

DOENÇA TERMINAL E EXERCÍCIO DA AUTONOMIA: PONDERAÇÕES BIOJURÍDICAS SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO MÉDICO E DO PACIENTE QUANTO À ADMISSIBILIDADE DA RECUSA¹

TERMINAL ILLNESS AND EXERCISE OF AUTONOMY: BIOLEGAL CONSIDERATIONS ON THE LIMITS OF THE DOCTOR AND THE PATIENT REGARDING THE ADMISSIBILITY OF THERAPEUTIC REFUSAL

Gustavo Pichani Celestino²

RESUMO: O presente artigo objetiva discutir os limites da atuação do paciente, bem como do médico, no que tange à possibilidade de recusa terapêutica, em se tratando de um contexto que envolva terminalidade, por meio de pesquisa teórica de natureza exploratória, com levantamento bibliográfico e documental na seara jurídica e bioética. A fim de alcançar o objetivo, apresenta e discute as nuances do exercício da autonomia no direito brasileiro, delineando as possibilidades de recusa terapêutica, analisa o atual panorama do ordenamento jurídico pátrio no tocante ao exercício da autonomia do paciente terminal, com possíveis e, por fim, problematiza a questão da inexistência de legislação específica sobre o tema, propondo, outrossim, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, que permite uma defesa ao direito à morte digna, pautada no princípio da Dignidade.

Palavras-chave: Autonomia; Recusa Terapêutica; Terminalidade da vida; Diretivas Antecipadas de Vontade.

ABSTRACT: This article aims to discuss the limits of the patient's performance, as well as the doctor's, regarding the possibility of therapeutic refusal, in a context that involves terminality, through theoretical research of an exploratory nature, with bibliographic and documentary research in the legal and bioethical field. In order to achieve the objective, it presents and discusses the nuances of the exercise of autonomy in Brazilian law, outlining the possibilities of therapeutic refusal, analyzes the current panorama of the national legal system regarding the exercise of autonomy of the terminal patient, with possible and, by finally, it discusses the question of the lack of specific legislation on the subject, also proposing a systematic interpretation of the national legal system, which allows a defense of the right to a dignified death, based on the principle of Dignity.

Keywords: Autonomy; Therapeutic Refusal; Terminality's Life; Living Will.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 APORTES FUNDAMENTAIS SOBRE A
AUTONOMIA DO PACIENTE TERMINAL 3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A
POSSIBILIDADE DE RECUSA TERAPÊUTICA NA RELAÇÃO MÉDICO
PACIENTE 4 DOENÇA TERMINAL E EXERCÍCIO DA AUTONOMIA:
PONDERAÇÕES BIOJURÍDICAS SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO
MÉDICO E DO PACIENTE QUANTO À ADMISSIBILIDADE DE RECUSA
5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS**

¹ Artigo apresentado como pré-requisito para obtenção do grau de especialista em Direito Médico, da Saúde e Bioética pela Faculdade Baiana de Direito.

² Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia. Pós-graduando em Direito Médico, da Saúde e Bioética pela Faculdade Baiana de Direito.

1 INTRODUÇÃO

A relação médico-paciente é notoriamente conhecida pela troca de informações entre os sujeitos desta relação, sempre com o objetivo de permitir ao médico vislumbrar todas as possibilidades de diagnóstico e tratamentos e, com base nisto, possibilitar que o paciente, de forma livre e consciente, consinta ou não às intervenções médicas.

É justamente dentro deste contexto que se pergunta: até que ponto o paciente pode recusar um tratamento? Por outro lado, quais são os limites da atuação do médico que, diante da recusa do paciente em consentir a determinado tratamento e/ou procedimento, se vê num dilema que vai muito além do campo ético e médico? Como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona sobre o tema, sobretudo, em situações de terminalidade?

A bem da verdade, todos estes questionamentos são extremamente válidos, considerando que, por mais que se reconheça o poder de autodeterminar-se do paciente, como expressão máxima da dignidade da pessoa humana, os profissionais da área médica não se sentem respaldados, do ponto de vista ético e jurídico, o que, não apenas, representa um óbice à livre manifestação de vontade do enfermo, como também o avanço e maturação das discussões sobre o tema.

Enquanto outros países avançam nas discussões sobre o fim da vida, havendo, inclusive, cada vez mais legislações mundo afora que autorizam os pacientes a, previamente, escolher as intervenções e tratamentos médicos a que deseja ser submetido, antes que haja a superveniência de qualquer causa (definitiva, ou temporária) que impossibilite a autodeterminação de forma livre e consciente. Outros, por outro lado, avançaram nas tratativas sobre a legalização de práticas como a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido, ao passo que, no Brasil, o tratamento da matéria segue sendo incipiente.

Pretende-se, com este artigo, demonstrar que a possibilidade de recusa terapêutica por parte do paciente terminal é plenamente possível, com base nos dispositivos de lei pré-existentes, e através de interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, propondo-se, através de pesquisa teórica de natureza exploratória, com levantamento bibliográfico e documental, um debate franco sobre a viabilização e garantia do exercício da autonomia do paciente terminal, relacionando-a com a possibilidade que o mesmo tem de, em virtude do seu quadro clínico, fazer escolhas sobre o seu fim de vida, conferindo-lhe dignidade no morrer.

Para tanto, começar-se-á trazendo conceitos básicos que tangenciam a autonomia do paciente terminal, inclusive, com breve histórico da relação médico-paciente. Empós, feitas

tais considerações, o próximo capítulo focará na abordagem sobre a recusa terapêutica na relação médico paciente, e como é o atual panorama brasileiro, com base na legislação vigente, fechando-se, ao final, com o objeto do presente trabalho, delineando as fronteiras do exercício da autonomia pelo paciente terminal, e os limites da atuação do profissional da área médica.

2 APORTES FUNDAMENTAIS SOBRE A AUTONOMIA DO PACIENTE TERMINAL

Autonomia” é uma palavra de origem grega, e deriva da junção entre o termo *auto*, “de si mesmo”, e *nomos*, “lei, regra”. Em tradução livre, permite-se afirmar que o termo autonomia significa “*aquela que estabelece as próprias leis*”. Como bem salienta Laurício Pedrosa (2016), o referido termo fora inicialmente utilizado para caracterizar a autogestão ou autogoverno das chamadas cidades-estados independentes gregas e, desde então, passou a ostentar outros significados, à exemplo de autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade de vontade, não sendo possível, por conseguinte, arrematar tratar-se de conceito restrito, único.

Trazendo tal conceito, e relacionando-o à Relação Médico-Paciente, é possível notar que a melhor forma de entender este tema e, sobretudo, as principais problemáticas que permeiam o exercício da autonomia pelo paciente (inclusive, os terminais) na atualidade, é revisitando a história de tal relação. Conforme lições de Camila Vasconcelos (2020), historicamente, há uma ligação muito forte entre a figura do médico, e a figura dos Deuses; a sociedade acreditava que existiam Deuses e demônios, que tomavam conta da vida das pessoas na Terra. Ora, se há vários séculos atrás, ainda não existia estudos aprofundados sobre anatomia, fisiologia, etc, há de se questionar: como os médicos diagnosticavam os pacientes?

Se o comportamento do paciente é que “enfureceu” os Deuses, como o médico poderia começar, para saber o que o paciente supostamente fez? Obviamente, através da conversa, exaustivamente, pois através da conversa é que o médico entenderia o que é que o enfermo fez, para ter “enfurecido” os Deuses. Sabendo das condutas por ele praticadas, o médico procedia aos “rituais”.

Os médicos sempre foram os grandes poderosos na sociedade. Eram as únicas pessoas que conseguiam estar entre os humanos, e os Deuses, pois eram eles que faziam os “rituais”; ou seja, dialogavam com humanos, e com os Deuses. Na Mesopotâmia, no Egito, e em outras civilizações antigas, como a Grécia, passou-se a trazer essa ideia da medicina como algo mais

racional. Há de se lembrar, aliás, o famoso juramento de Hipócrates, que faz menção a vários Deuses.

Hipócrates passa a desnudar algumas questões importantes sobre a medicina, a começar pelo paternalismo, além de fatores mais ligados à racionalidade, e a valorização da clínica da perícia, experiência e aproximação ao paciente, dando ao chamado “interrogatório” um caráter insubstituível, considerando a intensa busca por informações que possibilitem alcançar as razões que levaram à doença. Em outras palavras, a história atribui a Hipócrates os primeiros passos de uma medicina que é norteadada por ações que estimulavam a cognição lógica sobre o corpo humano, de modo a não importar, necessariamente, a crença sobre a origem divina ou não da doença, posto que esta possuía uma causa natural, como qualquer outra (VASCONCELOS, 2020).

Na Idade Média, Camila Vasconcelos (2020) destaca um distanciamento muito grande entre os médicos e a sociedade, muito disto em virtude da forte influência religiosa. O pecado e a doença guardavam uma relação muito forte, sob a tese de que as doenças recaíam nos corpos, em virtude dos pecados, que deveriam ser purgados ainda em vida, para que o enfermo pudesse ir para o céu e, por conseguinte, pudesse ser “salvo”.

Todavia, a ilustre autora chama a atenção para uma nova mudança de paradigma: ao aproximar a figura do médico, com a de Cristo, se traz a ideia de que é pelas mãos do médico, que Deus faz a sua vontade, e cura os doentes. Com isto, além de favorecer ao endeusamento da figura médica desde estes tempos, era notória a assimetria na relação médico-paciente, posto que os médicos sustentavam suas decisões com a convicção de que conheciam a doença, não havendo, necessariamente, uma coparticipação do enfermo na tomada de decisões médicas.

Após pouco se visualizar mudanças significativas no que se refere à postura do paciente, no que tange à tomada de decisões, no período renascentista/iluminista, posto que a assimetria na relação médico-paciente fora mantida, a partir dos séculos XVIII e XIX, iniciou-se um processo de cientificação e tecnologização da medicina, que veio para revolucionar a medicina, e melhora-la em muitos aspectos, notadamente, o surgimento de técnicas como o Raio-X, que possibilitaram ao médico ter um conhecimento ainda mais apurado sobre o corpo humano, e entender o funcionamento do corpo do paciente muito mais do que ele mesmo (VASCONCELOS, 2020).

Todavia, como bem salienta a brilhante doutrinadora, outros fenômenos se desdobraram dessa cientificação da medicina, à exemplo da despersonalização do paciente, e alargamento da distância já deficitária entre médico e enfermo, posto que o alcance do

diagnóstico através de informações objetivas advindas de produtos da tecnologia “forjaram” uma legitimação ao já citado distanciamento entre estas 02 (duas) figuras da relação, relativizando as narrativas e informações subjetivas fornecidas pelo paciente.

A despersonalização do paciente, aliás, se trata de fenômeno essencialmente perigoso, posto que a formação do médico sempre é feita pela perspectiva do êxito, do sucesso, sendo o mesmo admirado, considerado, por vezes, infalível. Assim, o paciente deixa de ser o protagonista, já que a sua identidade e existência acabam perdendo espaço para a patologia, e a busca não por “curar” o paciente, mas “vencer” a doença. Pertinente, nesta senda, que se faça a seguinte ponderação, diante do avanço da ciência e tecnologia na medicina: não se deve permitir o desenvolvimento da medicina, sem que o mesmo venha acompanhado do respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, Immanuel Kant (2005) faz a diferença entre pessoas e coisas: para ele, no mundo, existem coisas, que são instrumentos, meios, para a concepção de outras. Quando uma coisa deixa de ser viável para alguém, e não lhe serve mais, ela é descartável. Já as pessoas, por sua vez, não podem ser instrumentos, nem meios; elas são um fim em si mesmo. Em outras palavras: as pessoas nunca terão um preço, mas dignidade, sendo esta a sua diferença crucial de relação às coisas.

No campo da bioética e, em consequência, ao tratar sobre a questão da autonomia na relação médico-paciente, não há como não mencionar o Relatório Belmont. Conforme lições de Débora Diniz e Dirce Guilhem (2012), alguns grupos de pesquisadores passaram a se reunir para estipular diretrizes éticas, para permitir e viabilizar o desenvolvimento da ciência, culminando com a formação de uma comissão que elaborou o referido documento, e trouxe à baila 03 (três) princípios: princípio da beneficência, da justiça, e do respeito às pessoas.

Em 1978, houve a publicação destes 03 (três) princípios, e 01 (um) ano depois, um destes pesquisadores, chamado Tom Beauchamp, juntamente com outro cientista, James Childress, publicaram um livro chamado Princípios da Ética Biomédica, adicionando mais 01 (um) princípio: o da autonomia, que substituíra o princípio do respeito às pessoas, e se juntou aos princípios da beneficência, da não maleficência, e o princípio da justiça, sendo denominada, mais tarde, como Teoria Princípalista.

Independentemente da teoria a ser seguida no campo da bioética, pode-se afirmar, conforme vaticina Laurício Pedrosa (2016), que todas elas centram o princípio da autonomia através de 02 (duas) condições: a liberdade, “*entendida como a independência de influências controladoras*”, e a qualidade do agente, que se traduz como “*a capacidade de agir intencionalmente*”.

Diniz e Guilhem (2012), por sua vez, ao dissertar sobre a Teoria Principlista, especialmente, suas considerações sobre o princípio da autonomia, trazem ponderações bem próximas às de Laurício Pedrosa, ao asseverar que o exercício da autonomia pressupõe a conjunção de 02 (dois) valores fundamentais do pensamento liberal: a competência, e as liberdades individuais, dentro da perspectiva de que, em uma sociedade democrática e com igualdade de condições entre os cidadãos, a “*a autodeterminação do agente moral só poderá ser considerada desde que não ocasione danos ou sofrimento a outras pessoas*”.

Nesta linha de intelecção, através do pensamento de Immanuel Kant (2005), é possível afirmar conceituar a autonomia como sendo a capacidade do indivíduo de se impor normas: posso, ou não posso, fazer determinada coisa? Os adultos tem uma capacidade maior de se autogovernar, diferentemente das crianças, que precisam, na maioria das vezes, de uma “chancela”.

Assim, a autogovernança (ou autodeterminação) é antecedida pela liberdade, ao passo que o indivíduo só se autogoverna, se ele for livre. A liberdade, aliás, se traduz justamente na possibilidade de fazer raciocínios, estabelecer prioridades, e a perspectiva de que, para o exercício de uma vontade, é necessário que o indivíduo limite e/ou se prive de outra (s), de modo que, se alguém é coagido a fazer algo, é a prova de que a liberdade não antecedeu à sua autonomia.

Sobre a autonomia, Michel Foucault (1979) traz interessantíssimo pensamento, ao traduzi-la como a possibilidade de tomar decisões livre da ignorância, já que o indivíduo exerce a sua vontade com prévio conhecimento: a autogovernança antecede a liberdade, e a liberdade só é exercida através do conhecimento, fazendo uma associação lógica entre o poder e o saber.

Dada a importância do princípio da autonomia, incumbe destacar o seu reconhecimento expresso no art. 5º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, aprovada em sessão da Conferência Geral da UNESCO, a qual transcreveremos, *ipsis litteris*:

“Art. 5º. A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses”.

Dentro desta perspectiva, é que traremos para a discussão a celeuma envolvendo o exercício da autonomia pelo paciente terminal. Ora, se a dignidade da pessoa humana é o fundamento da autonomia, como se daria uma tomada de decisões por um paciente acometido por um diagnóstico de doença terminal, incurável? Haveria algum tipo de limite à sua autodeterminação, inclusive, no que tange à recusa terapêutica, e inicialização dos cuidados paliativos?

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A POSSIBILIDADE DE RECUSA TERAPÊUTICA NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

Para melhor entendermos o aspecto geral da recusa terapêutica na relação médico-paciente, mister se faz analisar como é, atualmente, o tratamento normativo da matéria em questão, inclusive, a sua abordagem na Carta Magna de 1988 e demais diplomas legais.

Nesta linha de intelecção, incumbe esclarecer que a doutrina e a jurisprudência pátria não possui um entendimento uníssono no que tange à recusa terapêutica, notadamente, nos casos em que há risco iminente de vida. Há, inclusive, quem entenda que a autonomia do paciente deverá prevalecer até mesmo nestas situações, não obstante coloque o médico em típica situação de conflito, ao rememorarmos o juramento de Hipócrates, e os já citados princípios da beneficência e não maleficência, presentes na Teoria Principlista de Beauchamp e Childress.

Prima facie, ao voltarmos o olhar para a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso II, sustenta-se a ideia de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como bem salienta Diana Fontes de Barba e Alejandro Henrique Barba Rodas (2018), trata-se do Princípio Constitucional da Legalidade, cuja repercussão no Direito Privado é bem diferente do que se institui no Direito Público.

Afinal, no Direito Privado, as partes estão legitimadas a fazer tudo o que a lei não proíbe, ao passo que, no Direito Público, os atos da Administração Pública se submetem à lei; em outras palavras, apenas aquilo que a lei expressamente autorizar a fazer, poderá ser feito. Assim, no âmbito das relações privadas, o que vigora é a autonomia da vontade, tendo, o indivíduo, a capacidade de tomar suas decisões da forma como melhor lhe convir, desde que, evidentemente, esteja dentro das limitações que a lei expressamente impõe.

Por falar em Direito Privado, aliás, o art. 15 do Código Civil Brasileiro traz importante discussão sobre a recusa terapêutica. Afinal, traz à baila a tese de que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção

cirúrgica”. A melhor interpretação para o referido dispositivo, conforme lições de Nelson Nery Junior (2014) e Carlos Roberto Gonçalves (2013) é de que o risco de vida ali citado é de relação aos procedimentos médicos e/ou cirúrgicos que envolvam risco de vida ao paciente, não havendo correlação com o quadro de saúde, tampouco à condição do mesmo. É, como bem orienta Gonçalves (2013), a possibilidade do enfermo recusar um tratamento médico que, pela sua própria natureza, já é arriscado.

Trata-se de situação bem diferente da disposta no art. 22 do Código de Ética Médica, que veda o médico de realizar procedimento médico sem que, previamente, haja consentimento pelo paciente, ou pelo seu representante legal, salvo nas hipóteses em que há risco iminente de morte. Aqui, em interpretação *a contrario sensu*, fica bem claro que se faz referência ao estado de saúde do enfermo, e não ao procedimento médico propriamente dito, conforme lições já esposadas dos brilhantes doutrinadores Nelson Nery Junior e Carlos Gonçalves.

O art. 31 do Código de Ética Médica, por sua vez, também faz referência a eventual hipótese de iminente risco de morte. Todavia, traz à tona a vedação, ao médico, de desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas. Claramente, aqui, observamos a possibilidade de o paciente exercer a sua autonomia, inclusive, recusas terapêuticas, já que o art. 24 também veda ao médico o ato de deixar de garantir ao enfermo o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar, assim como exercer sua autoridade para limita-lo.

Tanto o art. 15 do Código Civil de 2002, quanto o art. 22 do Código de Ética Médica, estão em consonância com outros dispositivos legais no nosso ordenamento jurídico, à exemplo do art. 135 do Código Penal Brasileiro, que tipifica o crime de omissão de socorro, e o crime de constrangimento ilegal, art. 146 da legislação penal. No primeiro, observa-se que há subsunção do fato à norma penal, quando o agente deixa de prestar assistência, quando possível for sem risco pessoal³.

³ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte

No segundo, merece atenção o §3º, inciso I, do art. 146⁴, hipótese em que não se constitui crime de constrangimento ilegal, eventual intervenção médica ou cirúrgica que, por ventura, seja efetivada sem que haja o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida. Neste ponto, Barba e Rodas (2018) asseveram que “*o paciente pode ser obrigado a se submeter a procedimentos que não envolvam risco de vida, apenas quando sua própria condição seja de iminente perigo de vida. Não fazê-lo, poderá levar esse paciente à inevitável morte e o médico responder por omissão de socorro (...)*”.

Da inteligência do referido dispositivo, se constata que o médico só estará legitimado a intervir se não houver negação ao tratamento proposto, na hipótese de risco iminente de vida. Todavia, havendo expressa recusa terapêutica pelo paciente, o médico não apenas não estará tutelado pela excludente típica em evidência, como também, age com violência, posto que suprime o poder de autodeterminar-se do enfermo, juntamente com a sua liberdade psíquica de escolha e pensamento, em clara violação à dignidade da pessoa humana, fundamento máximo da autonomia (ARAÚJO; CERQUEIRA, 2019).

Tal entendimento, aliás, também é perfilhado pelo brilhante doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2020), ao afirmar que a intervenção do médico sem consentimento, ou eventual coação, para evitar iminente perigo de vida, ou para impedir suicídio, estão excluídas da adequação típica do art. 146 do diploma penal; em outras palavras, o médico agiria sob a tutela de uma causa excludente de tipicidade. Assim, eventuais intervenções cirúrgicas ou médicas que se justifiquem pelo iminente risco de vida, ou a coação para impedir o suicídio, independem de consentimento de quem quer que seja.

Sobre o exercício da autonomia do paciente, nota-se que o Código de Ética Médica estipula como princípio fundamental, especificamente, o princípio XXI, a conduta do médico em aceitar as escolhas de seus pacientes, no processo de tomada de decisões, relativas aos

⁴ Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que, obviamente, guarde adequação com o caso, e tenha amparo com a ciência.

Afora as disposições constantes no Código de Ética Médica, que delineiam a questão do exercício da autonomia do paciente e, sobretudo, a recusa terapêutica, imprescindível trazer à baila, nesta linha de inteligência, a Resolução CFM nº 2.232/2019, que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

Logo, em seu art. 1º, torna-se clarividente que a recusa terapêutica é um direito do paciente do paciente, a ser respeitado pelo médico, desde que este, por sua vez, o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão. Direito, aliás, que é assegurado ao paciente maior de idade, que é capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, na esteira do que prevê o art. 2º da Resolução em comento, havendo a ressalva, trazida pelo parágrafo único, quanto à possibilidade do médico propor outro tratamento, quando disponível.

Todavia, interessante notar que o art. 11 traz uma ressalva ao direito de recusa terapêutica do paciente, que está em consonância com os demais diplomas legais já analisados: uma vez caracterizada a situação de urgência e emergência que caracterizem iminente perigo de morte, caberá ao médico efetivar as medidas necessárias e reconhecidas com o escopo de preservar a vida do paciente e, para tanto, há a possibilidade de relativizar a recusa terapêutica, já que a Resolução autoriza o médico, nestas hipóteses, a agir *“independentemente de recusa terapêutica”*.

O art. 12 da Resolução em comento, por sua vez, sintetiza a forma com que a recusa terapêutica deverá ser prestada: preferencialmente, por escrito, e perante duas testemunhas, quando a falta do tratamento recusado expuser o paciente a perigo de morte. Todavia, advirta-se que são admitidos outros meios de registro de recusa terapêutica, caso o paciente não possa presta-la por escrito, *“desde que o meio empregado, incluindo tecnologia com áudio e vídeo, permita sua preservação e inserção no respectivo prontuário”*.

Diante da possibilidade, no Brasil, de recusa terapêutica pelo paciente, e as normas éticas que a delineiam, na esteira do que prevê a Resolução CFM nº 2.232/2019, um dos grandes desafios é justamente reduzir a assimetria na relação médico-paciente, considerando que os médicos ainda mantêm um poder maior na tomada de decisões, em virtude do desconhecimento técnico por parte dos pacientes (VASCONCELOS, 2020).

Ora, como já esposado alhures, é cediço que o dever de informação é uma obrigação tanto do médico, quanto do paciente, com o escopo de agregar o maior número possível de

informações e elementos em busca da obtenção de um resultado favorável ao paciente. Eventual fornecimento de informações equivocadas e, evidentemente, a não informação, não auxiliam na redução da assimetria da relação médico paciente; pelo contrário, se o poder está ligado ao saber, como sugere Michel Foucault, é fundamental que se entenda que a informação é a base da tomada de decisões autônomas pelo enfermo. Afinal, o ato de consentir ou recusar um tratamento e/ou medicação perpassa pelo fornecimento adequado e suficiente de informações, para viabilizar a tomada de decisão de forma consciente (ARAUJO; FERNANDES, 2021).

É exatamente neste sentido que surge a figura do consentimento livre e esclarecido, como sendo a expressão máxima do princípio da autonomia do paciente. Da mesma forma que cabe ao paciente fornecer o máximo de informações possíveis e necessárias para que o médico, com base nisto, possa vislumbrar as alternativas adequadas para a sua enfermidade, cabe a este último se fazer claro e coerente, visando não apenas equilibrar a relação (que, como sabemos, é assimétrica) como também possibilitar que o enfermo possa decidir conscientemente (ARAUJO; FERNANDES, 2021).

Desta forma, para além da necessidade de reduzir a assimetria existente nesta relação, mister se faz pontuar que o mero fornecimento da informação não é suficiente: tanto o médico, quanto o paciente, encontram-se na condição de explicar e compreender a si mesmos. É neste ponto que Ana Thereza Meirelles Araujo e Lyellen Fernandes (2021) chamam a atenção para o fato de que a ausência do binômio informação/compreensão tem acentuado a tendência de judicializar a relação médico paciente, emergindo sucessivas ações judiciais.

4 DOENÇA TERMINAL E EXERCÍCIO DA AUTONOMIA: PONDERAÇÕES BIOJURÍDICAS SOBRE OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO MÉDICO E DO PACIENTE QUANTO À ADMISSIBILIDADE DE RECUSA

Após dissertar longamente sobre a conceituação da autonomia, e a possibilidade de recusa terapêutica no direito brasileiro, mister se faz trazer considerações sobre a possibilidade de recusa terapêutica por parte do paciente terminal e, no caso do médico, como conduzir o caso com base na tomada de decisões do enfermo. É possível afirmar que existe, no ordenamento jurídico pátrio, uma possibilita lícita de deixar que o paciente morra, sem que, para tanto, seja necessário que se submeta às modernas técnicas de prolongamento artificial da vida? É o que veremos a seguir.

Prima facie, há de se reconhecer a dificuldade em conceituar uma doença como sendo terminal. Há quem entenda, por exemplo, que o paciente é enquadrado como terminal, quando não há mais possibilidade de resgatar as condições anteriores de saúde, havendo prognóstico de morte a curto prazo. Todavia, por mais que se admita que os recursos para o resgate da cura do paciente se esgotaram, e que o mesmo caminha para o fim da sua vida, isto não significa que não há mais nada a ser feito, considerando a pluralidade de alternativas e condutas a serem oferecidas ao paciente e seus familiares (GUTIERREZ, 2001).

Ora, um grande questionamento, neste ponto, vem à tona: diante da impossibilidade de se restabelecer a saúde do enfermo, estaria o mesmo autorizado, legalmente, a suspender todo e qualquer tratamento e/ou procedimento médico, antecipando a sua inevitável e previsível morte? Estaria o médico, por conseguinte, amparado legal e processualmente, para fazer valer a recusa terapêutica do paciente?

Maria Elisa Vilas Boas (2008), a despeito da hipótese do médico ser responsabilizado por delito de homicídio, pela conduta de omitir ou suspender determinados tratamentos, vaticina que a restrição de recursos artificiais não é crime, se eles não representam benefício efetivo para o enfermo, tratando-se, tão somente, de condições de obstinação terapêutica. Isto, posto, eventual indicação ou contraíndicação de um procedimento médico perpassa por uma decisão, que deverá ser discutida entre o médico, paciente e familiares, tudo isto visando não apenas fazer valer a autonomia do enfermo, como também a dignidade da pessoa humana, em fim de vida.

Neste sentido, imprescindível que se estabeleçam alguns conceitos relacionados, atualmente, à intervenção humana no final da vida: a eutanásia, distanásia, ortotanásia, suicídio assistido e mistanásia.

Na construção bioética/biojurídica, a eutanásia é uma ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de um paciente, e de pessoas. Se o paciente encontra-se diagnosticado com uma doença cujo quadro, além de grave, é considerado irreversível/terminal, sem perspectiva de melhora, através da eutanásia, o profissional da área médica antecipa o momento da morte do paciente, com a sua anuência, como uma forma de “alívio” da dor (SÁ, 2005).

Maria de Fátima Freire de Sá (2005), ao classificar a eutanásia, divide-a em ativa e passiva, subdividindo-se, a primeira, em direta (feita por um médico, com o consentimento do paciente, através de uma injeção) e indireta. Nesta última, o que se busca é abreviar o curso da vida do paciente e, obviamente, aliviar o sofrimento do paciente. Todavia, como bem salienta Vilas Boas (2008), há casos de pacientes, sobretudo, os oncológicos em estado terminal, que

por sofrerem com dores lancinantes, necessitam fazer uso em doses elevadas de drogas analgésicas e sedativas, como a morfina que, por vezes, aproxima-se da dose que os levariam à morte.

Para Maria de Fátima Freire de Sá, a eutanásia passiva se confunde chamada “ortotanásia”, entendimento este que não é perfilhado por Maria Elisa Vilas Boas (2008), que chama a atenção para o fato de que, na eutanásia passiva, o médico age de forma negativa, por omissão, visando abreviar, precoce e propositalmente, a vida do enfermo. A ortotanásia, por outro lado, se configuraria como um conjunto de práticas terapêuticas que visam o conforto do doente, ante a impossibilidade de cura.

Sanches e Seidl (2013), por sua vez, trazem à baila uma diferença básica entre a eutanásia passiva e a ortotanásia: nesta, a doença não é a fatal, ou, ao menos, não atingiu o estágio de terminalidade, de modo que a omissão do médico provoca o óbito do paciente, ao passo que, na ortotanásia, a doença é a responsável pela morte.

A ortotanásia é um termo que deriva dos radicais gregos *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte), significando, portanto, a morte no seu tempo, sem antecipa-la, tampouco retarda-la. Aqui, o médico deixa de interferir no momento do desfecho letal, já que o seu encurtamento decorre do inevitável grau de deterioração incontornável do organismo, ao passo que também não recorre a práticas terapêuticas que busquem reverter o quadro terminal, e que resultariam, tão somente, em prolongar o sofrimento do paciente e sua família, focando-se, tão somente, nos chamados cuidados básicos. (VILAS BOAS, 2008).

Em outras palavras, a brilhante autora preconiza que, na ortotanásia, o objetivo médico é justamente prover conforto ao paciente, considerando que as condutas restritivas médicas ocorrem aqui no momento em que não se pode mais buscar a cura do paciente.

Minahim (2005) traz interessante discussão sobre a ortotanásia, na esteira do entendimento perfilhado por Vilas Boas (2008), esposado alhures: exige-se, aqui, uma noção de morte iminente que, não obstante se assemelhe à de terminalidade, incumbe interpreta-la de forma mais restrita. Tal assertiva se justifica, sobretudo, para que se afaste a tipicidade da conduta praticada pelo médico, ao omitir ou suspender terapêutica considerada fútil ou meramente protelatória da morte. Assim, a referida restrição autoriza que a morte provenha justamente da própria doença base, já que eventuais novas interferências em seu organismo representariam, tão somente mais prejuízos e agonias do que benefícios ao paciente, do que melhoramento quanto à enfermidade por ele acometida.

A distanásia, por outro lado, consiste em empregar medidas desproporcionais que representam, sumariamente, um prolongamento doloroso e indesejado da vida, pois são

métodos que não trarão benefícios, ante a existência de diagnósticos já estão postos, definidos. No entendimento de Maria Auxiliadora Minahim (2005), trata-se, a distanásia, de prolongamento artificial da vida feito, “*muitas vezes, mais por amor à tecnologia do que à pessoa*”.

Maria Elisa Vilas Boas (2008), aliás, caracteriza a distanásia como sendo um “encarniçamento” terapêutico, asseverando que a suspensão de tratamentos considerados fúteis não se enquadra como sendo um encurtamento da vida, mas sim deixar de prolonga-la artificial e indevidamente, maltratando, pois, o paciente, considerando a impossibilidade de trazer benefício com as terapêuticas propostas.

Há, ainda, a chamada eutanásia social, também chamada pela doutrina de mistanásia que, conforme lições de Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 159), é a chamada “morte miserável e antes do tempo”, fruto da falta de assistência por parte do Estado, por erro médico ou por má prática. Como exemplo, é possível citar o descaso do Poder Público no que tange à falta de leitos nos hospitais, ou de medicamentos de uso emergencial para tratar determinadas doenças e, até mesmo, equipamentos que são “esquecidos” em determinado local da unidade de saúde, e que não são colocados à disposição dos enfermos.

Por fim, temos o chamado suicídio assistido. Aqui, estamos diante de uma ação provocada pelo próprio paciente, que foi induzido, orientado ou auxiliado por outra pessoa. Difere da eutanásia, justamente porque nesta, a morte vai decorrer da ação do médico, ao passo que o suicídio assistido, a própria pessoa é que incorre no ato, orientada/assistida por um terceiro (SÁ, 2005).

Conforme bem salientar Goldim (2004), sobre o suicídio assistido, aliás, um dos casos mais famosos fora justamente o do cidadão espanhol, Ramon Sampedro, acometido por tetraplegia após tentar mergulhar no mar. O mesmo havia solicitado na Justiça Espanhola, por várias vezes, ao longo de quase 30 anos, que lhe fosse permitida a eutanásia, pois, para ele, conforme vídeo gravado à época, que serviu como forma de documentar a sua ação pessoal na administração da medicação em dose letal, “*viver é um direito, e não uma obrigação*”, trazendo à baila uma interessante discussão: o conceito de dignidade pode variar conforme a pessoa, e para muitos, como Ramon, ter a condição de tetraplegia não é uma forma digna de se viver.

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2016) chamam a atenção para um caso que teve grande repercussão na Colômbia, e representou um verdadeiro divisor de águas, por se tratar do primeiro caso de eutanásia ativa na América Latina: o caso José Ovidio Gonzalez.

José Ovidio sofria de um câncer na boca, diagnosticado em 2010, tendo passado por diversas sessões de quimioterapia e radioterapia e, em virtude das dores intensas e dificuldades na fala, buscara guarida perante o Judiciário, a fim de que fosse resguardado o seu direito à morte digna. Assim, após anos de batalha judicial, com sucessivas negativas ao seu direito à morte digna, em julho de 2015, aos 79 (setenta e nove) anos, após 02 (duas) sentenças da Corte Constitucional Colombiana, que culminaram com a elaboração da Resolução nº 1.216/2015 do Ministério da Saúde, com diretrizes para a organização e o funcionamento de comitês que tornem efetivo o direito à morte digna, José Ovídio veio a falecer, após aplicação de um fármaco, que abreviara-lhe a vida.

Voltando os olhos para o Brasil, mais especificamente para a legislação vigente, nota-se que a discussão quanto ao exercício da autonomia do paciente terminal ainda é embrionária, considerando a falta de legislação ordinária que delinhe o tema, e encerre de vez algumas discussões como, por exemplo, eventual falta de respaldo processual e legal ao médico, no momento em que faz valer a recusa terapêutica do paciente.

Neste ponto, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina foi a precursora da possibilidade de recusa terapêutica, na medida em que autoriza ao médico limitar ou suspender procedimento e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, desde que, para tanto, se respeita a vontade do enfermo ou de seu representante, conforme dicção do art. 1º da Resolução em comento.

Todavia, a própria Resolução traz à baila a necessidade do médico, exercendo o seu dever de informação, esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação (§1º, art. 1º), e, após, eventual tomada de decisão deverá ser fundamentada e registrada no respectivo prontuário (§2º, art. 1º), assegurando-se, contudo, o direito de solicitar uma segunda opinião médica ao paciente e/ou representante legal.

No art. 2º, insere-se a figura dos chamados cuidados paliativos, na medida em que prevê que 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”*.

Como bem destaca Maria Elisa Vilas Boas (2008), claramente a Resolução CFM nº 1.805/2006, ao defender a ortotanásia, não tem um viés suicida ou homicida, posto que busca salvaguardar, sobretudo, a recusa à tecnologia, que esta já não é mais benéfica ao paciente. Para a autora, não obstante tal resolução ter sido alvo de críticas, culminando, inclusive, com a suspensão liminar dos seus efeitos, não há qualquer vulneração às leis penais em vigor, pois

o que se busca é, tão somente, a proteção à intimidade, à privacidade, à autonomia lícita, à dignidade da pessoa humana.

Vilas Boas arremeta, ainda, ao afirmar que a Resolução CFM nº 1.805/2006 não propõe uma suspensão arbitrária ou utilitarista de recursos úteis ao doente terminal, mas, ao revés, é fruto da análise da falta de efetividade das terapêuticas no caso concreto, e a opção pela ortotanásia seria fruto do diálogo e informação ao paciente e à família, que contaria com todo o apoio necessário visando proporcionar o máximo de conforto possível à situação.

Na mesma esteira, é possível visualizar que o Código de Ética Médica, em seu art. 41, *caput*, veda a prática da eutanásia, ao elencar como infração ética “*abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal*”. Todavia, merece especial destaque o teor do parágrafo único do dispositivo em comento que, claramente, traz à baila a possibilidade de efetivação da ortotanásia, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

Parágrafo único. Nos 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.

O próprio Código de Ética Médica, entre os princípios fundamentais, mais especificamente, o princípio XXII, já trazia a figura da ortotanásia, ao recomendar ao médico que, nas situações clínicas irreversíveis e terminais, evitasse “*a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários*”, e que propiciasse “*aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados*”.

Sobre os cuidados paliativos, aliás, tratam-se de procedimentos terapêuticos que visam o conforto do enfermo, sem que haja interferência propriamente na evolução da doença, sendo possível citar, como exemplos, a analgesia e outras medicações sintomáticas, a higienização, a atenção devida à pessoa e à família no fim da vida. Estes cuidados têm, em sua essência, o objetivo de melhorar a qualidade de vida do enfermo, seja ele terminal ou não, considerando que todos os doentes fazem jus a eles, indistinta e incontestavelmente (VILAS BOAS, 2008).

Não obstante tanto a Resolução CFM nº 1.805/2006, quanto o Código de Ética Médica, autorizem a prática da ortotanásia, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de legislação específica para orientar médicos a trabalharem com pacientes com quadro de doença terminal, apesar do grande avanço provocado pelo CEM no que se refere ao

reconhecimento da importância de prevalecer a vontade do paciente para a suspensão dos tratamentos considerados fúteis (DADALTO, 2013).

Em rápida análise do Código Penal Brasileiro, observa-se que o ato de pôr fim à vida de alguém de forma antecipada, visando abreviar o sofrimento de alguém, que não suporta mais as dores impostas pela doença da qual encontra-se acometido, será enquadrado como homicídio privilegiado, nos termos do art. 121, §1º, do diploma penal. Para autores como Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 185) e Rogério Greco (2017, p. 77), tratar-se-ia de hipótese em que o agente agiria por relevante valor moral, movido por compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima, no que a doutrina costuma enquadrar como sendo “*homicídio piedoso*”.

Maria Auxiliadora Minahim (2005), por sua vez, complementa a discussão, ao afirmar que o atual Código Penal “*sequer distingue o homicídio eutanásico de outras formas de homicídio privilegiado, dispensando-lhe a especial redução de pena do parágrafo 1º do art. 121, em razão de relevante valor moral da conduta*”. A seu sentir,

Em que pese, por ora, seja esta a forma que o Código Penal Brasileiro discipline a matéria, incumbe esclarecer que existe um Projeto de Lei no Senado Federal, tombado sob nº 236/2012, que traz à baila o anteprojeto do Novo Código Penal, ainda pendente de votação no Congresso Nacional. Todavia, dentre as inovações trazidas, nota-se que o crime de eutanásia é tipificado no art. 122, *caput*, ao passo que traz, em seu §2º, causa excludente de ilicitude. Veja-se, *ipsis litteris*:

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Trata-se, pois, de inovação que colocaria fim a eventuais discussões e/ou dúvidas sobre o tema, já que haveria legislação ordinária que abarcaria situações envolvendo tanto a eutanásia, quanto a ortotanásia.

Todavia, conforme lições de Luciana Dadalto (2013), em que pese o Código de Ética Médica deixe, estreme de dúvidas, que o médico deverá respeitar a vontade expressa do paciente, é cediço que a relação médico-paciente ainda carece de proteção em situações de terminalidade. Em outras palavras, ao passo em que é fundamental que se garanta ao paciente que sua autonomia, representada pela sua manifestação de vontade, e expressão máxima do direito à liberdade, seja seguida, em um momento em que não mais puder externa-la com discernimento, há de se garantir, por outro lado, que o médico não sofra qualquer tipo de retaliação, seja no aspecto ético (responsabilidade perante a sua entidade de classe), ou no aspecto jurídico (implicações penais, sobretudo), ao fazer valer a vontade do paciente.

É dentro deste contexto que aparece o instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), cuja discussão sobre exercício da autonomia do paciente terminal se intensificou após a publicação da Resolução CFM nº 1.995/2012.

O art. 1º da Resolução em comento conceitua as DAVs como sendo “*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*”.

Luciana Dadalto (2015, p. 88), por sua vez, subdivide as Diretivas Antecipadas de Vontade em 02 (dois) tipos: o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro (*durable power attorney*). Todavia, à medida que destaca que se tratam de documentos que serão utilizados no momento em que o paciente não possa, de forma livre e consciente, exprimir a sua vontade de forma expressa, pondera que elas também são aplicáveis às situações em que a incapacidade seja transitória, não se referindo, exclusivamente, a diagnósticos de terminalidade.

Cleber Affonso Angeluci (2019, p. 48), ao dissertar sobre o tema, ao passo em que salienta que as diretivas antecipadas de vontade não estão regulamentadas no ordenamento jurídico pátrio, destaca que não há vedação à sua utilização, posto que, no direito privado, a liberdade da realização de negócio jurídico é a regra geral. Assim, desde que não haja expressa proibição da lei, tampouco contrarie a ordem pública e os bons costumes, observa-se que todo indivíduo poderá gozar de sua autonomia privada que, neste caso, tem por objeto direitos existenciais, voltados ao exercício de direitos cuja pedra de toque é, justamente, a própria pessoa e a sua dignidade.

Voltando a atenção para a Resolução CFM nº 1.995/2012, ora em comento, observa-se que o seu art. 2º, *caput*, traz, justamente, a figura do testamento vital, trazendo à baila a premissa de que o médico, 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, “*levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade*”.

O mandato duradouro, por sua vez, tem previsão no §1º do art. 2º, tratando-se, pois, da figura do representante designado pelo enfermo para a tomada de decisões deste jaez, de modo que suas informações deverão ser levadas em consideração pelo médico.

Todavia, incumbe salientar que é defeso ao médico levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade, quando estas representarem, em sua análise, vulneração aos preceitos ditados pelo Código de Ética Médica, na esteira do que prevê o §2º do dispositivo em comento.

A declaração de vontade do paciente, através das DAVs, há de prevalecer sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive, sobre os desejos dos familiares (art. 2º, §3º), cabendo ao médico registra-las no prontuário, quando diretamente comunicadas pelo paciente (art. 2º, §3º).

A Resolução em comento traz em seu bojo, ainda, a hipótese em que as DAVs não sejam conhecidas, tampouco tenha, o enfermo, nomeado representante para tanto, ou, na ausência de familiares disponíveis e/ou falta de consenso entre eles. Neste caso, caberá ao médico recorrer ao Comitê de Ética da unidade de saúde a qual encontra-se internado o enfermo, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina, com o escopo de fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, “*quando entender ser esta medida necessária e conveniente*” (art. 2º, §5º).

Em que pese inexistir norma específica que discipline a declaração prévia de vontade do paciente terminal no Brasil, não se trata, aqui, de uma vedação à utilização deste documento. Afinal, através de uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais, notadamente, do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, inciso III, e Autonomia, implícito no art. 5º, e proibição de tratamento desumano, art. 5º, inciso III, todos da Carta Magna de 1988, permite-se concluir que há, de fato, respaldo do direito brasileiro à sua aceitação (DADALTO, 2013).

Justifica-se tal orientação, sobretudo, porque o referido arcabouço legal alhures, tão somente, busca “*possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos extraordinários em caso de terminalidade*”, conforme assevera Luciana Dadalto (2013), sendo as DAVs instrumentos garantidores da autodeterminação do indivíduo, na medida em que evitam o constrangimento do enfermo de ser submetido a tratamentos médicos fúteis, que apenas potencializam o risco de vida, característica típica dos procedimentos médicos hospitalares.

Tem se observado, desde a publicação da Resolução CFM nº 1.995/2012, o considerável crescimento no número de registros de testamentos vitais. A título de exemplo, de acordo com dados do Colégio Notarial do Brasil, entidade que reúne os tabeliões do país, nos seis primeiros meses de 2021, foram realizados cerca de 359 registros deste tipo de documento, representando um aumento de 65% de relação ao mesmo período em 2020, quando foram registrados 217 testamentos vitais (LEÓN, 2021).

Em que pese se observe um crescimento no número de registros de testamentos vitais, é notório que o tema ainda não é recorrente no Brasil, notadamente, no Poder Judiciário, através dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça. Cléber Angeluci (2019, p. 49) atribui esta escassez de decisões no âmbito judiciário sobre o assunto, dentre outros pontos, ao fato de que boa parte da população desconhecer as possibilidades jurídicas de decisões de final de vida; ausência de debates sobre o tema “morte”, considerando o tabu e a resistência encontradas; predominância, até pouco tempo atrás, da obstinação terapêutica (ou distanásia, já abordada alhures); desconhecimento da utilidade dos cuidados paliativos, tanto pelos médicos, quanto pelos pacientes e; omissão legislativa sobre o assunto.

Todavia, observa-se maior recorrência sobre o tema no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, dentre os poucos julgados encontrados, merece especial destaque o julgamento da Apelação Cível nº 70.054.988.266⁵, considerando que a sua ementa faz expressa menção à ortotanásia, e ao testamento vital. Na oportunidade, o Desembargador Relator, Dr. Irineu Mariani, chamara a atenção para a interpretação do art. 5º, *caput*, que traz à baila o direito à vida, combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana, fixado no art. 2º, inciso III, ambos da Carta Magna, fazendo referência à vida com dignidade, ou

⁵ Apelação Cível nº 70.054.988.266, ementada com o seguinte teor: “APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para ‘aliviar o sofrimento’; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida” (TJRS, 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70.054.988.266. Rel. Des. Irineu Mariani, j. 23.11.2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=ortotan%C3%A1sia&conteudo_busca=ementa_completa Acesso em: 24 fev. 2022.

razoável qualidade. Da mesma forma, ao tempo em que reconhece a capacidade do indivíduo de decidir livremente acerca do tratamento o qual deseja se submeter, a ementa também cita a Resolução CFM nº 1.995/2012.

Ora, ainda que tímido, é notório o avanço da discussão no Brasil. Todavia, como bem salienta Luciana Dadalto (2019, p. 8), a ausência de previsão legal específica sobre eutanásia e suicídio assistido não afasta o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da defesa do direito à morte digna, não se admitindo ao Estado impedir, de qualquer forma, que o indivíduo escolha “*como deseja vivenciar sua própria terminalidade*”.

5 CONCLUSÃO

A autonomia na relação médico paciente nada mais é do que a possibilidade do enfermo fazer as suas escolhas, após o fornecimento, pelo médico, de todas as informações possíveis sobre o seu quadro clínico, e respectivos tratamentos e/ou procedimentos médicos para restabelecer a sua saúde. Exercer a sua autodeterminação, de forma livre e consciente, é a expressão máxima da dignidade da pessoa humana, e a tomada de decisões nesta relação está intimamente ligada ao poder-saber: a troca de informações entre médicos e pacientes é o que embasará o consentimento (ou não) destes, e estabelecerá os limites da atuação daqueles.

Todavia, em se tratando de situações que envolvem terminalidade, cujo diagnóstico já presume a existência de uma doença grave e incurável, o exercício da autonomia do paciente, e conseqüente tomada de decisões, poderá se voltar, na maioria das vezes, na recusa de determinados procedimentos que não mais são úteis ao enfermo, uma vez que impossibilitado o restabelecimento da saúde, e contexto de morte iminente. Com base no que fora esposado quanto às possibilidades de recusa terapêutica no Brasil, se concluiu pela sua viabilidade, amparado nas disposições do Código de Ética Médica, e, principalmente, a Resolução CFM nº 2.232/2019, que disciplina este instituto.

Parece bem claro que o ordenamento jurídico brasileiro concede ao paciente terminal a possibilidade de recusar determinados procedimentos médicos que não mais são hábeis a reverter o quadro de terminalidade, autorizando-o a substituí-los pelos chamados cuidados paliativos, voltados muito mais ao conforto e redução do sofrimento ao paciente, no estágio final da sua vida. Não obstante o Brasil criminalize a eutanásia, em todas as suas modalidades, é certo que a prática da ortotanásia vem se tornando o centro das discussões sobre a terminalidade, posto que representa a possibilidade de se viabilizar uma morte digna, sem sofrimento, e no tempo certo.

É certo que muitos médicos não se sentem respaldados do ponto de vista jurídico, notadamente, porque o Brasil não dispõe de uma legislação específica para orientar médicos a trabalharem com pacientes com quadro de doença terminal. Todavia, institutos como as Diretivas Antecipadas de Vontade vêm ganhando cada vez mais seguidores, com crescimento considerável de registros de testamentos vitais nos cartórios, com legítimos instrumentos de autodeterminação dos pacientes quanto aos tratamentos a que deseja ser submetido, quando não mais estiver consciente.

O que se concluiu, através deste trabalho, é de que a discussão sobre os limites da atuação do paciente terminal, bem como do médico, não pode esbarrar, tampouco se limitar, ao debate sobre a ausência de legislação específica no Brasil. Afinal, o ordenamento jurídico brasileiro já conta com disposições que autorizam e legitimam não somente o exercício da autonomia do paciente, como também o respeito e efetivação destas decisões pelo médico, sobretudo, porque da mesma forma que a Constituição Federal prevê o direito à vida, sob o manto da dignidade da pessoa humana, em interpretação *a contrario sensu*, parece-nos uma consequência lógica que, aos pacientes terminais, se viabilize e se garanta o direito à morte digna.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: As diretivas antecipadas de vontade e a morte digna. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set., 2019. Disponível em: <http://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/464>. Acesso em: 28 fev. 2022.

ARAUJO, Ana Thereza Meirelles; CERQUEIRA, Maria Clara Peleteiro. **O direito de recusa a tratamento médico: os efeitos de uma análise ponderada entre o artigo 15 do Código Civil e do 146, §3º, inciso I, do Código Penal**. Orientadora: Ana Thereza Meirelles Araujo. 2019. 27 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1459/1/TCCMARIACLARACERQUEIRA.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ARAUJO, Ana Thereza Meirelles; FERNANDES, Lyellen Silva Fernandes. Liberdade decisória do médico e compreensão pelo paciente: o dever recíproco de informação como pressuposto fundamental. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**. V. 10, n. 1, 2021. P. 149-164. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/645/796>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BARBA, Diana Fontes de; RODAS, Alejandro Enrique Barba. A controvérsia da recusa terapêutica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5565. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69251>. Acesso em: 19 fev. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte especial: crimes contra a pessoa**. Coleção Tratado de direito penal volume 2 – 20. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 662 p

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 31 jan 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal**, Brasília, 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/De12848compilado.htm> Acesso em 03 fev 2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil**, Brasília, 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 31 jan 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº70.054.988.266**. Relator: Des. Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=ortotan%C3%A1sia&conteudo_busca=ementa_completa Acesso em: 24 fev. 2022

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica. Resolução nº. 1.931/2009**. Disponível em: <http://www.cfm.org.br>. Acesso em: 15 fev. 2022.

_____. **Resolução n.1.805/2006**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805> . Acesso em: 23 fev. 2022.

_____. **Resolução nº 1.995/2012**. Disponível em < http://www.bioetica.ufrgs.br/1995_2012.pdf> Acesso em 29 jan 2022.

_____. **Resolução nº 2.232/2019**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em 21 fev. 2022.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho**. 2013;28:61-71. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1886-58872013000200006. Acesso em: 28 fev. 2022.

DADALTO, Luciana. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-11, 2019. Trimestral. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/9555>. Acesso em: 26 fev. 2022.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Débora. GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GOLDIM, José Roberto. **Suicídio Assistido**. 2004c. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/suicass.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2022 .

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2013. V. I

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, vol. II: introdução à Teoria Geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. – 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. 1.144 p.

GUTIERREZ, Pilar L. O que é o paciente terminal? **Revista da Associação Médica Brasileira**. 2001; 47-92. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ramb/a/Lc5MYWZHrMb8vGpRWWdx3qF/?lang=pt>. Acesso em: 26 fev. 2022.

LEÓN, Lucas Pordeus. **Número de testamentos no Brasil cresce 41% no primeiro semestre**. Radioagência Nacional, Brasília, 05 jul. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-07/numero-de-testamentos-no-brasil-cresce-41-no-primeiro-semester#:~:text=O%20n%C3%BAmero%20de%20testamentos%20realizados,o%20mesmo%20per%C3%ADodo%20de%202020.&text=O%20testamento%20vital%20cresceu%2065,s eis%20meses%20do%20ano%20passado> Acesso em: 24 fev. 2022.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O direito penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia**. 2005. 263p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34756/R%20-%20T%20-%20MARIA%20AUXILIADORA%20MINAHIM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 30 jan 2022.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 11. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Tradução para o português: Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília; 2005. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 28 fev. 2022.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. Ética da alteridade e respeito à autonomia na relação médico-paciente. **Revista Direito UNIFACS**, v. 187, p. 01-20, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4540>. Acesso em: 30 jan. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. O direito subjetivo à morte digna: uma leitura do direito brasileiro a partir do caso José Ovídio González. **civilistica.com**, v. 5, n. 2, p. 1-16, 29 dez. 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/269>. Acesso em: 23 fev. 2022.

SANCHEZ Y SANCHES, Kilda Mara; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Ortotanásia: uma decisão frente à terminalidade. **Revista Interface: Comunicação, Saúde, Educação**. Botucatu, v. 17, nº 44, p-23-34, jan/mar. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/R4CFGYZqSt4P5z7VjWvfLKb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 fev. 2022.

VASCONCELOS, Camila. **Direito médico e bioética: história e judicialização da relação médico-paciente** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_%20bioetica/article/viewFile/56/59. Acesso em: 23 fev. 2022.