



ORTOTANÁSIA E LIMITAÇÃO CONSENTIDA DE TRATAMENTO: DELINEAMENTOS ÉTICO-MÉDICOS E JURÍDICOS

¹Vinicius Calado
²Luiza Coêlho

RESUMO

O objetivo do presente estudo é demonstrar a possibilidade jurídica da limitação consentida de tratamento, em conformidade com a Constituição Federal da República, o Código Civil, Código Penal, analisando-se ainda as resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM, e a legislação específica sobre a matéria, buscando verificar quais os direitos dos pacientes e quais os deveres dos médicos quando os primeiros desejem limitar seus tratamentos, optando por cuidados paliativos ao realizarem a chamada ortotanásia.

Palavras-chave: Ortotanásia; CFM; Direito do Paciente; Dever do Médico; Possibilidade jurídica.

ORTOTANASIA AND CONSENTED LIMITATION OF TREATMENT: ETHICAL-MEDICAL AND LEGAL DEVELOPMENTS

ABSTRACT

The aim of this study is to demonstrate the legal possibility of consenting limitation of treatment in accordance with the Federal Constitution, the Civil Code, Criminal Code, analyzing even the resolutions of the Conselho Federal de Medicina, and specific legislation on the matter, in order to verify which patients' rights and what the duties of doctors when the first wish to limit their treatments, opting for palliative care when making the orthothanasia call.

Key Words: Orthothanasia; CFM; Patients' Rights; Duties of Doctors; Legal Possibility.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – Unicap, Pernambuco (Brasil).
Professor pela Universidade Católica de Pernambuco – Unicap, Pernambuco (Brasil). Presidente da Comissão de Direito e Saúde pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Pernambuco (Brasil).
E-mail: advogado@viniuscalado.com.br

² Pós-graduanda em Direito pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, São Paulo (Brasil). Advogada



ORTOTANASIA Y LIMITACIÓN CONSENTIDA DE TRATAMIENTO: DELINEAMIENTOS ÉTICOS-MÉDICOS Y JURÍDICOS

RESUMEN

El objetivo del presente estudio es demostrar la posibilidad jurídica de la limitación consentida de tratamiento, de conformidad con la Constitución Federal de la República, el Código Civil, Código Penal, analizando aún las resoluciones del Consejo Federal de Medicina - CFM, y la legislación específica Sobre la materia, buscando verificar qué derechos de los pacientes y cuáles son los deberes de los médicos cuando los primeros desean limitar sus tratamientos, optando por cuidados paliativos al realizar la llamada ortotanasia.

Palabras clave: Ortotanasia; (1). Derecho del paciente; Deber del médico; Posibilidad jurídica.

1. INTRODUÇÃO

O avanço da medicina tem ocasionado o prolongamento da vida humana, mas nem sempre os tratamentos terapêuticos que a prolongam refletem a vontade do paciente. Visando preservar a autonomia do paciente e disciplinar os cuidados médicos no fim da vida, o Código de Ética Médica - CEM, a Resolução CFM n. 1931/2009, dentre os seus princípios fundamentais (XXII) estabelece que nas “situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”, ao tempo que veda ao médico (Art. 41) abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido (seja do paciente ou seu representante legal), estabelecendo que nos casos de doença incurável e terminal, tem o médico o dever de ofertar os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, conforme a vontade expressa do paciente.

Contudo esta temática, ainda pouco enfrentada pela doutrinadora brasileira, causa sempre uma divergência de opiniões, seja pelo elevado cunho ético, moral, social, econômico e religioso que são adjacentes à matéria, seja pela grande confusão que



muitas vezes se faz entre os diferentes conceitos que se dão as ações ou omissões do médico ou do paciente no que dizem respeito ao morrer dignamente.

Muitas vezes não há sequer consenso quanto à terminologia utilizada o que poderia levar a crer se estaria defendendo uma violação ao direito à vida ao tratar de questões pertinentes aos cuidados paliativos inseridos na chamada ortotanásia. A palição tem origem no termo paliativo que

é derivado do latim *pallium*, que significa manto, indicando a essência desse tipo de cuidado, como uma forma de proteger aqueles que sofrem de doenças incuráveis, propiciando-lhes o alívio das dores, principalmente quando não houver mais recurso da medicina curativa. O conteúdo dos cuidados que serão considerados paliativos não segue um padrão fixo, dependerá da avaliação diagnóstica e das necessidades da pessoa doente e de sua família.³

Assim, buscar-se-á inicialmente delinear os contornos terminológicos para eliminar ao menos este tipo de controvérsia, para posteriormente adentrar na discussão do tema.

2. EUTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

O morrer com dignidade permite que o paciente conserve o seu caráter, sua personalidade e seu estilo⁴, deixando-o partir com a menor aflição possível, física ou moral e em ambiente ou situação calma e em que se transmita paz interior. Defendendo-se que este direito

[...] deve ser garantido e tutelado um mínimo, um piso de dignidade para todo ser humano. Com relação à morte, a dignidade incide, precipuamente, sobre os desdobramentos relacionados à autodeterminação do ser humano sobre seu corpo e destino, ou seja, a possibilidade de o indivíduo optar por um ou até mesmo recusar o único tratamento médico disponível, mesmo que a provável consequência da recusa seja a morte.⁵

³ LIMA, Luciana Vasconcelos; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Responsabilidade civil médica diante dos cuidados paliativos e da ortotanásia. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=238167>>. Acesso em: 20 maio 2016. p.3.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **O ESTADO ATUAL DO BIODIREITO**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.512.

⁵ FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre os direitos da personalidade e o direito à vida digna (direito a não nascer e a nascer saudável). **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 7, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=230576>>. Acesso em: 20 maio 2016.



Ocorre que defendendo o direito de morrer com dignidade há quem considere que em certas situações a vida deve ser interrompida, para que a pessoa escolha a forma e o tempo em que irá partir, intervindo ativamente para que isso aconteça. É o caso da eutanásia e também do suicídio assistido.

O suicídio assistido em situações médicas ocorre quando o paciente pratica o ato que lhe levará à morte com orientação de um médico ou outro profissional de saúde, quando põe termo à própria vida de forma rápida e indolor, ato jurídico já legalizado em alguns poucos lugares no mundo, ao exemplo do Estado de Oregon nos Estados Unidos da América, existem, contudo, requisitos para a sua autorização.⁶

Já a eutanásia é a morte provocada de forma rápida e indolor, com o consentimento do paciente, contudo a ação nesse caso não é do paciente, mas sim do médico ou de terceiro, que aplica o medicamento letal, levado por sentimento de piedade e de elevado cunho social e também se encontra legalizada em alguns lugares, como Holanda e Bélgica.⁷

Ambas as ações são repudiadas no pelo direito brasileiro e consideradas como crime pelo Código Penal Brasileiro, sendo no primeiro caso configurada a assistência ao suicídio (Art. 122) e no segundo caso o homicídio (Art. 121), isto porque atentam contra o direito à vida, previsto no Art. 5º da Constituição da República, direito este que é irrenunciável.

No campo oposto dessas ações temos a chamada distanásia que de acordo com Maria Helena Diniz “trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte”⁸, o que é igualmente repudiável, pois viola a dignidade do paciente, forçando-o a passar por situação dolorosa até o termo final de sua vida, ao invés de tomar medidas paliativas para que o mesmo possa morrer com conforto.

Por enquanto nos interessa a ortotanásia, a qual “trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma

⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 491

⁷ KOVACS, Maria Julia. **A caminho da morte com dignidade no século XXI**. Rev. bioét. (Impr.). 2014; 22 (1): 94-104. Disponível em: http://www.bioetica.org.br/library/modulos/varias_bioeticas/arquivos/Varias_Dignidade.pdf. Acesso em: 20 maio 2016. p.97

⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 507.



aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso”⁹, ou seja, seria uma limitação consentida do tratamento, afirmando Letícia Martel que o “aliado indissociável da ortotanásia é o *cuidado paliativo*. Seu ponto de partida é também a aceitação da morte, sem emprego de métodos extraordinários e desproporcionais.”¹⁰

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) os cuidados paliativos são aqueles que:

[...] consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.¹¹

A questão da ortotanásia, objeto do nosso estudo, já não é tão sedimentada na doutrina brasileira quanto as outras, como será demonstrado adiante, tanto que a Resolução do CFM – Conselho Federal de Medicina sobre a matéria (nº 1.805/2006) chegou a ser questionada judicialmente pelo Ministério Público Federal – MPF.

3. ORTOTANÁSIA, CUIDADOS PALIATIVOS E DIREITO À INFORMAÇÃO DO PACIENTE

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (CF/88, art. 1º, III), direito que hoje é suscitado e protegido por todos os operadores do direito, pois “o direito de todos e de cada um a uma vida digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório.”¹²

Em paralelo, na mesma Carta Magna, em seu Art. 5º, inciso III, está previsto que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, o que de fato ocorre quando um paciente vem a ser submetido a repetidos tratamentos que a medicina considera como fútil, ou seja, “o tratamento que não consegue reverter o

⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf. Acesso em: 20 maio 2016. p.209.

¹¹ INCA, disponível em http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=474. Acesso em: 20 maio 2016.

¹² BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em: 20 maio 2016.



distúrbio fisiológico que levará o paciente à morte, trazendo tão somente um sofrimento insuportável.”¹³

Como antes mencionado, avanço da medicina prolongou a vida humana, mas nem sempre os tratamentos que a prolongam refletem a vontade do paciente, alterando o fenômeno e deslocando-o de lugar e de poder decisório:

Os avanços da técnica médica propiciaram uma mudança radical no processo de morte. De fenômeno natural vivido no seio familiar, ele passou a estar sujeito à ingerência de recursos tecnológicos capazes de manter as funções vitais de um corpo para além dos limites da enfermidade.¹⁴

Barroso e Martel ponderam que “o fenômeno da *medicalização da vida* pode transformar a morte em um processo longo e sofrido”¹⁵, chegando a afirmar ainda que

o prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade.

Levando essas afirmações em consideração há de se questionar: Qual a finalidade do tratamento? É lícito impor dor ao paciente terminal forçando-o a uma vida sem qualidade?

A saúde e a medicina não se restringem à cura do corpo ou ao objetivo de fazer com que àquele corpo continue funcionando a qualquer custo, a saúde abrange a integridade física e também a integridade psíquica, Pietro Perlingieri afirma que “a integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana”¹⁶

Deve-se levar em consideração que a morte é o fim do ciclo natural da vida e que ocorrerá com todos, pelo que a medicina deve evoluir para que o homem chegue a este fim sem passar por agonias extraordinárias, mas, contrário a isto “o desenvolvimento

¹³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.509.

¹⁴ BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=238170>>. Acesso em: 20 maio de 2016.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p 159



técnico na área da saúde cria ambiente desumano, deixando a dignidade em segundo plano.”¹⁷

Assim, temos que o direito constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado desde o nascimento até o último momento da vida de alguém. Nas palavras de Fachin:

A morte é, a rigor, ao mesmo tempo tabu, e, por outro lado, é uma partida. Morrer na verdade significa transformar-se, e a transformação requer, tanto quanto a vida, o devido respeito. [...] é preciso compreender que o modo de atender a um direito fundamental de viver com dignidade encontra simetria no direito igualmente fundamental que é o de morrer com dignidade.¹⁸

Analisando-se os dispositivos do Código Civil de 2002 (CC/2002) aplicáveis ao assunto em estudo¹⁹, temos que o artigo 15²⁰ do CC/2002 versa sobre tratamento médico, inserindo dentre os direitos da personalidade o de não ser constrangido com risco de morte a tratamento médico ou cirúrgico. Este artigo consagra o respeito a autonomia do paciente, cuja vontade pode ser expressa de modo verbal ou escrito (art. 104²¹ do CC/2002), sendo a regra geral na atividade médica a oralidade da aceitação, posto que a validade de uma declaração de vontade não depende de forma especial²², devendo-se atentar especialmente para a intenção das partes²³.

Este princípio da liberdade de forma também vigora no ordenamento português:

Nos termos do art. 219º. vigora no direito civil português o princípio da liberdade de forma. Do mesmo modo também no contrato médico a regra é a da oralidade.²⁴

¹⁷ KOVACS, Maria Julia. **A caminho da morte com dignidade no século XXI**. Rev. bioét. (Impr.). 2014; 22 (1): 94-104. Disponível em: http://www.bioetica.org.br/library/modulos/varias_bioeticas/arquivos/Varias_Dignidade.pdf. Acesso em: 20 maio 2016. p. 95

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Viver e morrer com dignidade. Entrevista concedida a Rodolfo Pamplona. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119877>>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁹ Sobre a natureza obrigacional da relação médico paciente vide: CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado**: um estudo disciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá, 2014. p. 74-94.

²⁰ CC/2002 - Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

²¹ CC/2002 - Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²² CC/2002 - Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

²³ CC/2002 - Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

²⁴ PEREIRA, André Gonçalves Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 481. Artigo 219º do CC de Portugal: “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir”.



Relevantes considerações devem ser feitas também quando a vontade é manifesta, mas decorre de erro ou ignorância, fato este que não é incomum na área médica, sendo o negócio jurídico anulável²⁵.

Na área médica pode haver erro substancial²⁶ quando o paciente não toma conhecimento das qualidades essenciais do tratamento ou mesmo no tocante ao grau de estudo/especialização do profissional médico (neste sentido a preocupação e regramento do CFM quanto a divulgação das especialidades).

Outrossim, aquilo que inicialmente poderia ser considerado erro substancial pode caracterizar-se como omissão dolosa²⁷, o que pode ocorrer com certa frequência nessa área, posto que um paciente ciente de um efeito colateral qualquer, poderá optar por não realizar um determinado tratamento. Esse fato torna-se mais grave se o procedimento médico for eletivo. Assim, haverá omissão dolosa na relação médico-paciente quando o médico silenciar, negligenciando o seu dever de informar, sobre fatos de relevo a respeito do tratamento médico que sejam capazes de influir na recusa do paciente àquele tratamento, de tal modo que se o mesmo soubesse daquele fato não o teria realizado.

Situações de estado de perigo²⁸ são também comuns na área médico-hospitalar, notadamente quando planos de saúde não autorizam procedimentos e o paciente ou seus familiares são obrigados a assumir as despesas médicas e hospitalares que seriam naturalmente da operadora, contudo as implicações jurídicas destas questões não são objeto do presente estudo.

Já o Conselho Federal de Medicina – CFM, através da Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009²⁹, editou o “novo” Código de Ética Médica – CEM, vigente a partir de 13 de abril de 2010, do qual são sujeitos passivos os médicos, abrangendo a atividade médica considerada em si mesma, além das atividades de ensino, pesquisa e

²⁵ CC/2002 - Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

²⁶ CC/2002 - Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

²⁷ CC/2002 - Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

²⁸ CC/2002 - Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

²⁹ Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/download/CODIGO.zip>. Acesso em 19 de maio de 2014.



extensão. O CEM trata de inúmeras situações que implicam direta e indiretamente pacientes e instituições públicas e privadas, inclusive operadoras de planos de saúde.³⁰

Em sua estrutura o Código de Ética Médica – CEM possui princípios, direitos e deveres do profissional médico, elencando 25 princípios, 10 normas relativas a direitos profissionais, 118 relativas a deveres e ainda 4 disposições gerais. Dessa simples análise de sua estrutura já é possível perceber que os deveres médicos estão na base da construção do Código.

Entre seus mandamentos principiológicos encontra-se o respeito à escolha do paciente, em verdade, o dever de respeito à autonomia do paciente, bem como o dever de propiciar a palição, cujos incisos XXI e XXII de seus princípios fundamentais enunciam:

Capítulo I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Assim, o Código de Ética Médica – CEM, ao prescrever que “o médico aceitará as escolhas de seus pacientes” trouxe uma nítida preocupação com a autonomia do paciente. Sobre o tema manifestam-se Eduardo Dantas e Marcos Coltri:

Tal atitude representa uma grande mudança na maneira de encarar o papel do médico – salvar vidas humanas a qualquer custo -, passando a atribuir ao paciente ou seu representante legal parcela de responsabilidade quanto às decisões e consequências de seu tratamento.³¹

O reconhecimento do direito do paciente a sua autonomia no contexto deontológico tem um significado contextual de relevo, posto que no passado a relação médico paciente era vista como vertical, onde o médico decidia por ser detentor do conhecimento, como se o paciente fosse um incapaz diante do acometimento da doença. Aliás, esta perda de autonomia vontade é fácil de ser percebida por qualquer pessoa que

³⁰ Já abordamos o tema anteriormente em: CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado**; um estudo disciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá, 2014. p.141-152.

³¹ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 34.



se interne para um tratamento médico, uma vez que o indivíduo deixa de ser uma pessoa (Antônio, Carlos ou João) e passa a ser “o paciente do leito N” e, como tal, tem que forçosamente ajustar-se às regras nosocomiais.

Atualmente, a relação médico-paciente passou a ser horizontal, inexistindo qualquer hierarquia entre as partes, devendo o galeno aceitar as escolhas do paciente, sendo necessário para tanto que o paciente seja adequadamente informado.³²

Esta informação, em regra, era (e ainda é, de fato) verbal o que trazia (e traz) dificuldade probatória acerca da comunicação e da compreensão pelo paciente.

Assim, mesmo antes da vigência do novo CEM já havia certo consenso na doutrina de que em qualquer atividade médica deveria se realizar o dever de informar, documentando-se³³, solicitando ao paciente que assinasse um termo de consentimento para a realização do ato onde constem todas as informações prestadas, o assim chamado “termo de consentimento informado” ou “termo de consentimento livre e esclarecido”, cujo estudo aprofundado fora realizado noutro trabalho e não é objeto específico deste.

Frise-se que o dever de informar não advém somente de princípio ético ou de norma consumerista, o direito à informação tem raiz histórica na boa-fé, princípio que hoje é previsto expressamente no Código Civil de 2002, em seu art. 422 trazendo força obrigacional à este dever.³⁴

Este consenso decorre, inclusive, dos próprios posicionamentos e resoluções anteriores ao CEM de 2009, posto que inúmeras são as resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM e dos Conselhos Regionais estaduais sobre a matéria do consentimento esclarecido. Eduardo Dantas e Marcos Coltri em sua obra³⁵ fizeram um levantamento das normas esparsas do CFM que versam sobre a matéria, encontrando um total de vinte, sendo a mais antiga datada de 1975, cujo conteúdo versa sobre o

³² Sobre a horizontalidade na relação médico paciente vide: CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado**: um estudo disciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá, 2014. p.65-74.

³³ “E ainda: não só é importante que o paciente seja clara e ostensivamente informado – consoante prevêm o Código de Ética Médica e o Código do Consumidor – como é também necessário que o médico se documente de ter fornecido aquelas informações.” GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica - as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 83.

³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Obrigações. São Paulo, Saraiva, 2011. p.90

³⁵ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 35-39



consentimento em pesquisa clínica (Resolução CFM n. 671/1975). A essas referidas por Eduardo Dantas e Marcos Coltri acrescenta-se a

RESOLUÇÃO Nº 1.711, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2003 do CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA que “Estabelece parâmetros de segurança que devem ser observados nas cirurgias de lipoaspiração, visando garantir ao paciente o direito de decisão pós-informada e aos médicos, os limites e critérios de execução.”

Outrossim, entre as suas 118 regras relativas a deveres profissionais, o Código de Ética Médica – CEM, enuncia 4 artigos específicos sobre o direito à informação/dever de informar, quais sejam, artigos 22, 24, 31 e 34, entre outras de caráter informacional mais geral e art. 41, versando especificamente sobre cuidados paliativos.

Em seu artigo 22 o CEM veda ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Este artigo revela, em verdade, uma proibição que contém duas imposições implícitas: primeiro o dever de esclarecimento do procedimento a ser realizado e a segunda o dever de obter o consentimento.

Desta feita, este artigo consagra o princípio da autonomia da vontade esculpido no princípio de número XXI já referido linha atrás. Ao cumprir o dever de obter o consentimento já deve ter cumprido o dever de informar, sendo este pressuposto lógico para aquele, ao que referem Eduardo Dantas e Marcos Coltri:

O primeiro artigo referente aos Direitos Humanos deixa explícito e evidente dois pilares deste Código de Ética Médica: direito à informação e autonomia do paciente. Na realidade, se analisando mais detidamente, a informação é pressuposto da autonomia.³⁶

Como já aduzido quando tratamos a questão da informação, apenas o paciente esclarecido poderá tomar uma decisão ou fazer uma escolha conscientemente, sob pena, inclusive de considerar-se sua vontade viciada. Neste sentido

Ao paciente – por ser pessoa, e via de consequência, possuir dignidade – deve ser assegurado que sua autonomia seja o critério informador da conduta moral inserida no processo de decisão médica. O profissional da saúde deve tomar consciência de que quanto mais esclarecimentos e orientações forem passadas aos seus pacientes, a escolha destes será

³⁶ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. *Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 105



realmente racional, livre e consciente. Daí resultará uma escolha compartilhada, em que médico e paciente assumam a responsabilidade pelo procedimento médico adotado.³⁷

Já em seu artigo 24 o CEM veda ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”, demonstrando claramente que deseja e quer romper com a visão de mundo pretérita onde o médico estava posicionado hierarquicamente acima do paciente. Ou seja,

A autodeterminação do paciente implica em conhecimento e informação, possibilitando sua reflexão acerca da melhor escolha a ser tomada. A informação é um dever do profissional de saúde e sua inobservância acarreta consequências éticas e punições legais. Portanto, sem informação, não há consentimento esclarecido. O dever de informação é, pois, parte integrante do ato médico.³⁸

Contudo, na prática há certa sujeição do paciente ao médico, notadamente quando o paciente se encontra desacordado em cirurgia, nem por isso tem o médico direito de agir sem o consentimento do paciente, a não ser que haja risco de morte, tendo o paciente de realizar suas escolhas, consoante a orientação do médico dada a limitação técnica do mesmo³⁹.

Este poder decisório do paciente (autonomia da vontade) veda ainda ao médico intervir nas decisões do paciente ou de seu representante legal, ressalvando-se apenas, como já retromencionado o risco de morte, consoante o art. 31 do CEM:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Eduardo Dantas e Marcos Coltri ao comentar este artigo do CEM referem o princípio da beneficência, posto que impossibilitado o paciente (ou seus parentes) de manifestar sua vontade “poderá o médico intervir para adotar as práticas diagnósticas,

³⁷ OLIVEIRA, Daniela Rezende de. A autonomia do paciente e a ética médica – A relação entre os princípios da autonomia e da beneficência (e não maleficência). *Revista Fórum de Direito Civil RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=232557>>. Acesso em: 20 maio 2016.

³⁸ OLIVEIRA, Daniela Rezende de. A autonomia do paciente e a ética médica – A relação entre os princípios da autonomia e da beneficência (e não maleficência). *Revista Fórum de Direito Civil RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=232557>>. Acesso em: 20 maio 2016.

³⁹ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. *Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 115.



terapêuticas ou cirúrgicas que entenda necessárias, em benefício da preservação da vida.”⁴⁰

O art. 34 veda ao médico:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

A informação tratada neste artigo é uma informação qualificada, qual seja, aquela que trata da situação atual do paciente (diagnóstico), tendo direito o paciente de saber qual a doença que o acomete, bem como de saber qual é o seu provável futuro (prognóstico), revestindo-se no dever do médico de prestar esclarecimento com base no estado atual da ciência médica, nas estatísticas e conseqüentemente as chances que possui o paciente de reverter a situação atual. Outrossim, a regra deontológica também determina que o paciente tenha conhecimento do tratamento proposto, nesse sentido, indo além da mera escolha pelo médico do tratamento, mas dos tratamentos possíveis e viáveis, para que o paciente possa sopesar os benefícios e malefícios (riscos) de cada um dos tratamentos possíveis, para só aí, tomar uma decisão e realizar uma escolha. Neste momento, após esta escolha esclarecida é que deve o médico colher o consentimento do paciente.

Sua aplicação já foi, inclusive, objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ⁴¹, onde a ministra relatora NANCY ANDRIGHI em seu voto condutor a ele se referiu expressamente, excluindo a responsabilidade civil de médico que produziu prova de diligentemente ter cumprido o dever de informar.

Comentando este dispositivo do CEM, Eduardo Dantas e Marcos Coltri observam:

Amparado não apenas na bioética, mas também no ordenamento jurídico, notadamente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, este direito do paciente se converte em uma obrigação para o médico, um dever objetivo de informar, de maneira clara, adequada, pertinente e compreensível, sendo-lhe proibido omitir informações relevantes, distorcê-las ou manipulá-las, de modo a comprometer a capacidade decisória do paciente⁴²

⁴⁰ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 146.

⁴¹ REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010

⁴² DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 150.



Outrossim, o CEM veda ao médico (Art. 41) abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido (seja do paciente ou seu representante legal), estabelecendo que nos casos de doença incurável e terminal, tem o médico o dever de ofertar os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, conforme a vontade expressa do paciente. Aduzindo Barros Júnior que “é dever do médico agir dessa forma”, posto que chegaria a hora de “servir à pessoa e não mais prolongar o seu sofrimento e o seu doloroso processo de morte”.⁴³

Desta análise, percebe-se que o CEM, consagrou o direito fundamental do paciente à informação, trazendo princípios e regras que devem ser observadas pelos médicos nas relações com paciente e familiares, objetivando assim a preservação de sua autonomia, inclusive nos casos de doença incurável e terminal, possibilitando os cuidados paliativos.

Antes do CEM (que é de 2009 e entrou em vigor em 2010), a Resolução CFM nº 1.805/2006 buscou regular especificamente a questão da limitação e da suspensão de tratamentos em pacientes terminais, tendo sido suspensa por decisão liminar, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal/DF, movida pelo Ministério Público Federal - MPF, que alegou em síntese que o CFM não teria poder regulamentar para estabelecer conduta ética uma conduta que é tipificada como crime, o fato de que o direito à vida é indisponível, podendo apenas ser limitado por lei em sentido estrito e por fim, que, considerado o contexto sócio-econômico do país a ortotanásia pode ser utilizada de forma indevida pelos familiares do doente ou pelos médicos particulares ou do SUS.

Posteriormente, a ação foi julgada improcedente (2010), ficando claro na sentença que contrário ao que fora suscitado pelo MPF, a ortotanásia não configura crime de homicídio previsto no Código Penal Brasileiro, sendo digno de nota trecho do Parecer da Procuradoria da República que foi utilizado em sua íntegra para fundamentar a decisão, em que, após conceituar a eutanásia e a distanásia explica:

No meio das duas espécies, figura a ortotanásia, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, *considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com*

⁴³ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de ética 2010**: comentado e interpretado. São Paulo: Atlas, 2011. p.260.



prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível. Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena. A ortotanásia não se confunde com a chamada eutanásia passiva. É que, nesta, é a conduta omissiva do médico que determina o processo de morte, uma vez que a sua inevitabilidade ainda não está estabelecida. Assim, os recursos médicos disponíveis ainda são úteis e passíveis de manter a vida, sendo a omissão do profissional, neste caso, realmente criminosa.⁴⁴

Contudo, há quem defenda a impossibilidade da ortotanásia no atual cenário normativo brasileiro, considerando-a má prática médica, no que se discorda no particular, ao exemplo de Maria Helena Diniz a afirmar que:

[...] se o médico deve respeitar a vida humana desde a concepção até a morte, utilizando seus conhecimentos em benefício do paciente, não podendo causar-lhe qualquer sofrimento físico ou psíquico, não seria a eutanásia ativa, o suicídio assistido ou o ato de desligar aparelho de sustentação da vida más práticas médicas, pois os direitos fundamentais do paciente garantidos pela Constituição Federal e pelo Código de Ética Médica, são o direito à vida e o de não ser morto pelo seu médico, mesmo estando em estado terminal?

Logo, parece-nos que proibido está o profissional da saúde de utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal. A *má prática médica* ocorre, portanto, quando o profissional da saúde desvirtua sua finalidade humanitária e atenta contra a dignidade do ser humano. O médico não pode sustar nem diminuir a vida.⁴⁵

O ato médico aparece na superfície textual como preponderante para a análise do fato pela autora referida, deixando-se de lado a autonomia da vontade do paciente (sua liberdade em termos constitucionais), bem como o fato de que o respeito a dignidade do paciente apenas estará observado quando se levar em consideração as suas vontades e o seu estado físico e mental, não cabendo ao médico ser protagonista da vida

⁴⁴ Sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, 14ª Vara Federal/DF. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.505.



do seu paciente obrigando-o, por exemplo, realizar tratamentos dolorosos que prolonguem sua vida indeterminadamente, sem contudo que haja finalidade neste prolongamento, perpetuando a angústia deste e de seus familiares.

Ressalte-se que, diferente do que fora defendido, não se trata de uma “diminuição” da vida, mas sim do seu não prolongamento desnecessário, se trata de deixar que a morte tenha seu curso normal, permitindo ao paciente que se encaminhe para o fim da vida com tratamentos paliativos adequados, proporcionando-lhe um ambiente de carinho e paz, preferencialmente rodeado de seus familiares e entes queridos, e não de um ambiente médico estressante e solitário:

A promoção dos cuidados paliativos em geral e dos cuidados paliativos em particular é uma marca de água de um sistema de saúde de qualidade. Para além da criação das instalações, dos recursos humanos e do funcionamento destes cuidados, impõe-se uma revisão da legislação laboral no sentido de permitir que os familiares e pessoas próximas possam acompanhar a pessoa doente na fase final de sua vida.⁴⁶

Neste sentido os cuidados paliativos envolvem, via de regra, uma limitação consentida do tratamento. Ou seja, o médico deixará de empreender ações diagnósticas ou terapêuticas curativas e passará a prescrever ações paliativas, posto que

É direito da pessoa optar pela boa morte, evitando as intervenções fúteis e obstinadas, que já não proporcionem o bem-estar. A opção pelos cuidados paliativos implica o tratamento voltado para a garantia do bem-estar integral do paciente, mediante intervenções nas dimensões física, psíquica, social e espiritual.⁴⁷

A Resolução CFM nº 1.805/2006, permite expressamente a limitação ou suspensão de tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal (art. 1º), desde que respeitada a vontade do interessado, após os devidos esclarecimentos (§ 1º), com o efetivo registro da decisão fundamentada no prontuário médico (§ 2º).

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

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

⁴⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p.180.

⁴⁷ LIMA, Luciana Vasconcelos; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Responsabilidade civil médica diante dos cuidados paliativos e da ortotanásia. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=238167>>. Acesso em: 20 maio 2016.



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

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

Ainda estabelece que o paciente deverá receber cuidados paliativos e reconhece o direito do paciente ter alta hospitalar:

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

A Resolução supra do Conselho Federal de Medicina está de acordo com as orientações de entidades médicas internacionais, como a Associação Médica Mundial (AMM), as da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e as do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)⁴⁸, cujo conteúdo contém uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, pois

Também associada à morte digna, a situação dos doentes terminais tem merecido amplo debate. Como se sabe, a medicina tem evoluído e dispõe de recursos capazes de prolongar a vida humana quase indefinidamente. Muitas vezes, porém, essa extensão da vida do paciente terminal, portador de doença incurável e letal, é acompanhada de intensa dor e sofrimento pelo paciente e/ou por seus familiares. Daí se afirmar atualmente, com relativa tranquilidade, que o direito à morte digna representa extensão da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.⁴⁹

Há também portaria do Ministério da Saúde regulando o direito do paciente de recusar tratamento após receber informações sobre os tratamentos possíveis, mas especificamente no art. 4º, parágrafo único, incisos IX e XI, da Portaria Nº 1.820/2009.

Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, *garantindo-lhe*:

⁴⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental a vida.** Tese (doutorado). UERJ: Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 20 maio 2016.p.341.

⁴⁹ FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre os direitos da personalidade e o direito à vida digna (direito a não nascer e a nascer saudável). **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 7, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=230576>. Acesso em: 20 maio 2016.



IX - a *informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas* de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, *com direito à recusa*, atestado na presença de *testemunha*;

XI - o *direito à escolha de alternativa de tratamento*, quando houver, e à *consideração da recusa* de tratamento proposto;

Além da Portaria e Resolução, existem leis estaduais que tratam dos direitos dos pacientes, como exemplo pode-se citar a Lei Estadual de Pernambuco de nº 12.770/2005 que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde, ou seja, dos pacientes. Esta determina em seu Art. 1º, XXI que é direito do paciente recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida, permitindo assim, de forma expressa, a limitação ou suspensão destes tipos de tratamento, ou, em outra palavra, a ortotanásia.

As Resoluções acima apontadas permitem a ortotanásia e o fazem em respeito ao princípio da autonomia da vontade ou direito da autodeterminação. Sobre a autodeterminação do paciente escreve Maria Helena:

O princípio da autonomia requer que o profissional de saúde respeita a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas (código de ética médica, arts. 24 e 31). Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente), e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob as orientações dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia.⁵⁰

Poderá o paciente, portanto, quando dentro de suas faculdades mentais, expressar a sua vontade no que concerne aos tratamentos que se recusa ou não a se submeter devendo registrá-la expressamente.

A V Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado de n. 527 determinou que “É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado de ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.p.38



manifestar sua vontade”, sendo certo que esse testamento vital é documento que poderá ser revogado pela pessoa a qualquer momento.

Poderá ainda o paciente expressar a sua vontade de forma oral ao médico, que deverá registrá-la em prontuário sendo necessário a presença de duas testemunhas, como permite a Resolução CFM Nº 1.805/2006 em seu Art. 1º, §2º ou ainda por meio de assinatura de Termo de Consentimento Informado, este que também deverá ser assinado por testemunhas.

Já nos casos em que o paciente estiver em estado de incapacidade a família (cônjuge, companheiro, filhos, pais) o representará decidindo por ele a respeito do tratamento a ser ministrado, levando sempre em consideração os desejos do paciente.

Há ainda a figura dos chamados “procuradores de vida”, que se trata de um mandato em caso de incapacidade⁵¹, onde o paciente elege um número ímpar de pessoas de sua confiança para que lhe representem, expressando por ele suas “vontades de fim da vida”, o que é permitido no Art. 2º, §1º da Resolução CFM nº 1.995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente.

Nesta mesma Resolução pode-se observar que tanto as diretivas antecipadas dadas pelo paciente no “testamento vital”, como pelo seu “procurador de vida” prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico e, inclusive, sobre os desejos de seus familiares.

Ainda que deva ser amplamente respeitada a autonomia do paciente a decisão deste deverá ser feita sempre em conjunto com o profissional médico para que lhe seja garantida a informação e esclarecimento sobre o seu diagnóstico e prognóstico. Para que ocorra a ortotanásia é imprescindível que o paciente esteja em uma situação irreversível e terminal, o que somente poderá ser constatado por este profissional médico, por ser ato privativo da sua profissão, conforme a art. 4º, XIII, Lei 12.842/2013 que dispõe sobre o exercício da medicina.

⁵¹ O presente estudo não adentra nas questões trazidas pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, a qual “Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).”



A presença do profissional de saúde médico é uma precaução para o paciente e seus familiares, que, convivendo com diversos profissionais de saúde poderão receber diagnósticos diversos que por muitas vezes podem não ser condizentes com a realidade.

É também ato privativo do médico o tratamento que prolonga a vida do paciente, pois este é um tratamento terapêutico, pelo que o início e o fim deste tratamento deve ser acompanhado pelo médico, preferencialmente o que assiste o paciente no decorrer de sua moléstia.

Corroborar-se com as ideias de Maria Júlia Kóvacs que vê a ortotanásia como uma morte com controle da dor e sintomas físicos, psíquicos que abrangem questões relativas às dimensões sociais e espirituais, tendo um caráter multidisciplinar que busca oferecer apoio à família na elaboração do luto antecipatório e no pós-óbito, pelo que se qualifica como uma atitude de profundo respeito à dignidade do paciente⁵², sendo possível não só defender a escolha do paciente nesse sentido, mas também a atitude médica por se considerar esta a ação mais benéfica e deontologicamente prevista.

Por todo o aparato normativo acima citado (normas constitucionais, portarias, resoluções, além dos princípios jurídicos e normas gerais) pode-se concluir que há segurança jurídica para a prática da ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro sem que seja necessária uma Lei (em sentido estrito) que a regule, pois, como cirurgicamente afirma Paulo Lôbo

Precisamos também superar o fetichismo da lei, tão comum na cultura brasileira. Vencer o mito da lei demiúrgica, como transformadora da sociedade. A lei, às vezes, frustra e limita mais, quando é editada, sendo melhor para o direito civil, em determinadas circunstâncias, que fique o direito como está, segundo os princípios e normas gerais. Tome-se o exemplo do *testamento vital, cujos requisitos gerais já estão no Código Civil: bastam a manifestação de vontade, mais a forma de negócio jurídico unilateral e as regras gerais das sucessões.* – destaques não constam do original.

Contudo, deve-se tomar algumas precauções pelos profissionais médicos, notadamente quanto à observância das regras ético-profissionais, em especial a certificação da presença da testemunha, quando da recusa do tratamento por parte do paciente e o registro no prontuário de toda decisão tomada pelo paciente,

⁵² KOVACS, Maria Julia. *A caminho da morte com dignidade no século XXI*. Rev. bioét. (Impr.). 2014; 22 (1): 94-104. Disponível em: http://www.bioetica.org.br/library/modulos/varias_bioeticas/arquivos/Varias_Dignidade.pdf. Acesso em: 20 maio 2016. p. 98.



principalmente no que concerne à limitação ou suspensão do tratamento, bem como o registro do ato médico de forma fundamentada, devendo ser o prontuário assinado pelo paciente e por testemunha. Ato complexo dadas as peculiaridades do caso, mas possível de ser executado.

4. CONCLUSÕES

Diante da evolução da medicina percebe-se portanto que, além da cura, esta área se preocupa com a extensão da vida, muitas vezes de forma arbitrária aos desejos do paciente que tem com isso o seu direito constitucional à dignidade violado, direito este que, como já demonstrado, abarca não somente o viver com dignidade, mas também o morrer dignamente.

Nesse contexto, critica-se a prática hodierna da medicina, que ainda não evoluiu para observar cada paciente como detentor de sua personalidade e autodeterminação e como titular de direitos, ainda quando incapaz, momento em que mesmo não podendo exprimir sua vontade pode fazer a mesma prevalecer (testamento vital, diretivas antecipadas de vontade etc).

Assim, é o médico profissional fundamental para que o paciente possa alcançar a real efetivação dos seus direitos, devendo informar e esclarecer o paciente em todas as etapas de seu tratamento, expondo a este o seu diagnóstico, prognóstico e possibilidades de tratamentos, quando o paciente, visualizando e compreendendo o seu real estado de saúde e as suas dimensões, poderá exercer sua autonomia optando pelo procedimento que irá lhe garantir dignidade, em vida ou no momento de partir.

Frise-se que o ato de informar ao paciente e o de respeitar a sua escolha esclarecida já não é mais uma orientação, mais uma obrigação deontológica imposta ao médico e ainda decorrente dos deveres gerais de conduta nas relações obrigações.

Diante desse novo patamar da autonomia surgiu para o paciente a possibilidade de recusar ou limitar tratamentos, notadamente aqueles que visem unicamente o prolongamento de sua vida, sem, contudo, alterar o seu estado terminal irreversível, sendo esta a prática da ortotanásia.



A permissão da prática da ortotanásia surge com o direito da autodeterminação do paciente e se sedimenta no ordenamento jurídico brasileiro mediante Resoluções, Portarias do CFM e do MS; e ainda por meio de Leis estaduais, todos prevendo de forma expressa a possibilidade de recusa do paciente a tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida, assegurando ainda o direito do paciente a tratamentos paliativos com a finalidade de lhe dar conforto e qualidade de vida até o momento final.

Como forma de assegurar ainda mais esse direito as normas ainda preveem, além do Termo de Consentimento Informado que poderá ser assinado pelo próprio paciente ou por seu representante legal, a possibilidade de diretivas antecipadas de vontade do paciente por meio do testamento vital ou dos procuradores de vida, que farão valer sua vontade mesmo no caso de sua superveniente incapacidade.

Portanto temos a ortotanásia como prática acolhida pelo direito brasileiro, devendo ser vista como boa-prática do médico que ao respeitar a autodeterminação do paciente, cumprindo com suas obrigações éticas e legais e colaborando para a plena eficácia do direito à vida e à morte digna de seus pacientes, sem que seja necessária uma Lei (em sentido estrito) que a regule.

Recife, maio de 2016.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=238170>>. Acesso em: 20 maio de 2016.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de ética 2010**: comentado e interpretado. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>. Acesso em: 20 maio 2016.



CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado**: um estudo disciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Viver e morrer com dignidade. Entrevista concedida a Rodolfo Pamplona. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=119877>>. Acesso em: 20 maio 2016.

FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre os direitos da personalidade e o direito à vida digna (direito a não nascer e a nascer saudável). **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 7, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=230576>>. Acesso em: 20 maio 2016.

KOVACS, Maria Julia. **A caminho da morte com dignidade no século XXI**. Rev. bioét. (Impr.). 2014; 22 (1): 94-104. Disponível em: http://www.bioetica.org.br/library/modulos/varias_bioeticas/arquivos/Varias_Dignidade.pdf. Acesso em: 20 maio 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo, Saraiva, 2011.

_____. Interpretação e protagonismo da doutrina juscivilista no Brasil – Escorço. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=238181>>. Acesso em: 11 maio 2016.

LIMA, Luciana Vasconcelos; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Responsabilidade civil médica diante dos cuidados paliativos e da ortotanásia. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=238167>>. Acesso em: 20 maio 2016.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental a vida**. Tese (doutorado). UERJ: Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2010/31004016015P4/TES.PDF>. Acesso em: 20 maio 2016.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf. Acesso em: 20 maio 2016.



OLIVEIRA, Daniela Rezende de. A autonomia do paciente e a ética médica – A relação entre os princípios da autonomia e da beneficência (e não maleficência). **Revista Fórum de Direito Civil RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232557>>. Acesso em: 20 maio 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.