

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Dr. Cristian Nogueira Amado
(Advogado / 304.145 OAB-SP)

A dignidade da pessoa humana é um valor precioso e protegido pela Constituição Federal. Nas palavras do Ministro da mais alta corte deste país, Ministro Luís Roberto Barroso, trata-se “de uma expressão da autonomia privada.” Mas tal dignidade não está condicionada a um determinado estado físico ou clínico.

Diante disso, na hipótese de um paciente perder sua capacidade de se exprimir ou estiver num estado que não seja capaz de tomar uma decisão, poderá proteger sua dignidade e sua autonomia de forma preventiva – por meio de documentos de antecipação de vontade juridicamente válidos.

A doutrina tem exigido que o consentimento do paciente seja genuíno, o que significa dizer: válido, inequívoco, livre e informado. Sendo assim, por meio de uma Diretiva Antecipada de Vontade (DAV) o paciente manifesta antecipadamente sua vontade em relação ao tratamento da sua saúde. Um exemplo prático e recorrente é a manifestação de vontade prévia por parte dos adeptos da religião **Testemunhas de Jeová**. Estes, de forma genuína, portam um documento no qual expressam sua vontade com respeito a aceitar ou não determinados tratamentos médicos, em especial no que diz respeito a recusar hemoderivados em procedimentos de saúde.

Vale ressaltar que existe uma diferenciação entre o documento de Diretivas Antecipadas e o chamado “testamento vital”, que é o documento preparado pelo paciente determinando questões referentes a “fim de vida”. Mas, na prática, a expressão “testamento vital” acaba sendo usada como sinônimo de diretivas antecipadas de vontade.

Interessante ressaltar que a doutrina diferencia a capacidade negocial da **capacidade de consentir**. Esta capacidade é exercida como resultado do entendimento dos fatores que formam a decisão do paciente. Em se tratando de ato jurídico *stricto sensu*, vige para o consentimento informado a regra da liberdade da forma, sendo condição vital para a validade do documento que a vontade do declarante seja transmitida com segurança.

A preparação de Diretivas Antecipadas está de acordo com o artigo 104 do Código Civil Brasileiro, com o artigo 6º, VII, da Portaria de Consolidação n.1/2017 do *Ministério da Saúde* e com a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

É importante que profissionais de saúde estejam atentos a existência de documentos de antecipação de vontade eventualmente preparados. Neste sentido, a Recomendação do CFM 1/2016 institui que mesmo em **situações emergenciais**, o médico “*sempre deverá considerar as diretivas antecipadas de vontade do paciente, se existentes e disponíveis, conforme determina a Resolução CFM n.1995/2012*”.

A chamada “**recusa terapêutica**” do paciente é considerada válida conforme o **Enunciado 528**, produzido na V Jornada de Direito Civil, em agosto de 2011 que expressa:

Enunciado 528: “*É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “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 manifestar a sua vontade*”.

Deve-se notar que tal enunciado considerou **válida** a declaração de vontade expressa em documento autêntico (público ou particular) 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 manifestar a sua vontade (recusa terapêutica). Portanto, caso um paciente recuse determinado tratamento médico, alheio a sua vontade, o profissional de saúde deverá **respeitar a decisão e considerar válida a recusa através de documento antecipador de vontade**.

Neste sentido, a **jurisprudência** tem reconhecido a validade dos documentos de antecipação da vontade, considerando-os como meio hábil para **preservar o médico de acusação de terceiros**, quando respeita a vontade do paciente. Os documentos antecipadores de vontade tem a chamada eficácia eximidora de responsabilidade médica. Conforme parecer do Doutor Nelson Nery Júnior – o paciente que faz suas escolhas individuais e recusa tratamento médico – assume as consequências de seus atos. (*Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová – como exercício harmônico de direitos fundamentais – Página 47*)

Vale lembrar que do ponto de vista ético, uma pesquisa jurisprudencial demonstra que o Conselho Federal de Medicina já apreciou em três ocasiões casos de médicos que não transfundiram sangue em respeito à posição de pacientes Testemunhas de Jeová e nos três casos, o CFM reconheceu que **não há infração ética quando o médico respeita a autonomia do paciente**. (*Apelação 1.251/11 CRM-SC; Apelação 654/00 CRM-SP; Apelação 5.793/98 CRM-SP*)

Conforme se percebe, a jurisprudência ética do CFM considera que a responsabilidade pelas decisões do paciente (no caso Testemunha de Jeová) cabe somente a este, não podendo ser transferida ao médico que o respeita. (*Consultor Jurídico: A questão jurídica no atendimento médico de pacientes Testemunhas de Jeová – Leandro S. Valadares*)

Nesta questão é fundamental ressaltar que não há conflito entre **direito a vida versus liberdade religiosa**. Vamos analisar o caso recorrente dos pacientes da religião Testemunhas de Jeová. Do ponto de vista **médico**, a vida engloba aspectos biológicos: a vida **biológica**. Sob a ótica **legal**, a vida requer um aspecto primordial para a sua existência: a **dignidade** humana! Ao escolher um tratamento médico, um paciente lúcido, capaz e plenamente ciente dos fatores que formam sua decisão pode exercer o seu **direito de viver com dignidade**, haja vista que **a vida é um direito, não um dever**. Se determinado tratamento médico lhe rouba a dignidade, este poderá ser rejeitado, em busca de outro que preserve a vida biológica, exercendo suas escolhas existenciais e sua autonomia privada, conforme expressa a Constituição Federal, mas **GARANTINDO A SUA EXISTENCIA HUMANA COM DIGNIDADE!**

Em situações de inconsciência, o paciente pode manifestar seu consentimento ou dissentimento através de **representantes** que tomarão decisões em seu lugar. (Portaria de Consolidação n. 1/2017 do *Ministério da Saúde*, artigo 6º, VII). Nestas situações, **a manifestação dos procuradores prevalece sobre a manifestação da família do paciente**, conforme determina a Resolução CFM n. 1995/2012, em seu artigo 2º §3º).

Conforme explica o Doutor Nelson Nery Júnior no mesmo parecer já citado, tais documentos de antecipação de vontade possuem eficácia juridicamente **vinculante** para os profissionais da saúde, ou seja, são **obrigados a respeitá-los** sob pena de responderem civil, ética e criminalmente.

Neste respeito, no ano de 2010, o Ministério Público do Estado de São Paulo recebeu denúncias de pacientes Testemunhas de Jeová que tiveram sua internação recusada ou cancelada por parte de algumas instituições hospitalares. Vale destacar que nos casos em tela, **os pacientes portavam um documento antecipador de vontade, determinando suas escolhas médicas e**

nomeando procuradores para situações de inconsciência. Além disso, pacientes e médicos já havia estabelecido o processo de consentimento informado, onde diante da recusa à transfusão de sangue, seria adotado um protocolo clínico ou cirúrgico que dispensaria o emprego de hemocomponentes. Contudo, no dia da internação, e em alguns casos, estando o paciente já preparado para um procedimento cirúrgico, lhe era apresentado um Termo de Consentimento do tipo “padrão” com cláusula autorizando a administração de transfusão de sangue. Diante disso, não havia alternativa aos pacientes, senão anotar no Termo Hospitalar que a terapia transfusional não seria aceita. Como resultado, o paciente recebia alta e voltava para casa sem a realização do procedimento por vezes aguardado após uma longa fila de espera. Aparentemente um simples ato burocrático, mas com efeitos devastadores em sentido físico e emocional!

Diante destes fatos, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (PT n. 0022368/10) constatou haver uma prática sistemática por parte das instituições hospitalares obrigando os pacientes a se submeterem a um contrato de adesão incondicional, sem possibilidade de supressão de suas cláusulas expressas. Reconheceu que tal postura soa como ato discriminatório, típico da chamada **Medicina Defensiva**, impedindo aos pacientes o seu pleno acesso à saúde, direito fundamental garantido pela Constituição Federal.

Em resultado da decisão do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, diversos hospitais ajustaram seus Termos de Consentimento Livre e Esclarecido a fim de melhor se adaptarem à Constituição Federal e à legislação vigente, em respeito à autonomia do paciente bem como à **livre atuação do médico em respeito à sua autonomia profissional garantida pela Código de Ética Médica** (CFM 1931/09 – Princípios Fundamentais – item XVI)

O Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, em parecer intitulado “Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais”, considerou legítima a recusa de paciente Testemunhas de Jeová a transfusão de sangue. A legislação garante a plena liberdade do paciente expressar as suas preferências terapêuticas sem sofrer qualquer **sanção** ou **negativa** de atendimento hospitalar. Esta manifestação pode ocorrer a qualquer tempo – desde a recepção hospitalar até o momento da alta.

A liberdade de expressão e o direito ao consentimento informado estão devidamente alicerçados na Constituição Federal (CF art. 1º, II e 5º, *caput* e II). Encontram-se também expressos na legislação ordinária e em normativos do Ministério da Saúde (Portaria de Consolidação n. 1/2017, art. 6º, V e XI).

Portanto, uma vez que o paciente tenha exercido seu direito de expressão, não é lícito à instituição de saúde condicionar o atendimento do paciente à assinatura de documento hospitalar preparado unilateralmente, contendo concordância prévia e sem exceções com procedimentos médicos que ele não deseja.

Em conclusão, fica evidente que os médicos e as instituições de saúde em geral, desconhecem os aspectos legais da relação com o paciente e nutrem receio de sofrerem processos ou responsabilizações. Os operadores do Direito, especialmente aqueles que prestam assessoria jurídica direta a médicos e administrações hospitalares, exercem papel fundamental em **tranquilizar e promover a conciliação entre esses profissionais e pacientes**. É perfeitamente possível achar soluções positivas que não coloquem o profissional de saúde em risco de ser responsabilizado eticamente ou juridicamente.

É necessário que militemos sempre em favor de estabelecer a cooperação entre profissionais de saúde e pacientes!