalidade e cuja suspensão é chamada de suspensão de esforço terapêutico (SET) – e devem ser objeto de recusa expressa na declaração prévia de vontade do pacien-

te terminal. Afinal, ainda que em estado terminal o paciente deve ser respeitado como ser humano autônomo, ou seja, sua vontade, mesmo que prévia, deve ser considerada.

De acordo com Sánchez¹⁴ é possível apontar os dois principais objetivos da declaração prévia de vontade do paciente terminal: primeiro, objetiva garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento de terminalidade da vida; segundo, proporciona ao médico respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas. Quanto ao conteúdo, a doutrina estrangeira tem apontado para três pontos fundamentais: os aspectos relativos ao tratamento médico, como a 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, ponto discutido ao longo deste trabalho; e a manifestação sobre eventual doação de órgãos, ponto a ser detalhado ao final.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal, em regra, produz efeitos *erga omnes*, vinculando médicos, parentes do paciente e eventual procurador de saúde às suas disposições: *o caráter vinculante das diretivas parece ser necessário para evitar uma perigosa 'jurisdicionalização' do morrer, que inevitavelmente ocorreria quando o médico se recusasse a executar as diretivas antecipadas, decisão que preclui uma impugnação da sua decisão pelo fiduciário ou pelos familiares*¹⁵. Importante verificar os limites que a doutrina aponta à declaração prévia de vontade do paciente terminal: a

objeção de consciência do médico; a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico; e disposições contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento, superadas pelo avanço da medicina.

Muito se discute acerca do direito do médico à objeção de consciência, a se recusar a realizar determinados atos. Nosso atual Código de Ética Médica (CEM, 1988) prevê, no artigo 28, ser direito do médico recusar a realização de atos que, embora legalmente permitidos, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Assim, é direito do mesmo, ante a declaração prévia de vontade do paciente terminal, recusar-se a cumprir o ali constante. Nesta circunstância, faz-se necessário externar o motivo da recusa – balizada por razões éticas, morais, religiosas ou qualquer outra de foro íntimo – e encaminhar o paciente para os cuidados de outro médico. Não é possível que a objeção de consciência do médico seja respaldada por recusa injustificada.

Quanto à proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, a principal preocupação é com as que incitem a prática da eutanásia. A eutanásia – ativa ou passiva – é proibida no Brasil, bem como na maioria dos países ocidentais. Todavia, aprioristicamente, salta aos olhos a semelhança entre a previsão de suspensão de esforço terapêutico na declaração prévia de vontade do paciente terminal e a eutanásia passiva consentida. Fato é que são situações diferentes, pois enquanto a eutanásia passiva, ainda que consentida, pressupõe, segundo Garay¹⁶, a suspensão de meios terapêuticos proporcionados e úteis – aqui

denominados de tratamentos ordinários ou cuidados paliativos –, na declaração prévia de vontade do paciente terminal pretende-se a retirada de tratamentos extraordinários, ou fúteis. Em outras palavras, na eutanásia passiva provoca-se a morte, enquanto a suspensão de esforço terapêutico permite que ela ocorra de modo natural, o que, por conseguinte, é denominado de ortotanásia.

Por fim, as disposições contraindicadas à patologia do paciente ou que prevejam tratamentos já superados pela medicina não podem ser consideradas válidas, pois são contrárias ao melhor interesse do paciente. Tal limitação é necessária, pois é possível que decorra longo lapso temporal entre a feitura da declaração prévia de vontade do paciente terminal e a efetiva necessidade de sua utilização – a terminalidade da vida. Como a medicina avança a passos largos e, não raras vezes, novas drogas e tratamentos são descobertos, o papel dessa limitação é evitar que haja a suspensão do esforço terapêutico em casos que não mais se caracterizem como obstinação terapêutica, vez que surgiram tratamentos inexistentes à época da realização da declaração prévia de vontade do paciente terminal.

No que tange ao aspecto formal, a declaração prévia de vontade do paciente terminal, como o testamento, é negócio jurídico solene. Portanto, deve ser escrito e registrado no cartório competente, nos países que adotam esse sistema de publicização de atos civis. Ressalte-se que nos EUA não há registro do *living will* pelo simples fato de lá não haver cartórios. A divergência na doutrina estrangeira existe quanto à

necessidade ou não de registrar este documento em cartório e de haver testemunhas.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal como instrumento garantidor da morte digna e da autonomia privada

Paciente terminal é terminologia nova, surgida com a mecanização da medicina. Pessini¹⁷ afirma que os progressos tecnológicos da medicina instituíram a preocupação com a imortalidade. Se outrora os indivíduos encaravam a morte como inevitável e fruto da vontade divina, atualmente é vista como fato a ser evitado, de modo que o sofrimento *deixa de ser aceito como contrapartida de cada êxito do homem na sua adaptação ao meio, e cada dor é um sinal de alarme que apela para uma intervenção exterior a fim de interrompê-la*¹⁸.

Assim, pode-se inferir que a medicina passa a ser vista como ciência que se contrapõe à vontade divina. Na verdade, o médico é encarado como substituto da divindade, pois a ele pertence o poder de perpetuar a vida: *tal atitude conduziu a hiperutilização da UTI. De início essas unidades destinavam-se a tratar traumas e alguns casos pós-operatórios, não pacientes terminais. No entanto, hoje as UTI estão repletas de idosos com doenças fatais, como câncer, e pacientes que já perderam a função cerebral. Tais pessoas não se beneficiarão da concentração de tecnologia médica nestas unidades, e muitas delas não aprovaram procedimentos que limitassem sua liberdade e sua dignidade, se estivessem em condições de escolher*¹⁹.

Por esta razão, Kovács²⁰ afirma que o paciente terminal é produto do século XX, tendo em vista a *cronificação das doenças*, fruto da transformação dos modos e estilos de vida e do avanço tecnológico da medicina. Todavia, o *objectivo último da Medicina já não deve ser percebido como a manutenção da vida a qualquer custo, mas sim a promoção do bem-estar e eliminação do sofrimento. Ainda que salvar vidas continue a ser o princípio condutor máximo, este deve dar precedência à compaixão e ao respeito pelo direito à autodeterminação do paciente*²¹. Esse quadro tem levado à reflexão acerca dos direitos do paciente terminal; contemporaneamente questiona-se a existência de um direito de morrer, ou de *viver a própria morte*²².

Não há, na ciência médica, um conceito único do que seja paciente terminal. Diz-se que *paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo*²³. Ou, ainda, que é *aquele que se torna irreversível e caminha para a morte, sem que se consiga reverter esse caminhar*²⁴. Ascensão²⁵ afirma que paciente terminal é o indivíduo diagnosticado como doente sem probabilidade de recuperação.

Oportuno ressaltar que pacientes em estado terminal e/ou estado vegetativo persistente (EVP) apresentam quadros clínicos distintos. No primeiro a morte é iminente e só pode ser detida por aparelhos; no segundo, a vida do paciente pode ser prolongada por período indefinido, utilizando-se apenas hidratação e alimentação. Segundo Faria, o EVP é aquele

em que (...) *doentes acordam do estado de coma, mas permanecem totalmente inconscientes de si próprios ou do ambiente que os rodeia, mantendo ciclos de vigília e sono. (...) A vida desses doentes pode ser prolongada por um razoável período de tempo, desde que lhes seja ministrada alimentação e hidratação, embora a sobrevivência a longo prazo só se verifique para 1 a 2% dos doentes que entraram em coma por doença grave ou traumatismo cranioencefálico*²⁶.

Assim, são situações díspares, que provocam discussões igualmente distintas. Como o objetivo deste trabalho é verificar a validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no ordenamento jurídico brasileiro e este é, segundo o entendimento aqui defendido, um instituto afeto aos pacientes terminais, serão discutidas apenas as questões pertinentes à terminalidade da vida.

Percebe-se que o diagnóstico de terminalidade da vida está intimamente relacionado à impossibilidade de cura/recuperação aliada com a iminência da morte. Muito se discute acerca da autonomia privada do paciente terminal, pois, não raras vezes, associa-se a terminalidade da vida a situações de incapacidade: *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 (...)*²⁷.

É preciso considerar que *mesmo que um paciente esteja próximo de morrer, ainda está vivo, e é uma pessoa com desejos*²⁸. Posto isso, deve-se diferenciar duas situações de terminalidade: o paciente terminal consciente; o paciente terminal inconsciente. A primeira é situação mais confortável para os médicos, haja vista que o paciente assume a condição de sujeito completamente autônomo. Em contrapartida, na segunda, quando o paciente estiver inconsciente, sua autonomia estará reduzida, razão pela qual os médicos devem se valer dos desejos anteriormente expressos, por meio da declaração prévia de vontade do paciente terminal, ou, quando da falta deste documento, da autonomia da família e de sua própria autonomia, a fim de decidir em face do melhor interesse do paciente, respaldado pelo princípio da beneficência. Segundo Matos, tal princípio direciona a conduta médica a não causar o mal, *maximizando os benefícios e minimizando os riscos possíveis e sua relação*²⁹.

Em ambas as situações não se deve olvidar que o paciente ainda está vivo e os seus desejos devem ser seguidos – ou seja, quer o paciente terminal esteja consciente ou não, sua dignidade e autonomia devem ser preservadas.

A validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no ordenamento jurídico brasileiro

Em 28 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução 1.805, cujo preâmbulo permite ao médico limitar ou suspender, na fase terminal de

enfermidades graves, tratamentos que prolonguem a vida do doente – e dispõe sobre a manutenção dos cuidados indispensáveis para aliviar o sofrimento.

Apesar de norma que vincula apenas a comunidade médica, a aprovação desta resolução foi parar nos tribunais, especificamente na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, tendo em vista suas repercussões sociais. O Ministério Público Federal ajuizou, em 9 de maio de 2008, ação civil pública contra o CFM (autos de processo n.º 2007.34.00.014809-3) questionando a resolução – afirmando, em síntese, que o mesmo não tem poder regulamentador para estabelecer como parâmetro ético uma conduta tipificada como crime.

Conforme se depreende da leitura de decisão que deferiu a antecipação de tutela³⁰ concedida pelo juiz federal Roberto Luis Luchi Demo, há latente confusão entre os conceitos de eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. A decisão faz referência aos filmes *Mar Adentro* e *Menina de Ouro*, bem como à *Declaração sobre a Eutanásia*³¹, documento religioso elaborado pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, nos idos de 1980, para exemplificar a amplitude do tema. Todavia, tais exemplos são totalmente descabidos, vez que o primeiro filme refere-se a um caso de suicídio assistido e o segundo, a um caso de eutanásia – assim como a declaração do Vaticano. Em contrapartida, a resolução do CFM trata da ortotanásia. Mas o magistrado reconhece que *a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recur-*

*sos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família*³⁰.

A despeito desse reconhecimento, entende que tal circunstância não elide o enquadramento da prática de ortotanásia como conduta típica criminal, insculpida no artigo 121 do Código Penal. Isto ocorre porque tramita no Congresso um anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal que coloca a eutanásia como homicídio privilegiado e descriminaliza a ortotanásia. Assim, num sofismo de cunho puramente legalista, o magistrado entendeu que, se há projeto de lei propondo descriminalizar a ortotanásia é porque, atualmente, ela é crime. Logo não seria possível que uma norma de deontologia médica fizesse o papel do legislador, pois tal descriminalização deveria passar por processo legislativo ou, no mínimo, pela apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) mediante Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que teria o condão de suprir a ausência de lei específica. E suspende a resolução do CFM baseando-se na aparência de conflito com o Código Penal.

Tal posicionamento não coaduna com o Estado Democrático de Direito, pois, segundo a concepção de Chamon Junior³², *o Direito está mais além daquilo que os textos legislativos podem nos informar*. Partindo da concepção de Direito como integridade, a argumentação da decisão que suspendeu a eficácia da resolução do CFM é falha, pois se fulcra em argumentos não válidos a partir de concepção princi-

piológica do ordenamento jurídico. Ademais, 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 omite³³.

Sob perspectiva interpretativa pode-se, pelo exposto, defender a validade da ortotanásia no Brasil por ser prática que se coaduna com os princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana* e da *autonomia privada* – princípios que propiciam a coexistência de diferentes projetos de vida na sociedade democrática, além de prática aceita pelo CFM, órgão responsável por definir os deveres dos médicos. Assim, rechaça-se por completo o posicionamento de Nogueira³⁴, segundo o qual a resolução do CFM é totalmente incompatível com o sistema constitucional brasileiro.

No Brasil, onde vigora o respeito à pluralidade de conceitos de *vida boa*, não é possível admitir mais interpretações legalistas como a do juiz que concedeu a antecipação de tutela da ação civil pública. Ademais, deve ser encarado que o Direito não é ciência hermética e absoluta, sendo imperioso que em situações transversais, como as que envolvem o chamado *direito de morrer*, sejam levados em consideração as posições e ensinamentos de outros saberes, como a medicina, a psicologia, etc.

É preciso, portanto, que o intérprete do Direito entenda o avanço médico nas questões relativas aos cuidados paliativos e aos tratamentos extraordinários/fúteis, ou seja, é preciso que se imiscua nas questões médicas para se tornar

apto a lidar com situações jurídicas que envolvam a terminalidade da vida – porque o entendimento de tais conceitos médicos é de extrema importância na averiguação da validade ou não de determinadas disposições da declaração prévia de vontade do paciente terminal no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, esta pesquisa mostrou que de nada adianta haver disposições na declaração prévia de vontade do paciente terminal se as mesmas não serão postas em prática pelos médicos, por afrontarem princípios basilares da ética em cuidados com o paciente terminal. De nada valem os estudos apaixonados pró e contra o direito de morrer quando não se sabe, *in concreto*, como os profissionais que lidam diariamente com essas questões as encaram.

Cuidados paliativos e tratamentos extraordinários

Como mencionado, cuidados paliativos é a denominação mais utilizada na ciência médica em substituição a tratamentos ordinários. A *Enciclopédia de Bioética*³⁵ afirma que a distinção entre tratamento ordinário e extraordinário tem origem na teologia moral da Igreja Católica, para a qual esses termos eram empregados para distinguir o tratamento obrigatório do tratamento que poderia não ser utilizado.

Segundo McCoughlan, *os cuidados paliativos modernos, também conhecidos como hospice, têm seu início histórico nos tempos antigos*³⁶: surgiram na Europa medieval e estavam vinculados ao trabalho religioso. Com o desenvolvimento dos hospitais como locais para a

prática médica – ciência de curar –, os pacientes terminais eram tidos como símbolo de impotência médica, haja vista que a cura era impossível.

Em 1950, em Londres, surgiu a primeira instituição especializada em cuidar de pacientes terminais, o *St. Christopher Hospice*, cujo foco era cuidar da dor física, social, espiritual e emocional do paciente. O primeiro conceito de cuidados paliativos foi cunhado em 1990 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e reescrito em 2002. Em apertada síntese, pode-se defini-los como todos os cuidados que garantem ao paciente terminal qualidade de vida até o momento da morte, pois, *inevitavelmente, cada vida humana chega ao seu final. Assegurar que essa passagem ocorra de forma digna, com cuidados e buscando-se o menor sofrimento possível, é missão daqueles que assistem aos enfermos portadores de doença em fase terminal*³⁷.

Os tratamentos fúteis, denominados ainda *tratamentos extraordinários*, também não são simples de conceituar. Drane afirma que *futilidade não equivale à ineficácia provada. É um termo contextualmente específico. O que é útil em um contexto pode não ser em outras circunstâncias. Um tratamento fútil não apresenta benefícios ao paciente e se chega a essa conclusão tendo por parâmetro a situação do paciente, quero dizer, a gravidade da doença, a esperança de vida, a qualidade de vida do paciente, seus interesses e seus projetos*³⁸.

Em linhas gerais, percebe-se que o tratamento fútil está diretamente relacionado com o (não) benefício ao paciente. Como essa defi-

nição é bastante genérica, Garay¹⁶ afirma que se devem observar as circunstâncias particulares de cada caso para definir um tratamento como extraordinário. Como exemplo, cita que para alguém que sofre de insuficiência renal a hemodiálise é tratamento ordinário e necessário. Em contrapartida, quando a insuficiência é definitiva e o paciente está debilitado e em idade avançada, a hemodiálise pode ser encarada como tratamento extraordinário.

Não obstante a necessidade de aferir *in concreto* quando determinado tratamento torna-se fútil, a doutrina estudada aponta como tratamentos considerados fúteis em pacientes terminais: a internação em unidades de tratamento intensivo (UTI), a traqueostomia, a ventilação mecânica, a oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, diuréticas, antibióticos, derivados sanguíneos, etc.

Especial atenção deve ser dada aos procedimentos de hidratação e nutrição artificiais, devido à grande polêmica que a sua suspensão envolve. Falar em suspensão de hidratação e nutrição remete à idéia de que o paciente morrerá de sede e fome, situação que gera repulsa na família e conflitos éticos para os médicos. Contudo, é preciso ponderar que esse problema torna-se mais claro quando se fala em pacientes em *estado vegetativo persistente*. Quando o paciente já não é submetido a nenhum tratamento extraordinário, mas continua em EVP, a suspensão de hidratação e alimentação artificiais é a única solução para abreviar a morte.

Essa situação, para muitos classificada como eutanásia, não é objeto deste artigo, que se pauta, exclusivamente, no estudo do paciente terminal, ou seja, aquele que ainda pode ser submetido a diversos tratamentos – ordinários e extraordinários – para aliviar a dor e prolongar a vida. Nestes casos não é apenas a hidratação e a alimentação que o mantêm vivo – diferente no caso do EVP, em que, na maioria das vezes, o paciente não mais possui atividade cerebral, não está ligado a aparelhos, não sente dor e as únicas coisas que o mantêm vivo são a hidratação e a alimentação. Em casos de terminalidade da vida, a questão da suspensão de hidratação e nutrição artificiais se torna menos pungente, pois não constitui a única forma de propiciar a morte digna.

Na perspectiva de cuidados paliativos como cuidados físicos, psicológicos e espirituais ao paciente e a seus familiares, a suspensão de hidratação e alimentação não é aceita em respeito à família, o que Pessini³⁷ chama de *significado simbólico*. Conforme preceitua Drane³⁹, estudos médicos já comprovaram que, em muitos casos, o paciente inconsciente não sente fome nem sede, ou seja, na realidade não sofre, mas a família sofre com a morte por inanição ou, nas palavras de Pessini³⁷, sofre pelo simbólico, por imaginar que seu ente querido morreu de fome e sede.

Insta salientar que esse posicionamento não é unânime. Drane, por exemplo, entende que como os *pacientes agonizantes não experimentam, em geral, desconforto com a retirada de nutrição e hidratação artificial, estas tecnologias não podem ser consideradas como termos sinô-*

*nimos aos cuidados paliativos e não podem ser utilizadas automaticamente em pacientes que agonizam quando eles repelem a ingestão de comida e bebida*⁴⁰. Todavia, percebe-se que esse posicionamento afasta-se da noção de cuidados paliativos, vez que abandona a perspectiva familiar e espiritual desses cuidados.

A inexistência de regras impede a validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no ordenamento jurídico brasileiro?

Apesar da inexistência de norma específica no Brasil a respeito da declaração prévia de vontade do paciente terminal, a interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais concede aparato para a defesa da validade desta declaração no ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III), são arcabouços suficientes para a defesa da declaração prévia de vontade do paciente terminal, haja vista que o objetivo deste instrumento é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de terminalidade da vida.

O artigo 15 do Código Civil preceitua que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Artigo que deve ser lido à luz da Constituição, pois, segundo Ribeiro, *deve ser ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um des-*

tacado direito desta Era dos Direitos que não concebeu, contudo, um direito fundamental à imortalidade ⁴¹.

Assim, a declaração prévia de vontade do paciente terminal é instrumento garantidor deste dispositivo legal, pois evita ao paciente o constrangimento de submeter-se a tratamentos médicos fúteis, que apenas potencializam o risco de vida. A declaração expressa a autonomia do sujeito e garante sua dignidade ao assegurar-lhe o direito de decidir os tratamentos a que deseja ser submetido, caso se torne paciente terminal. Com isto, preserva sua vontade e evita que seja submetido ao esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo sem condição de reversibilidade da doença –, aqui considerado como tratamento desumano, pois, comprovadamente, não propiciará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, por não impedir a sua morte.

Percebe-se que a essas normas legais somam-se as resoluções do CFM já apontadas, para validar a declaração prévia de vontade do paciente terminal no Brasil, mesmo ante a inexistência de norma específica. Ou seja, é necessário haver mudança de postura do intérprete das normas jurídicas, a fim de se evitar a criação de leis para todas as situações que não possuam regra específica no ordenamento jurídico. Pode-se dizer que a declaração prévia de vontade do paciente terminal é válida no atual ordenamento jurídico brasileiro, por estar legitimada por princípios constitucionais. Entretanto, entende-se que uma lei específica sobre o tema é salutar para dispor sobre questões formais atinentes, o que, certamente, facilita-

ria sua implementação no território nacional. Assim, discutem-se a seguir aspectos relativos ao conteúdo e forma da declaração prévia de vontade do paciente terminal, para que este documento seja considerado válido no Brasil e, posteriormente, se apresentará sugestão para proposta de lei sobre o tema.

O conteúdo da declaração prévia de vontade do paciente terminal válido no Brasil

Em linhas gerais, a declaração prévia de vontade do paciente terminal nos ordenamentos jurídicos forâneos tem como conteúdo disposições de recusa ou aceitação de tratamentos que prolonguem a vida artificialmente, disposição sobre doação de órgãos e nomeação de representante.

Quanto às disposições de recusa ou aceitação de tratamentos, a análise dos dados levantados por esta pesquisa permite entender que, para que se tornem válidas ante o ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispor a respeito da recusa dos cuidados paliativos, pois são garantidores do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, tais cuidados inscrevem-se como pressupostos inerentes ao direito à morte digna, sendo respaldados por reflexão filosófica e normatização deontológica que orienta a prática médica no tratamento de pacientes terminais no Brasil. Assim, apenas disposições que digam respeito à recusa de tratamentos fúteis serão válidas e a definição da futilidade deve considerar a inexistência de benefícios que o tratamento trará ao paciente.

Por tal razão, disposições acerca da suspensão de hidratação e alimentação artificial também não serão válidas no ordenamento jurídico brasileiro. Saliente-se que o objetivo desta pesquisa foi analisar a validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no Brasil; portanto, é plenamente possível que, sob a ótica de outro ordenamento jurídico, esse entendimento se modifique.

No tocante às disposições sobre doação de órgãos, estas desnaturam o instituto, vez que a declaração prévia de vontade do paciente terminal é, por essência, negócio jurídico, com efeito *inter vivos*, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que será submetido em caso de terminalidade da vida. Ademais, a doação de órgãos no Brasil é regulada pela Lei 9.434/97, alterada pela Lei 10.211/01, bastando que, para sua efetivação, sigam-se seus ditames. Entre eles, a autorização do cônjuge ou de parente maior de idade, obedecida a linha sucessória, o que não seria admissível na declaração prévia de vontade do paciente terminal, que expressa a vontade autônoma do paciente. Tendo em vista tais dados, entende-se desnecessária, ante o ordenamento jurídico brasileiro, a disposição acerca de doação de órgãos na declaração prévia de vontade do paciente terminal.

A análise da validade da nomeação de um representante é, na verdade, a análise da validade da junção da declaração prévia de vontade do paciente terminal e do mandato duradouro, ou seja, a disposição que nomeia um representante não traz a mesma disposição de

conteúdo da declaração prévia de vontade do paciente terminal, mas, sim, inclui o mandato duradouro neste instituto. *A priori*, tal situação é válida no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalte-se, contudo, tratar-se de institutos díspares. Portanto, melhor seria que a pessoa que optasse por redigir as duas modalidades de diretivas antecipadas as fizesse separadamente, ainda que seja desejável a existência do mandato duradouro na declaração prévia de vontade do paciente terminal. Esta declaração, no Brasil, também não poderá conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, o que torna ineficaz as disposições que prevejam a eutanásia.

Proposições acerca da declaração prévia de vontade do paciente terminal válida no Brasil

Forma

Em países com tradição jurídica semelhante ao Brasil, como a Espanha, por exemplo, a declaração prévia de vontade do paciente terminal pode ser pública ou privada. Na primeira modalidade, o documento é registrado em cartório, mediante escritura pública, sem a presença de testemunhas; na segunda, o documento deve ser assinado por testemunhas – mas não há previsão legal do número necessário. Naquele país, a lei que instituiu a declaração prévia de vontade do paciente terminal criou um Registro Nacional de Instruções Prévias, subordinado ao Ministério da Sanidad y Consumo, totalmente informatizado.

No Brasil, entende-se ser importante que a declaração prévia de vontade do paciente ter-

minal seja lavrada por escritura pública perante notário, a fim de garantir a segurança jurídica. A criação de um banco nacional de declarações de vontade dos pacientes terminais também é recomendada, para possibilitar maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente, de modo a não correr risco de que a declaração se torne inócua. Assim, existindo tais disposições formais, o cartório deverá encaminhar a declaração prévia de vontade do paciente terminal ao Registro Nacional, em prazo exíguo, para garantir a efetividade da mesma, medida que só poderá ser aplicada de forma pública.

Esse procedimento poderá seguir as recomendações do Registro Central de Testamentos, do Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, dispostas no provimento CG 6/94, que objetiva implantar um registro único de testamentos em São Paulo – modelo que se tem estendido para outros estados, como Minas Gerais, onde o registro único ainda está em fase de implantação.

Do ponto de vista médico, na Espanha e nos EUA a declaração prévia de vontade do paciente terminal é anexada à história clínica do paciente. No Brasil, a história clínica é denominada anamnese e está contida no prontuário médico. Portanto, é recomendável que também a declaração prévia de vontade do paciente terminal seja anexada ao prontuário, com o escopo de informar à equipe médica que o paciente a possui. Como o preenchimento do prontuário é de competência exclusiva do médico, este, ao ser informado pelo paciente da existência e conteúdo da declaração, deverá

proceder à anotação da existência de tal instrumento no prontuário, e anexá-la ao mesmo.

Discernimento

Entende-se que o discernimento – e não a capacidade de fato – é requisito essencial para que a pessoa possa fazer a declaração prévia de vontade do paciente terminal. Portanto, os limites objetivos de fixação de idade utilizados pelo Código Civil devem ser flexibilizados, de forma que *a declaração de incapacidade não pode, de maneira apriorística, comprometer integralmente a autonomia privada conferida pelo ordenamento jurídico ao ser humano, ainda que acometido de enfermidade ou deficiência física ou mental que afete seu discernimento. (...) Flexibilizar os institutos da incapacidade e da curatela consiste em um novo mecanismo hermenêutico hábil a viabilizar a vontade do incapaz, sempre que for possível compatibilizar sua vontade psicológica com a vontade jurídica, revestindo-a, portanto, de juridicidade* ⁴².

Segundo Rodrigues ⁴³, os critérios predefinidos pela lei muitas vezes impossibilitam o incapaz de exercer seus direitos de personalidade, bem como desenvolver sua dignidade. Por isso, a autora defende que apenas diante do caso concreto será possível averiguar para quais atos de vontade o indivíduo – categorizado pela lei como incapaz – possui discernimento, que deve ser reconhecido pelo Poder Judiciário. Significa dizer que, caso alguém menor de idade queira redigir uma declaração prévia de vontade do paciente terminal, deverá primeiramente requerer autorização judicial, que somente poderá ser negada se comprovada a falta de discerni-

mento deste para praticar tal ato. Entretanto, caso não haja esse requerimento, entende-se que, depois de adquirida a maioridade civil, o documento deve ser ratificado pelo próprio outorgante.

Ressalte-se que a defesa aqui feita não visa um elastecimento do critério quantitativo de definição de capacidade de fato no Código Civil brasileiro. Não se pretende reduzir a idade para 16 anos, como sugere Sánchez ⁵⁰, haja vista que tal diminuição não resolve o problema, pois continua trabalhando com critérios quantitativos. O que se defende é que o discernimento não está diretamente atrelado à idade, que a liberdade de autodeterminação do indivíduo não pode ser averiguada aprioristicamente, razão pela qual cabe ao juiz analisar se, por exemplo, um adolescente de 15 anos tem discernimento suficiente para manifestar sua vontade acerca de tratamentos a que deseje ser ou não submetido, caso se torne paciente terminal.

Prazo de validade

Doutrinadores como Sánchez ⁴⁴ defendem que a declaração prévia de vontade do paciente terminal deve ter prazo de validade, sob o argumento de que são documentos dinâmicos, que não podem ser esquecidos após elaborados, e que a medicina avança constantemente, sendo possível que determinada enfermidade considerada incurável na data da elaboração do documento tenha se tornado curável quando de sua aplicação. Já foi mencionado que as declarações prévias de vontade do paciente terminal são, por essência, revogáveis, razão pela qual se discorda da fixação

de prazo de validade para estes documentos, pela total desnecessidade, pois a qualquer tempo o outorgante pode revogar sua anterior manifestação.

O argumento do avanço da medicina cai por terra com a simples verificação dos limites da declaração prévia de vontade do paciente terminal, quais sejam: a inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, de disposições contraindicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos já modificados pela ciência médica. Desta feita, a verificação de que a medicina avançou e que determinado tratamento ou não tratamento disposto na declaração prévia de vontade do paciente terminal não é mais utilizado/recomendado, revoga tacitamente a disposição, não havendo razão em se prever prazo de validade para o instituto.

Eficácia

Nos Estados Unidos, a declaração prévia de vontade do paciente terminal só se torna eficaz após 14 dias de sua feitura, período que o legislador estadunidense considerou necessário para que seu autor se arrependa dessa manifestação. Na Espanha, não existe esse prazo, o que é razoável, pois a qualquer momento o outorgante pode revogar sua vontade. Pelo exposto, defende-se que no Brasil a declaração prévia de vontade do paciente terminal torne-se eficaz a partir de sua inscrição no prontuário médico, que deve ser providenciada pelo médico, após ser informado, preferencialmente pelo Registro Nacional de Declarações Prévias de Vontade do Paciente Terminal (quando este existir), da feitura deste documento pelo

paciente, não havendo óbice que o outorgante se encarregue de prestar essa informação, entregando cópia ao médico. Neste caso, o outorgante deve estar ciente da importância do Registro Nacional, a fim de garantir maior efetividade no cumprimento de sua vontade. Não obstante, é importante a lavratura de escritura pública pelo notário, para garantir a oponibilidade *erga omnes* do documento.

Insta salientar, neste tópico, que o cônjuge, companheiro e demais parentes do paciente, bem como o eventual procurador nomeado, estão atrelados à declaração prévia de vontade do paciente terminal, ou seja, devem respeitar sua vontade. O documento vincula também as instituições de saúde e os médicos, mas estes podem valer-se da objeção de consciência, com fulcro no artigo 5º, inciso VI, da Constituição da República, caso tenham motivo fundado para não realizar a vontade do paciente. Nesta circunstância, o paciente deve ser encaminhado a outro profissional, para que sua vontade seja respeitada.

Considerações finais

O direito à morte digna está garantido constitucionalmente pelos princípios da *dignida-*

de da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade individual. É preciso garantir ao indivíduo o direito de escolher como quer ser tratado em caso de terminalidade da vida. A declaração prévia de vontade do paciente terminal é instrumento garantidor da morte digna, pois expressa a manifestação da vontade do indivíduo, informando à família, médicos e demais interessados os tratamentos e não tratamentos aos quais gostaria de ser submetido, se em estado de terminalidade.

No Brasil, a declaração prévia de vontade do paciente terminal é pouco conhecida pelos médicos e profissionais do Direito. Contudo, é documento válido, pois se coaduna com os princípios constitucionais. Ressalte-se que, devido às especificidades formais e materiais que permeiam este instituto, entende-se ser necessária a aprovação de uma lei que o regulamentasse, a fim de evitar controvérsias e possibilitar sua eficácia.

O artigo é produto das reflexões da dissertação de mestrado em Direito Privado, defendida em 20.06.2009, junto ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sob a orientação do professor-doutor Walsir Edson Rodrigues Junior.

Resumen

Declaración previa de voluntad del paciente terminal

Este trabajo llevó a cabo un estudio documental sobre la declaración previa de voluntad del paciente terminal, comúnmente conocida como un testamento vital. Su objetivo principal fue verificar la posibilidad de que este instituto sea reconocido como válido en el sistema jurídico brasileño. Fueron utilizados para el análisis y la reflexión la literatura en ética médica y bioética sobre el tema en levantamiento hecho especialmente con investigaciones en el banco de datos de Dianet y en revistas médicas, así como las disposiciones concernientes al tema en la legislación brasileña, las cuestiones relativas a la autonomía privada paciente terminal, considerándose inclusive la recepción de este instituto por el derecho extranjero. Se verificó que la declaración previa de voluntad del paciente terminal es un instrumento de garantía a la autonomía y la dignidad de éste y que, aunque no expresamente positivado en Brasil, la interpretación de las normas constitucionales e infraconstitucionales permiten concluir que este instituto es válido en el país. También se constató la necesidad de definir los requisitos esenciales de este documento, así como el contenido y los aspectos formales. Así, sostiene que la declaración previa del acto de voluntad del paciente terminal es revocable, debiendo elaborarse una escritura pública ante el notario por una persona con discernimiento, a fin de que surta efecto *erga omnes*. Además, esta expresión de la voluntad no puede contener disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico brasileño, debiendo atenerse a rechazar el tratamiento extraordinario. Se concluye, por la conveniencia de ser creada una ley en el país que trate sobre el tema, así como la creación de un Registro Nacional de las Declaraciones Previas de la Voluntad del Paciente Terminal.

Palabras-clave: Enfermo terminal. Derecho a morir. Cuidados paliativos.

Abstract

Living will

This article is a result of documental research on advance declaration of will of terminal patients, commonly known as a living will. The primary objective was to investigate the likelihood of this directive being recognized as valid in the Brazilian legal system. For this purpose, issues relating to private autonomy of terminal patients and reception of the directive under foreign law were studied. We discovered that a terminal patient's advance declaration of will is an instrument that guarantees the autonomy and dignity of such persons. Although not expressively promoted in Brazil, from interpretation of constitutional and infra-constitutional laws, it can be concluded that the directive is valid in country. In addition, it was necessary to define the essential

requirements, content and formal aspects of this document. Thus, we argue that advance declaration of will of terminal patients is a revocable act that should be drawn up as public deed before the notary, a person of discernment, to have an *erga omnes* effect. Furthermore, this expression of will can not contain provisions contrary to the Brazilian legal system; extraordinary treatments should be refused. Finally, we conclude a law that deals with the topic should be created in Brazil, not for validation purposes, but to detail the formal aspects such as creation of a National Registry of Living Will.

Key words: Terminally ill. Right to die. Hospice care.

Referências

1. Habermas J. O futuro da natureza humana. São Paulo: Martins Fontes; 2004. p. 5.
2. Gonzáles MAS. O novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: Bastos EFB, Sousa AH, organizadores. Família e jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey; 2006. p. 91-137.
3. Vítor PT. Procurador para cuidados de saúde: importância de um novo decisor. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 2004;1(1):121-34.
4. Naves BTO, Rezende DFC. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: Fiúza C, Naves BTO, Sá MFF. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey; 2007. p.105.
5. Beuchamp TL, Childress JF. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola; 2002. p. 203.
6. Sánchez CL. Testamento vital y voluntad del paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Madrid: Dykinson; 2003. p. 30. [Tradução livre].
7. Betancor JT. Testamento vital. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia*; 1995;
8. Pontes de Miranda FC. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi; 1972. vol. 56 p. 52.
9. Pereira CMS. *Instituições de direito civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 2004. vol. 6.
10. Amaral F. *Direito civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2006. p. 367.
11. Andruet A. Breve exégesis del llamado "testamento vital". *Derecho y salud* 2002;10(2):190.
12. Sá MFF. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey; 2005.
13. Pessini L. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Loyola; 2004. p. 32, 94.
14. Sánchez CL. *Op. cit.*
15. Rodotà S. La legge i dilemmi della libertà. In: Boraschi A, Manconi L, organizer. *Il dolore e la política*. Milão: Bruno Mondadori; 2007. p.29.
16. Garay Oscar E. *Derechos fundamentales de los pacientes*. Buenos Aires: Ad-Hoc; 2003.
17. Pessini Leo. *Eutanásia: Por que abreviar a vida?* São Paulo: Edições Loyola; 2004.
18. _____. *Op. cit.* p. 68.
19. _____. *Op. cit.* p.77.

20. Kovács MJ. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. *Bioética* 1998;6(1):61-9.
21. Ferreira N. A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 2006;3(6):151.
22. Pessini L. Op. cit. p. 75.
23. Knobel M, Silva ALM. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento? *Revista Einstein* 2004;2(1):133.
24. Gutierrez PL. O que é o paciente terminal? *Rev Assoc Med Bras* 2001 abr./jun.;47(2):92.
25. Ascensão JO. A terminalidade da vida. In: Fachin LE, Tepedino G, coordenadores. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar; 2008. p.155-78.
26. Faria R. Estado vegetativo persistente e reanimação. In: Archer L, Biscaia J, Oswald W, organizadores. *Bioética*. Lisboa: Verbo; 1996. p. 369-70.
27. Melo HP. O direito a morrer com dignidade. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 2006;3(6):72.
28. Kovács MJ. Op. cit: 65.
29. Matos GEC. Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. *Revista Bioética* 2007;15(2):196-213.
30. Tribunal Regional Federal. Região 1. Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara. Processo nº 2007.34.00.014809-3 [Online]. Questionamento sobre a Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta a ortotanásia. Aprovada em 3 out. 2007 [acesso 28 mar. 2009]. Disponível em: URL: http://www.df.trf1.gov.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc.
31. Vaticano. Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Declaração sobre a Eutanásia. Roma [Online], 5 de mai. 1980 [acesso em 5 dez. 2008]. Disponível em: URL: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html.
32. Chamon Júnior LA. Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno. Rio de Janeiro: Lumen Júris; 2008.
33. Martel LCV. Limitação de tratamento, cuidado paliativo, eutanásia e suicídio assistido: elementos para um diálogo sobre os reflexos jurídicos da categorização. In: Barroso LR, organizador. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar; 2007. p. 430.
34. Nogueira AMP. A ortotanásia e a manifestação do representante legal: resolução nº 1.806/2006 do Conselho Federal de Medicina. *Ciência Jurídica* 2007 mar./abr.;21(134):292.
35. Post SG, editor. *Encyclopedia of bioethics*. 3rd ed. New York: Macmillan/Thomson; c2004. v. 3 p. 1396.
36. Mccoughlan M. A necessidade de cuidados paliativos. In: Bertachini L, Pessini L, organizadores. *Humanização e cuidados paliativos*. 3ª ed. São Paulo: Loyola; 2004. p. 168.

37. Pessini L. A filosofia dos cuidados paliativos: uma resposta diante da obstinação terapêutica. In: Bertachini L, Pessini L, organizadores. Op.cit. p. 181-208.
38. Drane JF. El cuidado del enfermo terminal: ética clínica y recomendaciones prácticas para instituciones de salud y servicios de cuidados domiciliarios. Washington: Organización Panamericana de la Salud; 1999. p.94.
39. _____. El cuidado del enfermo terminal: ética clínica y recomendaciones prácticas para instituciones de salud y servicios de cuidados domiciliarios. Washington: Organización Panamericana de la Salud, 1999.
40. _____. Op. cit. p. 32.
41. Ribeiro DC. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia. *Bioética* 2005;13(2):113.
42. Rodrigues RL. Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do estado democrático de direito. [Dissertação]. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito; 2005. p. 169-70.
43. _____. Op. cit. p. 169.
44. Sánchez CL. Op cit. p.108.

Recebido: 21.9.09

Aprovado: 4.11.09

Aprovação final: 17.11.09

Contato

Luciana Dadalto Penalva – lucianadadalto@uol.com.br

Rua Uberaba 436, cj. 307/308, Barro Preto CEP 30180-080. Belo Horizonte/MG, Brasil.

Normas editoriais

A *Revista Bioética* foi idealizada pelo Conselho Federal de Medicina para fomentar a discussão multidisciplinar e plural de temas de bioética e ética médica. Sua linha editorial, bem como a composição e atuação do Conselho Editorial, são completamente independentes do plenário do CFM. Os autores são responsáveis pelas informações divulgadas nos artigos, que não expressam, necessariamente, a posição oficial do Conselho.

Critérios para aceitação de trabalhos

Serão aceitos artigos originais de natureza conceitual, documental, resultantes de pesquisa ou experiências no campo da bioética ou ética médica, bem como revisão crítica relacionada a estas temáticas. Todos os artigos serão submetidos ao escrutínio dos editores, do Conselho Editorial e de pareceristas *ad hoc*, devendo receber dois pareceres de aprovação. Os conselheiros têm o prazo de 20 dias para emitir o parecer, que pode ser de aprovação, necessita alterações, ou não aprovado. Para a aprovação final poderá ser necessária a adequação ou reformulação de partes do artigo, título ou referências, conforme recomendado no parecer, que os autores deverão fazer em até 60 dias.

Os editores reservam-se o direito de promover alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical nos textos com vistas a manter o padrão culto da língua e a melhor compreensão dos artigos, respeitando, porém, o estilo dos autores. A versão final será submetida aos autores para aprovação, bem como à revisão ortográfica e gramatical dos resumos e títulos em espanhol e inglês, por empresa especializada. As provas finais de gráfica não serão

enviadas aos autores.

Requisitos para apresentação de trabalhos

- Serão aceitos artigos em português, espanhol e inglês. Em cada caso devem ser seguidas as regras ortográficas correntes do idioma escolhido.
- Os trabalhos apresentados devem ser enviados por meio eletrônico, e-mail ou CD, em processador de texto *Rich Format Text* (RTF) ou compatível com Windows, para bioetica@cfm.org.br.
- Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e não podem ter sido encaminhados a outros periódicos.
- As opiniões e conceitos apresentados nos artigos, bem como a procedência e exatidão das citações, são de responsabilidade dos autores.
- Quando da aprovação de artigos originais (pesquisa) os autores devem enviar um Termo de Responsabilidade referente ao conteúdo do trabalho, inclusive atestando a inexistência de conflito de interesse que possa ter influenciado os resultados.

- Os artigos publicados serão propriedade da *Revista Bioética*, que deve ser citada em caso de reprodução total ou parcial em qualquer meio de divulgação, impresso ou eletrônico.
- Serão sumariamente recusados artigos que reproduzirem na totalidade ou em partes, sem a devida referência, trabalhos de outros autores, bem como artigo, ou parte substancial deste, já publicado pelo próprio autor.

Identificação de artigos

- Os artigos enviados devem ser acompanhados por folha inicial onde deve constar o título do artigo, nome completo do autor, sua titulação acadêmica e vinculação departamental e institucional.
- Como item separado, o nome completo do primeiro autor, endereço real, eletrônico e telefone, para troca de correspondência e informação.
- As colaborações individuais de cada autor na elaboração do artigo também devem ser especificadas na folha de rosto.
- Caso o primeiro autor não seja responsável pelo contato com os demais autores acerca de revisões até a aprovação final do trabalho, especificar nome, telefone e endereço eletrônico do responsável.
- Quando da aprovação, devem ser enviadas fotos coloridas de todos os autores, em formato digital com 3 megapixels de resolução, que possam ser impressas em 300 dpi. As fotos devem ser identificadas pelo nome do artigo e autor.

Formatação de artigos

- Os artigos em português devem trazer um resumo conciso, no máximo 150 palavras, além de tradução para espanhol e inglês (*resumen e abstract*). Também o título deve ser conciso e explicativo, apresentado nos três idiomas.
- Cada resumo deve ser acompanhado de no mínimo três e no máximo sete palavras-chave, descritoras do conteúdo do trabalho e que possam auxiliar sua indexação múltipla. As palavra-chave devem ser retiradas do banco de Descritores em Ciências da Saúde - DeCS (<http://www.bireme.br/php/decsws.php>) e listadas no final dos resumos no idioma original, em espanhol e inglês, grafadas com inicial maiúscula e separadas por ponto.
- Não serão aceitos trabalhos com notas de rodapé. Toda e qualquer explicação ou consideração deve ser inserida no corpo do texto.
- Os artigos devem ser formatados em tamanho de página A4, fonte Times New Roman, tamanho 12, espaço 1 e 1/2, margens de 2,5cm, em alinha-

mento justificado. Os títulos devem ser em negrito e escritos na forma corrente, ou seja, somente são grafadas com letras maiúsculas a primeira letra da sentença e os nomes próprios. Não deve haver entrada de parágrafo ou qualquer outra marca de formatação que aumente ou diminua a distância entre eles. As páginas devem ser numeradas consecutivamente.

- O texto deverá ter até 8.000 palavras. O limite de palavras não inclui as referências, a identificação do trabalho e os resumos nas três línguas, considerados à parte.
- Sugere-se que os textos sejam divididos em seções, com títulos e subtítulos, quando necessários. Cada uma dessas partes ou subpartes deve ser marcada apenas com negrito, nunca por numeração progressiva.
- Quando um autor for citado no corpo do texto, colocar unicamente o número da referência ao final da citação, em fonte sobrescrita, conforme exemplo: Potter ¹.
- Documentos citados no corpo do texto devem ser grafados em itálico.
- A publicação de trabalhos de pesquisa envolvendo seres humanos é de responsabilidade dos autores e deve estar em conformidade com as *Normas e Diretrizes para Pesquisa Envolvendo Seres*

Humanos, Resolução CNS 196/96, bem como os princípios da *Declaração de Helsinque*, da Associação Médica Mundial (1964 e reformulações posteriores), além de atender a legislação específica do país onde a pesquisa foi desenvolvida. Pesquisas empreendidas no Brasil devem ser acompanhadas de cópia do parecer de aprovação no Comitê de Ética em Pesquisa (CEP).

- A *Revista Bioética* apóia as políticas de registro de ensaios clínicos da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do *International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE)*, reconhecendo a importância dessas iniciativas para o registro e divulgação internacional em acesso aberto de informação sobre estudos clínicos. Portanto, só serão aceitos artigos de pesquisa sobre ensaios clínicos que tenham recebido número de identificação em um dos registros de ensaios clínicos validados pelos critérios estabelecidos pela OMS/ICMJE, o qual deve ser apresentado ao final do resumo.

Referências

- As referências, em sua maioria, seguirão as normas propostas pelo Comitê Internacional de Revista Médica – Vancouver Style (http://www.nlm.nih.gov/bsd/uniform_requirements.html).
- Utilizar o estilo dos exemplos indicados ao final, que se baseia nos formatos

usados pela *National Library of Medicine* dos Estados Unidos da América (NLN).

- Só serão aceitos artigos com referências literalmente citadas ou apontadas no corpo do texto.
- As referências devem ser colocadas em algarismos arábicos sobrescritos (ex.: Potter ²), sendo numeradas consecutivamente, pela ordem de citação, e listadas ao final do artigo, na ordem numérica correspondente.
- Não serão aceitos artigos com referências em ordem alfabética.
- Comunicações pessoais não serão aceitas como referências, podendo, porém, ser transcritas no texto, entre parênteses, com nome da pessoa e data.
- As referências citadas apenas em quadros ou legendas de figuras devem estar de acordo com a sequência estabelecida pela primeira identificação no texto desse quadro ou figura.
- Os nomes de pessoas, cidades e países devem ser citados na língua original da publicação.
- Todas as citações de outras fontes citadas no texto devem fazer parte das referências, incluindo documentos, tratados, reportagens, livros e capítulos de livros.

- Títulos de livros, locais e editoras não devem ser abreviados.
- Nas referências, artigos com vários autores devem incluir até seis nomes, seguidos de *et al* quando esse número for excedido.
- Deve-se sempre buscar a referência do original que se quer destacar e evitar referência de segunda ordem, ou seja, quando o autor citado está se referindo a outro. Se o *appud* for inevitável, isso deve ser explicitado no texto. Por exemplo: Analisando o trabalho de X , Y descreve...
- Todas as referências devem ser apresentadas de modo correto e completo. A veracidade das informações contidas na lista de referências é de responsabilidade dos autores.

Quadros e ilustrações

Recomenda-se que cada artigo seja acompanhado de, no máximo, dois quadros ou tabelas ou uma figura, formatados no corpo do texto e não copiados como ilustração – os quais devem ser numerados sequencialmente e indicar a fonte das informações apresentadas na parte inferior. Nos quadros, devem ser identificadas as medidas estatísticas de variações, como o desvio padrão e o erro padrão da média. Não usar linhas de separação horizontais ou verticais no interior dos quadros.

Caso sejam indispensáveis, as ilustrações devem estar incorporadas ao texto. No caso de fotografias devem ter resolução compatível com impressão em 300 dpi. Letras, números e símbolos devem ser nítidos, com dimensões suficientes para garantir a leitura.

As fotografias devem ser de autoria própria ou vir acompanhadas do direito de cessão pelos autores para publicação.

Autorização para publicação

A *Revista Bioética* considera que a apresentação do artigo e submissão do mesmo às recomendações dos editores e do Conselho Editorial caracteriza a aceitação para publicação. Quando aceito o artigo, todos os autores devem enviar a autorização para publicação da versão final do trabalho por meio eletrônico; o principal autor também por escrito, na forma de carta, assinada de próprio punho, endereçada à *Revista Bioética*, conforme modelo enviado pelos editores.

Exemplos de citação de referências

Artigos de revistas

- Listar até os seis primeiros autores. Mais de seis autores, listar os seis primeiros e acrescentar *et al.*

Tongu MT, Bison SHDF, Souza LB, Scarpi MJ. Aspectos epidemiológicos do traumatismo ocular fechado contuso.

Arq Bras Oftalmol 2001; 64:157-61.
Garcia ME, Braggio EF, Martins ABK, Goulart LQ, Rubinsky A, César LO *et al.* Análise de dados dos exames periódicos efetuados nos trabalhadores da Universidade de São Paulo. Rev Med Hosp Univ 2000;10:29-33.

Livros e outras monografias

- Autores individuais

Martin LM. A ética médica diante do paciente terminal: leitura ético-teológica da relação médico-paciente terminal nos códigos brasileiros de ética médica. Aparecida (SP): Santuário; 1993.

Capítulo de livro

Costa SIF, Pessini L. Ética e medicina no limiar de um novo tempo: alguns desafios emergentes. In: Marcílio ML, Ramos EL, (coordenadores). Ética na virada do milênio: busca do sentido da vida. 2ª ed. São Paulo: LTr; 1999:291-322.

Livro de atas de conferência, congresso e encontro

Relatório Final da 10ª Conferência Nacional de Saúde: 1998 set 2-6; Brasília, Brasil. Brasília: Ministério da Saúde; 1998. 95 p.

Outras publicações

- Artigo de jornal

Scheinberg G. Droga é principal forma de aborto. Folha de S.Paulo. 1999 nov 15; Ciência: 12.

- Texto legal – Legislação publicada – NBR 6.028

Brasil. Lei n ° 8.974, de 5 de janeiro de 1995. Normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados. Diário Oficial da União, Brasília, v. 403, n. 5, p. 337-9, 6 jan. 1995. Seção 1.

- Dicionário e referências semelhantes

Stedman. Dicionário médico. 25^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 1996. Apraxia; p. 91.

- Texto clássico

The Winter's Tale: act 5, scene 1, lines 13-6. The complete works of William Shakespeare. London: Rex; 1973.

- Material não publicado/aguardando publicação

Martins-Costa J. A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado (no prelo).

- Material eletrônico

Aboud S. Quality improvement initiative in nursing homes: the ANA acts in an advisory role. Am J Nurs [serial on the Internet]. 2002 Jun [cited 2002 Aug 12]; 102(6): [about 3 p.]. Available from: <http://www.nursingworld.org/AJN/2002/june/Wawatch.htm>.

- Citação do Código de Ética Médica

A referência deve ser feita no próprio texto, citando os artigos pertinentes, por exemplo: “O médico não pode participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou tecidos humanos” (Código de Ética Médica, ano, artigo).