

AS RESOLUÇÕES N. 1805/2006 E 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE FEDERAL MEDICINE BOARD'S RESOLUTION N. 1805/2006 E 1995/2012 AND THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Helena de Azeredo Orselli *

Matheus Freiberguer Rosa **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina como orientação para a prática da ortotanásia. 2 A Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e o respeito à autonomia. 3 Irradiação das resoluções que fundamentam direito à liberdade de escolha do paciente bem como suas diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico vigente. 4 A eficácia das referidas resoluções à luz do ordenamento jurídico. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo trata da possibilidade de o paciente terminal escolher não se submeter a tratamentos médicos. A ortotanásia é meio pela qual o indivíduo com uma doença terminal aceita a morte e aguarda com que ela chegue em momento adequado. Esta prática utiliza métodos paliativos para que o paciente terminal tenha sua dor e sofrimento amenizados, e sua qualidade de vida aumentada. A Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina permite ao médico limitar ou suspender o tratamento que prolonga a vida do paciente terminal, respeitando a vontade da pessoa ou seu representante legal, entretanto, segundo essa mesma Resolução, o paciente terminal terá de receber todos os cuidados necessários para aliviar o sofrimento e a dor advindos da doença. A Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina define as diretivas antecipadas de vontade como instrumento pelo qual a pessoa capaz manifesta seus desejos sobre os cuidados e tratamentos que deseja ou não receber quando estiver incapacitado para se expressar livre e autonomamente. Essas Resoluções não são normais jurídicas, mas podem servir de amparo ético para as decisões tomadas acerca do caso concreto.

Palavras-chave: Autonomia. Diretiva Antecipada de Vontade. Ordenamento Jurídico. Paciente terminal. Resolução do Conselho Federal de Medicina. Suspensão do Tratamento.

ABSTRACT: *This paper deals with the possibility of terminal patient choosing not to be taken to a therapy. Orthothanasia is a mean in which the person with terminal disease accepts death and waits until it happens in an adequate way. This practice uses paliatives methods so that the terminal patient has his pain and suffer decreased and an increased quality of life. The Federal Medicine*

* Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito Público pela Università degli studi di Perugia e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professora de Direito Civil, Bioética e Biodireito nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, certificado junto ao CNPq pela FURB. E-mail: helena@furb.br.

** Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Ex-bolsista em iniciação científica da SED/FUMDES/Art. 171- pesquisa, – FURB/FUMDES. Departamento de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogado na Nemetz e Kuhnen Advocacia. E-mail: matheus_r93@hotmail.com.

Artigo recebido em 02/05/2018 e aceito em 05/07/2018..

Como citar: ORSELLI, Helena de Azeredo; ROSA, Matheus Freiberguer. As resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 407 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

Board's Resolution 1805/2006 allows medicine's professionals to limit and suspend the treatment extending terminal patient's life, respecting his or his guardian will. However, as the resolution sets out, the terminal patient needs to receive all the cares to slow down his pain and suffer. The Federal Medicine Board's Resolution 1995/2012 sets that the advance directives are the instrument in which the competent person manifests his desires about healthcare and treatment that are and are not going to be used when he is incapable of expressing himself freely. These resolutions are not legal rules, but may serve as ethical support on decisions about the case.

Keywords: *Autonomy. Advance Directives. Legal rule. Terminal Patient. Federal Medicine Board's Resolution. Suspension of Treatment.*

INTRODUÇÃO

Com o avanço das tecnologias empregadas nos cuidados destinados a uma vida saudável, a preocupação com a longevidade e a qualidade de vida dos indivíduos têm aumentado. A vida, por muitos, é considerada sagrada, e, por isso, algumas pessoas acreditam que ela deva durar o máximo possível. Em decorrência disto, o prolongamento mecanizado da vida humana é considerado por essas pessoas como obrigatório e necessário para a permanência do homem na Terra. Contudo, a vida, por mais sagrada que seja, não pode tornar a existência de um indivíduo um martírio.

Apesar dos avanços tecnológicos, que objetivam melhorar a vida dos seres humanos, questiona-se a ânsia pelo prolongamento da vida do ser humano a qualquer custo, independentemente da utilidade ou do benefício do procedimento ou do sofrimento que o acompanha. Por outro lado, há o pensamento de que nenhum ser humano é imortal e que as pessoas devem aceitar o final da vida, deixando que a morte chegue no tempo adequado, sem necessidade de prolongar artificial e inutilmente essa vida.

Questiona-se se a pessoa, que não quer viver a qualquer custo, mas deseja apenas viver enquanto considerar sua vida digna, pode manifestar consciente e autonomamente sua vontade de não ser submetido a tratamento inútil, que lhe prolongue a vida biológica, sem lhe trazer qualquer benefício e que lhe cause apenas sofrimento.

O Conselho Federal de Medicina, com o intuito de auxiliar a conduta de profissionais médicos e de pacientes terminais nos limites finais da vida, expediu as Resoluções n. 1805/2006 e n. 1995/2012 que versam, respectivamente, sobre a possibilidade de limitação do tratamento e sobre a confecção das diretivas antecipada de vontade.

Com amparo na Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, há a possibilidade de o profissional médico de limitar

o tratamento dado ao paciente terminal, respeitando sempre, é claro, a autonomia do enfermo terminal. De acordo com a Resolução n. 1995/2012, também do Conselho Federal de Medicina, o paciente pode fazer por escrito suas escolhas sobre como ser tratado em caso de uma incapacidade mental futura.

O presente artigo científico tem como objetivo principal analisar as Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, bem como estudar a eficácia dessas Resoluções em face do Ordenamento Jurídico brasileiro, com base nos métodos indutivo e analítico e utilizando-se as técnicas de fichamento e de revisão bibliográfica e de legislação.

1 A RESOLUÇÃO 1805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA COMO ORIENTAÇÃO PARA A PRÁTICA DA ORTOTANÁSIA

Deve-se ter em mente que, na origem da medicina, era considerado um dever moral dos profissionais médicos vencer a morte iminente. No próprio juramento de Hipócrates, há menção do quão importante é para o médico fazer com que o enfermo terminal tenha a vida prolongada. O juramento traz a seguinte disposição: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda.” (VASCONCELOS; IMAMURA; VILLAR, 2011, p. 502)

Com o avanço das tecnologias e tratamentos médicos, o prolongamento da vida por muito tempo tornou-se algo quase obrigatório, o médico buscava a qualquer custo derrotar a morte, quer dizer, retardando sua chegada definitiva. Por causa dessa tradição mantida através dos tempos, alguns médicos consideram a morte como uma grande adversária, que deve ser combatida, o que ocorre, por muitas vezes, sem analisar o sofrimento causado para o enfermo terminal. Une-se a essa tradição o avanço da tecnologia, que pode prolongar a vida de maneira artificial, fazendo com que a autonomia do paciente seja posta de lado, uma vez que a medicina não admite a perda de uma vida para a morte. (VASCONCELOS; IMAMURA; VILLAR, 2011, p. 503)

Segundo Pohier (1999, p. 33), a maneira como o médico vê a doença e a morte influencia a forma como o paciente se relacionará com essas. Para os casos em que médicos e paciente concordam em não prolongar inutilmente a vida desse último, o Conselho Federal de Medicina,

no ano de 2006, publicou a Resolução n. 1805, que trata da possibilidade de o médico suspender ou limitar o tratamento que não melhora a condição do paciente terminal. Para tanto estabelece em seu artigo 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”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006)

Segundo Barroso e Martel (2012, p. 29), esta Resolução busca “contornar as deficiências e insuficiências de um Código Penal cuja parte especial é da década de 1940 do século passado. Nesta linha, invocando sua função disciplinadora da classe médica, bem como o art. 5º, III, da Constituição, pretendeu dar suporte jurídico à ortotanásia.”

A Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina define, em sua ementa, que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006)

Essa Resolução não trata da possibilidade de eutanásia, nem de suicídio assistido, que continuam não sendo aceitos como uma prática ética pelo Conselho Federal de Medicina, e também continuam sendo considerados crimes, como apontam Barroso e Martel (2012, p. 29-30).

A Resolução n. 1805/2006 prevê a possibilidade da limitação do tratamento que unicamente prolonga artificialmente a vida do paciente terminal, quando esse ou seu representante legal consentir.

Trata-se da possibilidade de ortotanásia, que é a maneira pela qual o indivíduo com uma doença terminal aceita a morte e aguarda com que ela chegue em momento adequado. Não se prolonga o processo de morrer, como na distanásia, nem se antecipa a chegada da morte, como ocorre na eutanásia. A ortotanásia deve ser sempre acompanhada de cuidados paliativos, para o alívio da dor e do sofrimento do paciente terminal, em atenção a sua qualidade de vida. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 25)

Segundo Couceiro Vidal (2002), a análise da situação do paciente e da evolução da doença são imprescindíveis para se determinar se a limitação do esforço terapêutico deve ser iniciada. A limitação do esforço

terapêutico pode ocorrer quando há um mau prognóstico de sobrevivência e uma má qualidade de vida. Pode ser definida como não iniciar ou retirar um tratamento já iniciado, deixando morrer o paciente, tendo em vista que sua situação é terminal, e a manutenção do tratamento não lhe traz benefícios, apenas sofrimento e dor. (COUCEIRO VIDAL, 2002)

Ao presente trabalho, interessa a definição do que seja um tratamento fútil, um dos conceitos utilizados para caracterizar os procedimentos médicos que não devem ser aplicados em condições de terminalidade de vida. Pode-se dizer que é fútil uma intervenção que não ajuda a reestabelecer as condições do paciente, pode prolongar sua agonia durante o processo de morrer. (PESSINI, 2007, p. 178) Um ato classifica-se como fútil quando não atinge seus objetivos.

Gherardi (1998) e Pessini (2007, p. 148-149) apontam que, após o progresso tanto em relação aos diagnósticos quanto a tratamentos na área médica a partir do final do século XX, desenvolve-se a discussão acerca da necessidade de definir futilidade em medicina, posto que nem sempre seria adequado utilizar todos os recursos tecnológicos disponíveis, devendo o médico se abster de utilizar medidas que não alteram a condição do paciente. Vários trabalhos acadêmicos tentaram estabelecer uma definição precisa de futilidade em medicina, indagando-se quando seria moralmente adequado aplicar determinados tratamentos, entretanto não se consegue chegar a uma definição única. (FREIRE, 2015, p. 99-100; GHERARDI, 1998; PESSINI, 2007, p. 159-160)

A questão da futilidade do tratamento médico pode aparecer não somente nas situações terminais da vida, mas também em intervenções inúteis em que a vida não está em risco. (PESSINI, 2007, p. 158)

A futilidade de determinado procedimento médico deve ser analisada, tendo-se em vista não apenas o resultado que se pretende com aquele tratamento, mas também as mudanças que ocasiona na condição do paciente, conjugando-os com os objetivos, os interesses e o desejo do paciente, sendo imprescindível que o paciente participe do processo de decisão do que seja um procedimento fútil, durante o tratamento de sua saúde. (PESSINI, 2007, p. 160) Quando não for possível sua participação no processo de decisão, deve-se buscar qual teria sido sua escolha se ele pudesse fazê-la, se ele deixou declaração antecipada de vontade ou conversando com seus familiares.

Para Gherardi (1998), considerar uma prática como fútil envolve considerá-la não apenas em relação ao seu objetivo direto, mas em relação ao objetivo final do tratamento, e explica:

No existe una medida instrumental de la calidad de vida por que esta evaluación sólo puede efectuarse desde la enfermedad en “el aquí y ahora”, dimensionando no solamente los aspectos físicos, que son los que podrían ser medidos, sino los emocionales y sociales que están involucrados. La futilidad aparece así como un producto de la decisión individual, absolutamente único y singular; particular para cada uno, ligado al objetivo de vida y de naturaleza esencialmente cualitativa.

A avaliação da futilidade ou não de um procedimento médico depende da análise de três fatores: a eficácia do tratamento, o benefício ao paciente e a não onerosidade. A eficácia do tratamento diz respeito ao objetivo a ser alcançado com sua utilização, ou seja, se, de alguma forma, melhora a condição de saúde do paciente. O benefício não pode ser confundido com eficácia, essa visa à mudança na saúde do paciente, ao passo que o benefício envolve também os valores pessoais e os interesses desse. O benefício pode ser ver o casamento da neta, por exemplo. A onerosidade não se relaciona com aspectos financeiros, mas sim os ônus físicos, psicológicos, emocionais e sociais que o procedimento acarreta ao paciente. (PESSINI, 2007, p. 164)

Como se percebe, a análise da futilidade do procedimento médico depende da avaliação da situação específica em que se encontra o paciente, variando de paciente para paciente, dependendo de suas condições. Pode-se mencionar como exemplos de tratamentos fúteis: a manutenção de suporte vital em estado vegetativo permanente (PESSINI, 2007, p. 157-158); a ressuscitação cardiorrespiratória, quando o paciente está morrendo de alguma doença fatal ou quando seu coração está irreversivelmente danificado, não sendo esse procedimento recomendado em todas as paradas cardiorrespiratórias. (PESSINI, 2007, p. 172)

A Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina foi elaborada, considerando vários fatores existentes na relação médico-paciente e nos dispositivos presentes na Constituição Federal de 1988, especialmente o artigo 1º, III, em que se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Esse princípio vem passando por diversas transformações ao longo da história. Cada sociedade, em locais e tempos distintos, interpreta-o e o molda de acordo com os seus ideais. Durante esses períodos de mudanças, inicialmente a pessoa humana era vista como um organismo que compõe a sociedade, isto é, não como um fim em si mesmo, mas como uma parte constituinte da comunidade. Após o advento da Modernidade, o ser humano passa a ser reconhecido como um fim em si mesmo, porém não em virtude da sua pessoalidade, mas, sim, em razão da possibilidade de racionalizar e estabelecer leis morais. Na Pós-modernidade, surgem novas perspectivas sobre a dignidade da pessoa, que a analisam sob um viés social, afastando-se do individualismo antecedente, e reconhecendo o sujeito como uma pessoa concreta que, muito mais do que racional e partícipe de leis morais, vive em sociedade e se relaciona com outros indivíduos, sendo, então, identificadas suas necessidades materiais e espirituais, que compõe sua identidade. (SARMENTO, 2016, p. 50)

Sarmento (2016, p. 77) afirma que o princípio da dignidade humana possui diversas funções:

[...] fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretrizes para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro de controle e validade de atos estatais e particulares, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados.

Além disso, o princípio da dignidade humana prescreve o valor intrínseco de cada indivíduo, que não pode ser instrumentalizado por quem quer que seja, Estado ou particulares. Prescreve também o respeito mútuo e a não hierarquização social e cultural entre as pessoas nas comunidades em que vivem. Determina, ainda, a salvaguarda da autonomia do sujeito, e visa a garantir um mínimo existencial quanto às condições essenciais à vida, bem como o reconhecimento do indivíduo como parte da sociedade, nas práticas sociais e intersubjetivas. (SARMENTO, 2016, p. 92)

Assim, o Conselho Federal de Medicina, buscando garantir o conteúdo e as funções do princípio da dignidade humana dentro das relações médico-paciente, tem-no como diretriz da Resolução n. 1805/06. Para sua elaboração, considerou-se, ainda, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” (BOMTEMPO, 2013, p. 206)

Em seu artigo 1º, parágrafo 1º, referida Resolução dispõe que “o médico tem a obrigação de esclarecer ao doente terminal e a seu

representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006) O parágrafo 3º do artigo 1º da mesma Resolução dispõe que “é assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006). Por meio desses dispositivos, a Resolução reconhece a importância do respeito pela autonomia do paciente terminal, cabendo ao médico prestar todas as informações necessárias para que aquele decida.

Nas palavras de Bomtempo (2013, p. 207):

Nos dispositivos da Resolução acima mencionados, pode-se antever o respeito à autonomia privada do paciente, assegurada com a informação prévia do seu estado de saúde e suas perspectivas ou não de cura. Assim, o paciente, poderá livremente escolher entre abreviar o seu estado de terminalidade ou prolongá-lo, sempre com o apoio médico e psicológico.

Ademais, o artigo 2º da Resolução n. 1805/2006 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. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

Destarte, o artigo 2º da Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, juntamente com as exposições de seus motivos, preconiza a busca pela melhor qualidade de vida dos pacientes terminais, possibilitando a presença dos familiares, que o acompanharão, a assistência integral por parte da equipe médica e o direito a alta hospitalar, caso o enfermo terminal deseje passar seus momentos finais no lugar em qual se sinta mais adaptado e feliz. Toda essa humanização no tratamento médico fundamenta-se na filosofia dos *hospices*. (BOMTEMPO, 2013, p. 208)

Não obstante a publicação dessa Resolução pelo Conselho Federal de Medicina e sua intenção benevolente, sua eficácia foi suspensa no ano de 2007 por uma decisão liminar proferida pela Justiça Federal em Brasília, na ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3, proposta pelo Ministério Público Federal. A ação civil pública apontava, entre outros argumentos, que “A ortotanásia não passa de um artifício homicida; expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca

lhe pertenceu.” O magistrado de primeiro grau entendeu que havia, em tese, um conflito entre a Resolução e o Código Penal. A decisão judicial demonstra o desacordo que existe entre o ordenamento jurídico e a Ética, na visão de Barroso e Martel (2012, p. 30).

A decisão liminar, que suspendia a eficácia da Resolução n. 1805/06, foi revogada em 2010, pela sentença do Juiz da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, afirmando não ferir a Constituição Federal a permissão para interromper o tratamento do paciente terminal, quando há solicitação deste. (VASCONCELOS; IMAMURA; VILLAR, 2011, p. 504)

Barroso e Martel (2012, p. 33) afirmam que há um conflito entre um sistema paternalista e outro de deontologia médica.

Estão em choque, aqui, dois modelos. Um de índole paternalista, que desconsidera a vontade do paciente e de seus familiares, privados de fazerem escolhas morais próprias. O outro, fundado na deontologia médica, valoriza a autonomia e o diálogo, aceitando que a arte de curar se converta em cuidado e amparo. [...] O principal argumento contrário a qualquer hipótese de morte com intervenção decorre da compreensão do direito à vida como um direito fundamental absoluto.

Vale destacar que, há certo tempo, o que se via era uma relação médico-paciente construída sobre um modelo paternalista, no qual havia uma relação hierárquica, linear, em que a autoridade para as escolhas era única e exclusivamente do médico. (RIBEIRO, 2006, p. 274)

Como ensina Engelhardt Junior (2013, p. 393), há três modelos de paternalismo: o paternalismo para incapazes, “no caso de indivíduos que nunca foram competentes, como os bebês, as crianças e as pessoas retardadas desde o nascimento.” que, nesse caso, é incontornável.

O segundo modelo é o paternalismo fiduciário, no qual a pessoa faz a nomeação de um indivíduo para tomar decisões em seu nome, quando não se achar preparado ou quando não puder, por falta de informações ou de discernimento, decidir por si. Essa nomeação pode ser de um médico ou de outra pessoa, que assumirá as decisões quanto ao procedimento que envolva a pessoa. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 395-396)

Há ainda o paternalismo dos melhores interesses, ou paternalismo forte, em que não se respeita a recusa feita pelo indivíduo para defender os melhores interesses desses. Esse tipo de paternalismo é controverso, pois é difícil se dizer a partir de que momento a escolha do paciente deve

ser deixada de lado em nome de seu benefício, segundo o juízo de outra pessoa. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 399-400)

Nos dias de hoje, é possível evidenciar uma evolução na relação médico-paciente, adotando, assim, um sistema em que o que prevalece é a autonomia do paciente, representado pelo instituto do consentimento informado. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 286)

Nesse novo panorama de relação médico-paciente, entende-se que o direito à vida é efetivamente um direito de viver e não um dever de viver a qualquer custo (SARLET, 2013, p. 380), reconhecendo-se que a decisão deve ser do paciente.

O direito à vida, à dignidade e à liberdade “[...] são grandezas (valores, princípios, direitos) que não podem ser hierarquizadas em abstrato, respeitando-se, ademais, a sua pelo menos parcial autonomia no que diz com seus respectivos âmbitos de proteção.” (SARLET, 2013, p. 366)

Assim, pode-se dizer, apesar dos posicionamentos contrários, que a pessoa tem direito de decidir a maneira como quer viver o final de sua vida, sob pena de não ver respeitados sua dignidade, seu direito à liberdade e seu direito de viver sua vida, sem intromissão.

No âmbito do Direito Penal, o direito à vida é considerado como um direito indisponível por grande parte dos doutrinadores, interpretando-se que quase todas as formas de concretização do direito de morrer são proibidas, porque o artigo 121 do Código Penal Brasileiro prevê a ação de matar alguém como crime de homicídio, bem como tipifica como crime, a ação de auxiliar alguém a pôr fim a própria vida, de acordo com o artigo 122. (BRASIL, 1940)

Neste sentido, manifesta-se Masson (2014, p. 22-23): “A vida é um direito indisponível, razão pela qual não se admite a construção de causa suprallegal de exclusão da ilicitude fundada no consentimento do ofendido”.

Martel (2007, p. 210) expõe que se vê na prática da ortotanásia, mais especificamente a Limitação Consentida de Tratamento (negativa em iniciar ou em manter um ou alguns tratamentos médicos, ou seja, uma recusa em sentido estrito), uma forma de homicídio, podendo no máximo ser considerado na hipótese de homicídio privilegiado, acarretando uma diminuição de pena.

Masson (2014, p. 22-23) destaca a mesma ideia de que a interrupção ou a não aplicação de um procedimento médico com o consentimento do paciente, quando aquele não será capaz de reestabelecer a saúde do paciente estaria enquadrada no crime de homicídio, cabendo no

máximo a diminuição de pena decorrente do texto do parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal, considerando-o homicídio privilegiado. Assim, o médico estaria agindo por motivo de relevante valor moral ao suspender o tratamento com o consentimento desse, em razão do ato praticado ter natureza nobre ou altruística, neste caso, buscando a mitigação da dor e do sofrimento do paciente terminal.

Por outro lado, uma parte da doutrina não vê esse ato como tipificada no crime de homicídio. Sá (2001, p. 134) afirma que o médico, ao optar pela limitação do tratamento fútil, não incorre no crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro, pelo fato de estar no exercício regular da medicina.

[...] entendendo o médico que a morte é iminente, o que poderá ser diagnosticada pela própria evolução da doença, ao profissional seria facultado, a pedido do paciente, suspender a medicação utilizada para não mais valer-se de recursos heróicos, que só tem o condão de prolongar sofrimentos (distanásia) [...]. (SÁ, 2001, p. 135)

O problema de criminalizar os meios pelos quais o indivíduo portador de doença terminal pode alcançar uma morte digna em razão da indisponibilidade da vida, esbarra em contradições lógicas. Sarlet ilustra tal argumento:

[...] verifica-se que, mesmo que não exista (melhor formulado, que não se reconheça!) um direito ao suicídio, quem estiver em condições de causar a sua própria morte, uma vez que assim o queira, não pode ser impedido, ao passo que alguém que, em virtude de seu sofrimento e desespero, queira pôr fim à sua vida, mas por estar enfermo e se encontrar na dependência de terceiros não pode, por sua própria força, chegar ao resultado, resta obrigado a se submeter, sem qualquer alternativa, ao que o Estado, a família e os médicos consideram seja mais adequado. (SARLET, 2013, p. 382)

O artigo 121 do Código Penal acima mencionado prevê o ato de tirar a vida de alguém como crime. O médico que interrompe ou deixa de aplicar um procedimento, que não melhora a condição de terminalidade do paciente, não mata o paciente, por conseguinte não se enquadra no tipo penal previsto, não se podendo falar em homicídio, ainda que qualificado.

Não é o caso de lhe aplicar uma redução na pena em razão de seu ato ter sido motivado por relevante valor moral, como prevê o parágrafo primeiro do artigo mencionado (BRASIL, 1940), há de se conscientizar

a sociedade de que é a doença grave e incurável que, neste caso, mata o paciente, e não o médico.

Injusto enquadrar esse ato do médico como homicídio, já que não é a suspensão nem a não aplicação do tratamento que causa a morte da pessoa nesses casos, mas a própria doença terminal, da qual esse sofre, é que o leva à morte.

Nesta linha argumentativa, o doente terminal terá seu direito à dignidade e seu direito à liberdade garantidos se se reconhecer a possibilidade de ele ter sua vontade respeitada, e de ter sua dor e seu sofrimento diminuídos.

O respeito pela pessoa inclui respeitar suas decisões tomadas de forma autônoma e refletida, sem coação ou induzimento, sobre aqueles assuntos que dizem respeito a si, e é o que garante a dignidade da pessoa no processo de morrer.

Igualmente, o direito à liberdade visa à possibilidade de o indivíduo escolher aquilo que acredita ser melhor para a sua vida, desde que respeitando as restrições legais, portanto também serve de fundamento para se defender a existência do direito de escolha sobre a forma como se quer morrer.

Percebe-se que a Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina está em consonância com as orientações da Associação Médica Mundial (AMM), da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura (UNESCO), as do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Além disso, acompanha o tratamento jurídico dado ao paciente terminal em países como Estados Unidos, Canadá, Espanha, Reino Unido, Suécia, Bélgica, Holanda, México, Uruguai, Itália e França. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 31)

Destaca-se a existência do Projeto de Lei 6.715/09, que visa alterar o Decreto Lei nº 2.848 de 1940, o Código Penal, para excluir a ilicitude da ortotanásia. Esse projeto já foi devidamente aprovado pelo Senado e foi encaminhado para Câmara dos Deputados, que já foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família, por unanimidade. Posteriormente, referido Projeto de Lei foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça, onde está desde 14 de maio de 2013, esperando parecer do relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados que deverá se manifestar quanto à constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e novamente quanto ao mérito do projeto de lei. (BRASIL, 2009)

A relevância de referido projeto de lei, portanto, é evidente para dar segurança jurídica ao médico para respeitar a vontade do paciente terminal e a esse, que decide limitar o esforço terapêutico, evitando o prolongamento da dor e do sofrimento, quando a morte for inevitável, e os procedimentos simplesmente retardarem sua ocorrência, sem lhe trazer qualquer benefício.

2 A RESOLUÇÃO 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O RESPEITO À AUTONOMIA

A Resolução n. 1995, aprovada no dia 31 de agosto de 2012 pelo Conselho Federal de Medicina, trata das diretivas antecipadas de vontade, que é assunto importante para o tema deste artigo. De acordo com essa Resolução, a pessoa que desejar pode elaborar uma diretiva antecipada de vontade, esclarecendo os tratamentos e procedimentos que aceita ou recusa receber, se, em momento futuro, faltar-lhe o discernimento necessário para a autodeterminação.

As diretivas antecipadas de vontade, os testamentos vitais, os *living wills*, os testamentos biológicos ou os *testament de vie* não podem ser confundidos com o testamento, instituto do direito civil. (RIBEIRO, 2006, p. 281) Por este instrumento jurídico, a pessoa faz disposições patrimoniais e extrapatrimoniais que devem ser cumpridas após sua morte.

Muitas vezes tratados como expressões sinônimas as diretivas antecipadas de vontade e os testamentos vitais são genericamente definidos como indicações, feitas previamente pelo indivíduo, determinando como prefere ser tratado em caso de incapacidade. (RIBEIRO, 2006, p. 276)

Ribeiro apresenta a diferenciação conceitual entre diretivas antecipadas de vontade e testamentos vitais:

Os testamentos vitais são utilizados para dispor sobre a assistência médica a ser prestada ao paciente terminal, enquanto as diretivas antecipadas são utilizadas para dispor sobre tratamentos médicos em geral, dos quais o paciente pode se recuperar ou não. (RIBEIRO, 2006, p. 276)

Para o autor (RIBEIRO, 2006, p. 276), a diferença conceitual é mínima, logo não se justifica a preocupação com a distinção entre os conceitos.

Entretanto, segundo Dadalto, as diretivas antecipadas de vontade são gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro, e os conceitua como:

[...] os documentos serão utilizados quando o paciente não puder se expressar, livre e conscientemente – ainda que por uma situação transitória -, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situação de terminalidade. Enquanto o testamento vital refere-se a instruções acerca de futuros cuidados médicos aos quais uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida, ante um diagnóstico de terminalidade da vida, o mandato duradouro refere-se a simples nomeação de um terceiro para tomar decisões em nome do paciente quando este estiver impossibilitado – definitiva ou temporariamente – de manifestar sua vontade. (DADALTO, 2013, p. 107)

Por ser a maneira como a pessoa pode manifestar sua vontade acerca dos tratamentos ou procedimentos na área da saúde que deseja ou não receber em caso de incapacidade mental, e por abranger a situação em que se aplica o testamento vital, adota-se a categoria diretiva antecipada de vontade.

Nas considerações acerca da Resolução n. 1995/2012, o Conselho Federal de Medicina aponta como relevantes a inexistência de legislação acerca das diretivas antecipadas de vontade no país, bem como o respeito à autonomia do doente terminal no âmbito da relação paciente-médico. Ainda nas exposições de motivos para a elaboração do documento, o Conselho Federal de Medicina afirma reconhecer a existência de uma enorme dificuldade de comunicação dos enfermos terminais. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Em virtude dessas preocupações, foram regulamentadas, no âmbito das atividades médicas, as diretivas antecipadas de vontade, que se prestam a informar ao médico os desejos do paciente sobre como quer ser tratado em caso de incapacidade mental. Neste sentido, a Resolução estabelece, em seu artigo 2º, “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

O fundamento do direito à elaboração das diretivas antecipadas de vontade é o poder da pessoa de se autodeterminar. A autonomia significa regular-se pelas suas próprias escolhas e sem intervenções alheias de terceiros. Consiste no fato de que “cada indivíduo, enquanto não violar direitos alheios, é seu próprio soberano, é autônomo”, nas palavras de Ribeiro (2006, p. 274).

Apessoa pode exercer plenamente sua autonomia quanto às questões envolvendo sua vida e sua saúde, desde que esteja devidamente informada sobre o tratamento, os riscos, os benefícios, bem como as alternativas disponíveis sua doença. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 378)

A relação médico-paciente tem evoluído do modelo paternalista para o do consentimento informado, modelo esse que ainda não está consolidado no Brasil. (RIBEIRO, 2006, p. 274) No âmbito do consentimento informado, a relação paciente-médico se torna ainda mais importante, uma vez que o paciente não sabe o que lhe espera e nem quais são as expectativas para o futuro. Assim, Engelhardt Junior afirma que:

[...] o paciente é um estanho, um indivíduo que pisa em território desconhecido, que não sabe direito o que esperar ou como controlar o ambiente. Seus modos costumeiros de pensar precisam ser suspensos temporariamente ou alterados, para se acomodar às teorias e explicações daquele que ajuda na cura e às rotinas do ambiente em que trabalha. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 354)

O consentimento livre e informado tem como finalidade garantir o respeito à liberdade dos indivíduos, bem como as escolhas que representem seus melhores interesses. Isto posto, Engelhardt Junior aponta as justificativas para o consentimento informado:

1) é o modo de obter permissão ou autoridade para o uso de outra pessoa; 2) diz respeito a várias visões da dignidade individual; 3) aceita diversos valores associados com a liberdade ou independência dos indivíduos; 4) reconhece que os indivíduos muitas vezes são os melhores juízes de seus próprios interesses particulares; 5) mesmo que não sejam os melhores juízes, fica reconhecido que a satisfação de decidir livremente é quase sempre preferida à decisão correta imposta por outras pessoas; 6) reflete a circunstância em que o relacionamento médico-paciente pode levar a um relacionamento fiduciário especial, que cria uma obrigação de revelar informações. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 362)

Para que seja considerada válida a manifestação de vontade do paciente em caso de incapacidade futura, as diretivas antecipadas de vontade devem ser feitas enquanto houver capacidade civil, que o permita se expressar e realizar este ato jurídico validamente. De acordo com Dadalto (2013, p. 109), é possível que tanto uma pessoa absolutamente

capaz como uma pessoa relativamente incapaz (maiores de 16 anos) possam estabelecer suas diretivas antecipadas de vontade.

Ribeiro afirma que as diretivas antecipadas de vontade podem ser feitas por meio de três alternativas:

[...] escritura pública feita em cartório, na qual o paciente declara não aceitar a obstinação terapêutica, nem ser mantido vivo por aparelhos, especificando, ainda, que tipo de tratamento tolerar; uma declaração escrita em documento particular, uma simples folha de papel assinada, de preferência com firma reconhecida; uma declaração feita a seu médico assistente – registrada em seu prontuário, com sua assinatura. (RIBEIRO, 2006, p. 281)

Apesar de preconizar a autonomia do paciente, o Conselho Federal de Medicina, no parágrafo segundo do artigo 2º da Resolução n. 1995/2012, proíbe os médicos a realizarem procedimentos solicitados pelos pacientes, quando estiverem em desacordo com a ética médica pela seguinte disposição: “O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

A Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina dispõe, em seu artigo 2º, parágrafo 3º, que as diretivas antecipadas de vontade prevalecerão sobre qualquer posicionamento não médico, até mesmo os desejos familiares. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Esta Resolução determina ainda que cabe ao médico registrar, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhe forem apresentadas pelos pacientes quando lhes forem comunicadas direta e verbalmente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012), permitindo à pessoa que ainda não elaborou suas diretivas antecipadas de vontade o faça quando informada pelo médico de sua condição de saúde, dos tratamentos disponíveis e da possibilidade de se tornar incapaz mentalmente no futuro.

A Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina estabelece, por fim, que:

Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina

para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Assim, em caso de incapacidade do paciente e não havendo diretivas antecipadas de vontade, nem consenso entre os familiares, nem mesmo a designação de um representante, o médico deverá levar o caso ao Comitê de Bioética da instituição hospitalar ou, na falta desse, aos Conselhos Regional e Federal de Medicina.

Dadalto (2013, p. 208) assinala que o Conselho Federal de Medicina cometeu um pequeno deslize ao usar na Resolução os termos “pacientes em estado terminal” e “pacientes em fim da vida”, porque:

[...] essas duas expressões não são sinônimas e podem gerar confusão na feitura e aplicação das diretivas antecipadas. Isto porque paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo. Por sua vez, os pacientes em fim da vida podem ser entendidos como os terminais e, também, como aqueles que estão em estado de coma profundo e irreversível, ou ainda em estado vegetativo persistente (EVP). (DADALTO, 2013, p. 208)

Conforme menciona Dadalto (2013, p. 109), a Resolução busca igualmente legitimar o direito de um paciente a recusar tratamentos inúteis, pois somente prolongariam sua vida, sem lhe trazer qualquer benefício ou melhora na qualidade de sua vida.

No contexto das diretivas antecipadas de vontade, cabe destacar também a suspensão de esforço terapêutico, em que “pacientes em estado vegetativo persistente ou em fase terminal de doenças incuráveis autorizam a suspensão de tratamentos fúteis que visam apenas adiar a morte, em vez de manter a vida.” A suspensão do esforço terapêutico se destina a evitar a obstinação terapêutica, seja por despreparo de alguns médicos que insistem em tecnologias desnecessárias e inadequadas para a situação do paciente (RIBEIRO, 2006, p. 280), seja porque a família não aceita que a pessoa que está ali não está viva e não tem chances de retomar à lucidez e insiste na manutenção dos tratamentos.

A pessoa que não elaborou manifestação antecipada de vontade antes de perder a lucidez, pode também ter sua vontade respeitada quanto aos procedimentos médicos, se tiver expressado sua vontade a familiares ou amigos que atestem essa manifestação no momento de incapacidade.

[...] àquele paciente que não teve oportunidade de elaborar diretivas antecipadas, mas que declarou a amigos familiares etc, sua rejeição ao esforço terapêutico nos casos de estado vegetativo permanente ou de doença terminal: a justificação testemunhal dessa vontade. (RIBEIRO, 2006, p. 281)

Assim a forma como desejaria ser tratado o paciente é apresentada à equipe médica que está tratando a pessoa por meio do depoimento das pessoas que são próximas dele.

O reconhecimento do valor da manifestação da vontade expressa nas diretivas antecipadas de vontade é condizente com o respeito à autonomia da pessoa e à sua autodeterminação, ou seja, com o poder de decisão sobre as matérias que lhe dizem respeito a si próprio, fundamentado na liberdade, na vida privada e na dignidade do paciente terminal.

3 IRRADIAÇÃO DAS RESOLUÇÕES QUE FUNDAMENTAM DIRETO À LIBERDADE DE ESCOLHA DO PACIENTE BEM COMO SUAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

As Resoluções analisadas foram criadas no âmbito e de acordo com as funções do Conselho Federal de Medicina e regulamentam a conduta do profissional médico, de maneira que fazem parte da Deontologia Médica, entretanto resta saber como se articulam com o Direito.

O Direito busca estabelecer controles sociais, contudo não somente ele é responsável por tal tarefa, o controle social pode ser feito por meio de normas de conduta morais, sociais ou pelos costumes. (GUSMÃO, 2004, p. 75) O Direito, ao contrário das outras normas de conduta, admite “a possibilidade de ser coativamente aplicado por órgãos especializados no controle social (judiciário, administração pública, polícia), pois [...] é norma social coercitiva, imposta aos seus destinatários mesmo contra sua resistência.” (GUSMÃO, 2004, p.75)

A norma jurídica difere-se das demais normas sociais e das normas morais por se tratar de norma coercível e bilateral, impondo uma obrigação para uma parte, e garantindo o direito da outra, enquanto as demais normas sociais, inclusive as normas morais, são unilaterais e não coercíveis, isto é, estabelecem obrigações, mas não se pode exigir que sejam cumpridas. (GUSMÃO, 2004, p. 75-76)

O Direito impõe obrigações e as exige dos indivíduos por meio da norma jurídica. Assim, por norma jurídica, segundo Gusmão (2004, p. 79)

entende-se a regra de conduta ou o ato de organização, de caráter geral e abstrato, tendo como objetivo manter a ordem e a paz social:

É a proposição normativa inserida em uma fórmula jurídica (lei, regulamento, tratado internacional etc.), garantida pelo poder público (direito interno) ou pelas organizações internacionais (direito internacional). Proposição que pode disciplinar ações ou atos (regras de conduta), como pode prescrever tipos de organizações, impostos, de forma coercitiva, provida de sanção. Tem por objetivo principal a ordem e a paz social e internacional. (GUSMÃO, 2004, p. 79)

Diz-se geral porque a norma se destina a várias pessoas, e abstrata uma vez que a norma prescreve uma ação ou um ato-típico. Por meio da generalidade, pode-se alcançar um número indeterminado de ações. Já na abstração, são tomadas as particularidades, circunstâncias e detalhes dos atos, ações e pessoas. (GUSMÃO, 2004, p. 81)

As normas jurídicas, mesmo que se estruturam corretamente, necessitam ser válidas também, para então, tornarem-se obrigatórias. Para que haja validade, é imprescindível que a norma seja emanada de um órgão competente para tal, além disso, a matéria a ser discutida deve estar abarcada pela competência do órgão, e, por fim, que o poder do órgão obedeça às exigências legais, ou seja, é preciso praticar esses atos, segundo os trâmites legais. (REALE, 1998, p.110)

Em relação à hierarquia, as normas são subordinadas umas às outras, ou seja, dentro de um ordenamento existe uma norma fundamental, aquela que não depende de nenhuma outra (normas constitucionais-originais ou decorrentes de emenda constitucional), as normas superiores que dependem da norma fundamental (normas complementares e ordinárias), e, por fim, as normas inferiores que dependem das outras duas (as regulamentares, contida nos decretos). (BOBBIO, 1990, p. 49)

Nessa hierarquia, há uma unidade, ou seja, um complexo de normas. Conforme explica Bobbio (1990, p. 49), usando da teoria da construção escalonada de Kelsen, que as normas constituintes de um ordenamento jurídico não estão no mesmo plano, existem normas superiores e inferiores, em que essas dependem daquelas, e todas estão vinculadas à norma suprema, que não depende de nenhuma norma superior. Bobbio escreve assim:

[...] as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas

inferiores àquelas que se encontram mais acima, chegue-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. (BOBBIO, 1990, p. 49) (grifos no original)

A norma fundamental “é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento.” (BOBBIO, 1990, p. 49)

É oportuno apresentar quais seriam as fontes do Direito utilizadas para criação dessas normas. As fontes se dividem em fontes materiais e fontes formais do Direito, as primeiras são aquelas que dão origem ao Direito, de onde ele advém (fatos sociais, econômicos, pelos problemas emergentes etc.), ou seja, elas dão conteúdo à norma jurídica. (GUSMÃO, 2004, p.101-102) As fontes formais, por sua vez, são “expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas.” (NADER, 2004, p.138)

A partir dessas definições e classificações, cabe definir o que seria então ordenamento jurídico. Para tanto, remete-se à Teoria do ordenamento jurídico de Bobbio, na qual o autor apresenta a definição de ordenamento como um conglomerado de normas jurídicas e suas funções. Não há ordenamento composto de somente uma norma jurídica, um só comando genérico e universal, isso porque a norma jurídica se divide em três vertentes, quais sejam, aquela onde tudo é permitido, ou onde tudo é proibido, ou onde tudo é obrigatório. Neste caso, se o ordenamento abrangesse somente uma vertente como, por exemplo, tudo é proibido, a sociedade não poderia realizar nenhuma ação, “senão as ações realmente necessárias, ou seja, as ações meramente naturais.” (BOBBIO, 1990, p. 32)

A sistemática do ordenamento significa que deve haver uma coerência entre as normas jurídicas e as condições pelas quais essa coerência é possível. Neste sentido, Kelsen (1984, p. 270-271) divide essa sistemática em duas espécies, quais sejam, o sistema estático, que é aquele no qual as normas se relacionam, entre si, tendo como referência o seu conteúdo, e o sistema dinâmico, em que a relação entre as normas está vinculada à hierarquia da autoridade que a instituiu.

Isto posto, visualiza-se que o ordenamento jurídico é formado por mais de uma norma jurídica, que são hierarquizadas, sistemáticas e, por fim, constituem um ordenamento completo. (BOBBIO, 1990, p. 34-35)

Apesar da intenção do Direito em regulamentar todos os acontecimentos sociais, ele não logra êxito nesta tarefa, pois a vida em sociedade é muito dinâmica sempre apresentando novas situações e estabelecendo novos rumos para a sociedade. Em virtude dessa dinâmica da vida em sociedade, aparecem lacunas dentro da legislação as quais precisam ser preenchidas. (NADER, 2004, p. 185) “A lacuna se caracteriza não só quando a lei é completamente omissa em relação ao caso, mas igualmente quando o legislador deixa o assunto a critério do julgador.” (NADER, 2004, p. 185)

Utilizam-se dois métodos de preenchimento de lacunas, a auto-integração, em que os próprios elementos do ordenamento são aproveitados, e a hétero-integração, na qual se aplicam normas que não participam da legislação. A integração ocorre por meio da analogia e princípios gerais do Direito, por exemplo. (NADER, 2004 p. 185)

Consoante Gusmão (2004, p. 238), pelo método de hétero-integração, o indivíduo poderá encontrar solução para o caso não previsto com o auxílio de elementos estranhos ao direito positivo (equidade, justiça, razões sociais, doutrinas nacionais e estrangeiras etc.), desde que respeitados os princípios gerais do Direito.

A integração não deve ser considerada fonte formal do Direito, conforme explica Nader:

A integração da lei não se confunde com as fontes formais, nem com os processos de interpretação do Direito. Os elementos de integração não constituem fontes formais porque não formulam diretamente a norma jurídica, apenas orientam o aplicador para localizá-las. (NADER, 2004, p. 186)

O Biodireito é a parte do Direito que regulamenta as práticas que incidem e repercutem sobre a vida de todos os seres vivos e a vida do ser humano. O Biodireito não se confunde com a Bioética, pois, essa consiste num ramo da Filosofia que reflete sobre a ação humana e suas consequências sobre a vida de todos os seres vivos, especialmente sobre a vida do próprio ser humano, ou seja, reflete sobre qual a boa conduta ou a conduta esperada em determinada situação.

É óbvio que, em sociedades pluralistas, como a brasileira, é muito difícil encontrar um consenso acerca de qual a melhor conduta em cada caso concreto, mas é por esta razão que a reflexão bioética é importante. A Bioética é uma área transdisciplinar, que envolve, em sua reflexão, profissionais de diversas áreas do conhecimento, além da Filosofia,

a Biologia, a Medicina, a Psicologia, a Antropologia, o Direito, entre outras. (DINIZ, 2017, p. 36). A análise das questões bioéticas se tornou imprescindível face ao grande desenvolvimento tecnicocientífico ocorrido a partir da segunda metade do século XX. As legislações nacionais encontram-se defasadas face a esses avanços e, para que sejam revistas, adaptadas e atualizadas, urge a reflexão bioética.

Após a reflexão bioética, a Bioética conjuga-se com o Biodireito, porque chega o momento de rever as normas jurídicas que tratam do tema em estudo, podendo-se propor a manutenção das normas jurídicas existentes, sua readequação, ou, verificando-se a falta de regulamentação específica, propor-se um novo conjunto de normas jurídicas que passariam a regulamentar as questões emergentes.

Assim, observa-se que as Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012, expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, apresentam-se como normas secundárias, ou seja, somente de caráter instrumental – visando o funcionamento do órgão de classe, com base na descrição de Reale (1998, p. 97). Para estarem aptas a serem possivelmente utilizadas como fonte do Direito, precisam estar em concordância com os princípios gerais dessa área.

4 A EFICÁCIA DAS REFERIDAS RESOLUÇÕES À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como visto anteriormente, as normas jurídicas estabelecem obrigações e se pode exigir seu cumprimento, enquanto as normas não jurídicas somente estabelecem obrigações, sem poder exigí-las.

O Conselho Federal de Medicina, órgão representativo da classe médica, tem a função de normatizar e fiscalizar o exercício profissional do médico. De acordo com o artigo 1º da Lei n. 3.268/57 (BRASIL, 1957), é uma autarquia federal dotada de autonomia administrativa e financeira.

Portanto as resoluções aprovadas pelo Conselho Federal de Medicina são atos administrativos normativos que objetivam regulamentar assuntos de sua competência (ARAÚJO, 2010, p. 188), como a atuação médica no cuidado de pacientes em fim de vida.

O Conselho Federal de Medicina tem legitimação para criar normas que regulam a atividade profissional médica, mas não têm legitimidade para criar normas que regulamentam as relações entre particulares, por ser um órgão representante da classe médica e não de toda a sociedade brasileira, de modo que as normas que criam não constituem

regulamentação jurídica propriamente dita. Ademais, consoante Casonato (2006, p. 203), as regulamentações estabelecidas por órgãos de classes profissionais refletem os pontos de vista e os interesses particulares da categoria profissional que representam, que nem sempre coincidem com os interesses comuns da sociedade.

Essas normas deontológicas emitidas pelos órgãos de classe são vistas por Leite (1998, p. 117) como antidemocráticas, pois “não representariam o interesse do corpo social como um todo, não corresponderiam a propostas tiradas de um debate público”, porque são normas elaboradas por representantes da classe médica e com base em seus anseios e interesses.

Assim, pode-se concluir que se trata de normas deontológicas, ou seja, dizem respeito aos deveres dos profissionais e suas possíveis escolhas. (LEITE, 1998, p. 116)

Todavia percebe-se que as Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina possuem amparo da Constituição Federal, uma vez que os Direitos Fundamentais são devidamente respeitados nos textos das Resoluções, como já visto nos subtítulos anteriores deste trabalho.

As Resoluções mencionadas buscam assegurar os princípios fundamentais da Constituição Federal, principalmente, o direito à liberdade (no sentido de autonomia), o direito à dignidade da pessoa humana (não ser submetido a tratamento desumano e torturante), o direito à integridade física e psíquica e o direito à saúde.

Uma norma é eficaz quando está apta a produzir efeitos no ordenamento jurídico. Porém, não se deve confundir essa aptidão para produção de efeitos com a forma como esses efeitos se irradiam e em quais relações isso ocorre. Este último caso é denominado de aplicabilidade das normas. (SILVA, 2007, p. 55)

As normas deontológicas, como o caso das Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, vinculam toda a classe de profissionais que dela fazem parte. Em virtude disso, o seu campo de cogência fica restrito exclusivamente ao âmbito do órgão emissor da resolução. (LEITE, 1998, p. 116)

Não há legislação brasileira que trate dos temas abordados pelas Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina em virtude de o Poder Legislativo não conseguir legislar contemporaneamente às mudanças de paradigmas ocorridas dentro da sociedade ou em razão do

receio do legislador em legislar sobre um tema ainda tão recente, no caso em estudo, um assunto polêmico, que diz ao prolongamento inútil da vida.

Ainda segundo Leite (1998, p. 116), essas Resoluções – normas não jurídicas - não são aptas a produzir efeitos no ordenamento jurídico, visto que “são destituídas de juridicidade e, pois, não abrem espaço a reais recursos frente à ordem jurídica.” funcionando, portanto, como fontes materiais do Direito.

Apesar disso, como já dito, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina são fontes secundárias do Direito, pois estabelecem regras de conduta quanto ao agir do profissional médico, e podem servir como norte para o respeito à autonomia da vontade do paciente terminal na falta de legislação específica sobre o tema.

Assim, face à falta de norma jurídica específica sobre determinados assuntos, as resoluções do Conselho Federal de Medicina têm servido e podem servir como fonte secundária do Direito, suprimindo a ausência de normas jurídicas específicas sobre as questões relacionadas à atividade humana e à aplicação das biotecnologias sobre a vida em geral e a vida humana.

Desde que não contrariem disposição expressa em norma jurídica constitucional ou infraconstitucional, as normas deontológicas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina orientam a conduta de profissionais e servem também de parâmetro de ação para as demais pessoas nos assuntos que lhe dizem respeito.

Neste sentido na falta de regulamentação jurídica acerca da possibilidade de a pessoa elaborar diretivas antecipadas de vontade, a Resolução n. 1.995/12 estabelece diretrizes para sua elaboração e sua aceitação por parte dos profissionais de saúde, mas também por parte da família e da sociedade.

De igual modo a Resolução n. 1.805/06 reconhece a possibilidade de a equipe médica e o paciente que se encontra nas fases finais da vida, e seus familiares decidirem pela interrupção do tratamento que não contribui para a melhora da condição do paciente e lhe causa mais sofrimentos do que benefícios.

Cabe ainda destacar que, no ordenamento jurídico, não há nenhuma norma jurídica que impeça a pessoa de elaborar uma manifestação de vontade, caso ela tenha capacidade para tal, dispondo acerca dos tratamentos e procedimentos médicos que gostaria e dos que não gostaria de receber em caso de incapacidade posterior, de forma que, se o ordenamento

jurídico é um sistema completo como analisado, a falta de regulamentação jurídica específica sobre o tema não proíbe a pessoa de, no exercício de sua autonomia, elaborar as diretivas antecipadas de vontade e decidir sobre a possibilidade de limitar ou suspender os tratamentos que não tragam uma melhora nas condições de sua vida, mas apenas adiem sua morte.

Ressalta-se que, apesar das referidas Resoluções não serem dotadas de coercibilidade, há que se atentar ao fato de poderem ser usadas como parâmetro pelas pessoas envolvidas, sejam os profissionais da saúde, o paciente ou os familiares. Deste modo, as Resoluções fornecem orientações relevantes para que todos, em conjunto, encontrem a solução que julgarem mais adequada.

CONCLUSÃO

A Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina permite que o médico suspenda ou limite o tratamento que prolongue, sem expectativa de melhora, a vida do paciente afligido por doença terminal, com seu consentimento ou de seus familiares. O médico deve apresentar-lhes todos os tratamentos adequados para o caso. Ademais, o doente terminal pode solicitar a opinião de um segundo profissional médico. Após a suspensão ou a limitação da modalidade terapêutica, o enfermo deve continuar a receber os cuidados necessários para aliviar a dor e o sofrimento.

Verificou-se que não se trata de eutanásia, visto que não é a ação do médico que provoca a morte do paciente terminal, mas sim de ortotanásia, que consiste no reconhecimento de que a morte é inevitável e que, qualquer ato que se pratique, apenas se estará adiando a morte, sem perspectiva de cura. Por conseguinte se conclui que não é o ato médico que causa a morte do paciente, mas a própria doença terminal que o acomete.

Ao se reconhecer que determinado procedimento médico prolonga inutilmente o processo de morrer, causando mais sofrimentos do que benefícios ao paciente terminal, podem o médico e o paciente ou seus familiares, em caso de incapacidade desse, decidirem pela limitação consentida do tratamento.

O doente terminal pode também utilizar do instituto das diretivas antecipadas de vontade para esclarecer aos profissionais da saúde que lhe atendem como deseja ser tratado em seus momentos derradeiros e nomear um representante para que o faça em seu lugar em casos de

falta de discernimento posterior. Segundo a Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, as diretivas antecipadas de vontade devem ser respeitadas pela equipe médica, ressalvados os impedimentos previstos no Código de Ética Médica, devendo inclusive prevalecer sobre a vontade dos familiares.

As diretivas antecipadas de vontade têm por objetivo deixar claro aos profissionais da saúde os tratamentos que o paciente terminal aceita receber e os que recusa, em caso de não poder manifestar mais sua vontade no futuro. Esse instrumento pode ser realizado por meio de escritura pública registrado em cartório, através de simples folha de papel assinada com ou sem firma reconhecida, ou mediante declaração verbal feita ao médico, devidamente assinada e registrada no prontuário médico.

A recusa de tratamento pode ser feita tanto de maneira antecipada, utilizando o instituto das diretivas antecipadas de vontade, bem como, se o paciente mantiver o discernimento, diretamente ao profissional da saúde no momento do procedimento médico, que lhe deve fornecer todas as informações necessárias e deverá fazer constar o pedido atual do enfermo no prontuário médico.

O paciente terminal pode ainda, uma vez devidamente informado sobre seu atual estado de saúde e suas perspectivas para o futuro em relação à doença, optar por não receber o tratamento médico quando esse não trouxer perspectiva de melhora, mas apenas prolongamento de seu sofrimento.

Observou-se que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina não são normas jurídicas, mas sim normas deontológicas, isto é, estabelecem deveres éticos dos profissionais médicos. Contudo, na falta de norma jurídica sobre o assunto, e pelo fato de essas regulamentações não se contraporem a nenhuma norma jurídica, podem os pacientes se orientar pelas normas nelas previstas para fazer valer seu direito à autodeterminação nas questões que dizem respeito a sua vida, uma vez que podem ser consideradas fontes secundárias do Direito.

Deste modo, é lícito que uma pessoa decida a que tratamentos quer ou não se submeter presencialmente, quando o médico os apresenta como possibilidade, ou, para o futuro, quando não puder mais se manifestar, por meio da declaração antecipada da vontade, e sua família e a equipe médica

devem respeitar essa decisão, de conformidade com as Resoluções n. 1805/2006 e n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Armando Otávio Vilar de. Resoluções normativas do Conselho Federal de Medicina. In: NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira (coord). **A medicina para além das normas**: reflexões sobre o novo Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. p. 187-203.

BARROSO, Luiz Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (org). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21-62.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina: efetivação do direito de morrer com dignidade. **Revista Síntese de Direito de Família**, v. 14, p. 204-221, 2013. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/discentes/RESOLUCAO%20N.%201.8052006%20DO%20CONSELHO%20FEDERAL%20DE%20MEDICINA.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, Brasília, Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Projeto de Lei nº 6.715, de 23 de dezembro de 2009. Visa alterar o Decreto Lei nº 2.848 de 1940 – Código Penal, para excluir a ilicitude da ortotanásia. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>>. Acesso em: 30 set. 2018.

CASONATO, Carlo. **Introduzione al biodiritto**. La bioetica nel diritto costituzionale comparato. Trento: Università degli Studi di Trento, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1805/2006, de 9 de novembro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, Seção I, p. 169, 28 nov. 2006. **Portal médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. Resolução n. 1995/2012, de 9 de agosto de 2012. Diário Oficial da União. Brasília, Seção I, p. 269-70, 31 ago. 2012. **Portal médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017.

COUCEIRO VIDAL, A. ¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?. **An Esp Pediatr**. 2002; 57(6): 505-7. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/bioeticapreuc/mater>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, 2013, Brasília, vol. 21, n. 1, p. 106-112. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>>. Acesso em: 30 set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ENGELHARDT JUNIOR, H. Tristam. **Fundamentos da bioética**. Tradução José A. Ceschin. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

FREIRE, Elga René. Futilidade médica, da teoria à prática. **Arq Med, Porto**, v. 29, n. 4, p. 98-102, ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0871-34132015000400003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 ago. 2018.

GHERARDI, Carlos R.. **Reflexiones sobre la futilidad médica**. 1998. Disponível em: <<http://www.toposytropos.com.ar/N6/bioetica/temas/bioetica14.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **INTRODUÇÃO ao estudo do direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armério Amado, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Da bioética ao biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação. In: SILVA, Reginaldo Pereira (org.). **Direitos humanos: como educação para a justiça**. São Paulo: LTR, 1998. p. 105-122.

ARTEL, Leticia de Campos Velho. Terminalidade da vida e limitação consentida de Tratamento: um olhar jurídico sobre a resolução 1805/2006 do conselho federal de medicina. In: **XVI CONPEDI**, 2007, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2007. p. 206-226. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. 2.

NADER, Paulo. **INTRODUÇÃO ao estudo do direito**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2007.

POHIER, Jacques. **A morte oportuna**: O direito de cada um decidir o fim da sua vida. Tradução: Gemeniano Cascais Franco. 1. ed. Lisboa: Notícias, 1999. Título original: La mort Opportune.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Diaulas. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e dignidade humana**. 2005. Belo Horizonte, Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 273-283.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VASCONCELOS, Thiago José Querino de; IMAMURA, Natália Ramos; VILLAR, Heloísa Cesar Esteves Cerqueira. Impacto da Resolução CFM 1.805/06 sobre os médicos que lidam com a morte. **Revista Bioética**, 2011, Brasília, vol. 19, n. 2, p. 501-521. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/602/669>. Acesso em: 30 set. 2018.