XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

BRUNELLO SOUZA STANCIOLI

LETÍCIA ALBUQUERQUE

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito e direitos dos animais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Brunello Souza Stancioli, Letícia Albuquerque, Riva Sobrado De Freitas Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-078-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

Apresentação

O Biodireito tem sido um dos ramos mais proeminentes da Ciência Jurídica atual. Seus primeiros estudos, em âmbito de mestrado e doutorado, deram-se na década de 1990, tratando principalmente sobre relação médico-paciente, eutanásia e tratamentos paliativos. Hoje, são desenvolvidos assuntos bastante diferentes e complexos. Suicídio assistido, aborto, seleção embrionária, inseminação artificial, pesquisas com células-tronco são alguns exemplos. Outro campo de conhecimento que tem ganhado proeminência é o estatuto jurídico dos animais, o qual tem demandado estudos acerca de pesquisas com animais, indústria de cosméticos e alimentos.

Os debates sempre são acirrados, o que, de fato, aconteceu na sessão deste Grupo de Estudos.

Apresenta-se aos leitores uma vasta gama de argumentos que, longe de se encerrarem, consistem em pontos instigantes para grandes trabalhos futuros.

DIREITO DE MORRER: DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RIGHT TO DIE: LIVING WILL AND THE BRASILIAN LAW

Marina Carneiro Matos Sillmann

Resumo

A sociedade moderna convive com avanços tecnológicos na área da medicina, o que possibilita a cura de muitas doenças ou, em algumas circunstâncias, ocorre apenas o prolongamento da vida consistindo o controle da enfermidade à custa de muito sofrimento para o paciente e sua família, bem como o ônus financeiro. Nesta eventualidade surge o instituto do testamento vital, sendo este admitido em países como os Estados Unidos, Uruguai, Espanha, Portugal, Itália e Argentina, permitindo ao paciente a possibilidade de escolha e a garantia que seu desejo será obedecido pelo médico. No Brasil a discussão ainda é recente, por isso justifica-se o estudo do tema a partir da experiência estrangeira. Os objetivos da presente pesquisa resumem-se na análise do instituto do testamento vital, a partir de uma abordagem internacional se valendo do direito comparado. A pesquisa é do tipo teórico e documental. O método a ser empregado será através do estudo comparativo (no que tange às legislações internacionais que dispõe sobre a declaração prévia de vontade) e histórico (analisando-se a modificação da visão que a sociedade possui sobre o direito à morte). A técnica a ser empregada na realização da pesquisa será de análise temática e textual, obtendo conceitos e teorias já formuladas sobre o assunto e captando as problemáticas mais relevantes do mesmo. Conclui-se pela possibilidade de aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, por ser compatível com os princípios da autonomia privada, inviolabilidade do direito à vida e dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito de morrer, Testamento vital, Autonomia privada

Abstract/Resumen/Résumé

Modern society lives with technological advances in medicine, which enables the cure of many diseases or, in some circumstances, occur only life extension consisting controlling the disease at the expense of much suffering for the patient and his family as well as the financial burden. This event comes the living will institute, which is admitted in countries like the United States, Uruguay, Spain, Portugal, Italy and Argentina, allowing the patient a choice and a guarantee that your wish will be obeyed by the physician. In Brazil, the discussion is still new, so it is appropriate to the subject of study from the foreign experience. The objectives of this research are summarized in the analysis of the living will institute from an international approach taking advantage of comparative law. The research is theoretical and document type. The method to be used is the comparative study (with regard to international law which provides for the prior declaration of intent) and history (analyzing the

modification of the view that the company is on the right to death). The technique to be employed in conducting the survey will be thematic and textual analysis, obtaining concepts and theories already formulated on the subject and capturing the most relevant issues of the same. The results confirmed the possibility of the application institute in the Brazilian legal system, to be compatible with the principles of autonomy, inviolability of the right to life and human dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to die, Living will, Private autonomy

1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna vive um contínuo processo de evolução na área da medicina com avanços tecnológicos sendo inseridos quase que cotidianamente na prática médica. É inegável que houve melhoras na atenção à saúde, e, inclusive o prolongamento da vida de maneira artificial.

O testamento vital surge como uma oportunidade de decidir o quanto poderá ser feito e estabelecer os limites do tratamento. Países como os Estados Unidos, Uruguai, Espanha, Portugal, e Argentina, aderem ao instituto, permitindo ao paciente a possibilidade de escolha e a garantia que seu desejo será obedecido pelo médico.

A carta de disposições finais permite à pessoa estabelecer os limites de seu tratamento, caso venha a ter sua capacidade mitigada em face da doença. Trata-se de importante expressão da dignidade da pessoa humana, pois permite que a vontade do enfermo seja respeitada ainda que não possa ser demonstrada. O testamento vital não significa desistir da vida. Representa a busca pela dignidade na fase terminal.

No Brasil, o implemento dessa técnica está em fase de discussão. O trabalho avalia ainda como estão sendo aplicadas as resoluções nº1805 de 2006 e nº1995 de 2012, do Conselho Federal de Medicina. Esta última reconhece a validade e a força vinculante das diretivas antecipadas de vontade aos profissionais da saúde.

Importante destacar as diretrizes da declaração prévia de vontade se apoiam também em princípios de biodireito, respeitando a escolha ou ausência de tratamento proferido pelo paciente. É necessário compreender que o conceito de morte é variável segundo valores culturais, filosóficos e religiosos, resultando daí calorosas discussões. Daí, a relevância de se estudar a viabilidade das diretivas antecipadas da vontade frente o ordenamento jurídico brasileiro.

2 ENTRE O VIVER E O MORRER

A ciência médica avançou de forma considerável nos séculos XX e XXI, o que possibilitou a reversão de quadros clínicos outrora considerados terminais. Ainda assim, deve-se ter em mente que a morte, por fazer parte do ciclo da vida, necessita acontecer de forma digna.

Não se pode ignorar que este progresso trouxe consequências para a esfera jurídica ao resgatar discussões sobre a terminalidade da vida. Diego Gracia, ao estudar o tema, aponta que:

> O estudo dos dilemas éticos do final da vida não tem por objetivo resolvê-los em definitivo, mas antes de tudo, compreendê-los de forma adequada, entendendo os

> argumentos das distintas posturas, peso e suas limitações, de modo tal que possamos ter elementos suficientes para a realização de juízos ponderados e prudentes. (GRACIA, 2010, p.431)

Além de resgatar tais discussões, houve uma importante alteração na relação médico-paciente. Anteriormente a medicina impunha seus conceitos e bastava ao paciente aceitar. Figuras como o consentimento informado e o dever de esclarecimento não tinham espaço. Porém:

> Foi isso o que mudou ultimamente, sem que tenhamos nos apercebido. Agora não é a medicina que define o que é uma necessidade de saúde. Que eu saiba, é a primeira vez que isso ocorre na história, e não está claro quais podem ser as consequências dessa revolução impressionante. Para mim, o que ocorre hoje na medicina deve-se em considerável medida a que as necessidades sanitárias deixaram de ser definidas pela medicina e passaram a ser definidas pelos usuários. São estes que dizem o que é ou o que não é uma necessidade de saúde. E buscam o sistema de saúde para que a solucione. Obviamente, este não pode fazê-lo em muitas, muitíssimas ocasiões. O que gera uma grande frustração dos usuários e um enorme descontentamento entre os profissionais. É esta a situação atual. (GRACIA, 2010, p. 94).

A relação médico-paciente, outrora verticalizada, passa a se dar de forma horizontal. Em razão disso, discute-se a possibilidade de conferir autonomia ao indivíduo para escolher a adesão ou não a um tratamento, ainda que sua recusa leve à morte do sujeito. Tal decisão é vista com certo receio, afinal, a vida é considerado o maior bem jurídico do ser humano e deve ser preservada. Apesar disso, existem situações em que esta perdeu sua finalidade. Não há mais razão para viver, pois não há mais como o fazer. Em face de determinadas doenças incuráveis, o indivíduo encontra-se no limiar entre a morte e prolongamento artificial da vida.

Mas, afinal, o que é vida? Vida, nos termos do art.3º da Lei 9434/97, é a presença de atividade cerebral, já que para a lei, morte é a ausência de atividade encefálica. Entretanto, o conceito de viver se mostra mais complexo.

O vocábulo “viver” traz consigo uma conotação única para cada pessoa. Viver implica movimento, é um processo no qual o sujeito apreende e compreende a extensão de tudo que está ao seu redor. Não se vive sem descobertas, viver é estar no todo, renovando sempre.

Frente às situações de terminalidade da vida o direito encontra a medicina e apresenta suas normas, esclarecendo se a pessoa tem a possibilidade de escolher se irá manter ou não sua vida.

Percebe-se claramente a existência de um conflito aparente entre a liberdade de escolha do indivíduo e o dever do Estado de preservação da vida. Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, defendem a liberdade de escolha no processo de morrer e indagam se há um direito ou um dever à vida. (SÁ, MOUREIRA, 2012, p. 110).

É certo que é dever do Estado garantir a inviolabilidade da vida, porém, em relação aos pacientes em estado terminal a autonomia privada deve prevalecer sobre tal dever estatal. Apenas tal indivíduo vivencia a angustia da espera pela morte e apenas ele pode escolher entre permanecer vivo ou cessar os tratamentos e morrer. Os conceitos de vida boa e digna são subjetivos, já que têm um significado diferente para cada pessoa. Posto isso, é inadmissível que o Estado elabore tais definições e imponha sua concepção para o indivíduo.

Contudo, deve se ter em mente que apesar de serem decisões de cunho individual, estão permeadas de um aspecto político. Dworkin, nos mostra que "a comunidade deve decidir até que ponto vai permitir que seus membros optem pela morte" (2009, p.253). Assim, o Estado pode delimitar uma fronteira, estabelecendo até que ponto o sujeito pode dispor dela, mas deve deixar um espaço aberto de modo a permitir que esta fronteira seja ultrapassada quando o caso concreto exigir.

Deve ser ressaltado que não se busca a imposição ou incentivo pela morte, com a banalização da vida. O intuito deste trabalho é defender a autonomia de escolha do indivíduo frente a uma doença terminal, ou seja, garantir pela presença da dignidade no último ato da vida.

Ronald Dworkin ensina ainda que:

> Todos os dias, no mundo todo, pessoas racionais pedem que lhes seja permitido morrer. Às vezes, pedem que outras as matem. Algumas já estão morrendo , muitas em meio a grandes sofrimentos [...]. Algumas pessoas querem morrer porque não querem continuar vivas da única maneira que lhe resta. (2009, p. 251).

A visão sobre a vida deve ser tida em conformidade com seu aspecto individual e não coletivo. Apenas aquela pessoa tem o direito de decidir o rumo que sua vida seguirá, ainda que seja feita a escolha pela morte. Deve ser garantida a autonomia do paciente na tomada da decisão.

A vontade humana encontra seu limite nas normas, tanto legais quanto morais. Há uma pré-compreensão do que seria vida boa, imposta pela cultura, pelas normas ou pela religião. Portanto, impossível abandonar tais aspectos ao discutir a autonomia para morrer:

> A discussão em torno de uma autonomia para morrer pressupõe a análise da moralidade e suas possibilidades na sociabilidade moderna. O conceito de moralidade aqui tratado refere-se à liberdade possibilitada e exercida pelo indivíduo humano no processo de construção de si mesmo. Trata-se do exercício da autonomia compreendida como autorreflexão que pressupõe o outro enquanto responsável pela definição do eu. (SÁ, MOUREIRA, 2012, p.10).

Ademais, percebe-se que diante de uma sociedade pluralista não se pode ignorar que as percepções de vida boa ou digna e qual o melhor momento de morrer são subjetivas. Não

há uma uniformidade de pensamento acerca de tais temas. Portanto, cabe ao Direito harmonizar os valores individuais e sociais para que ambos sejam respeitados:

> [...] Ao legislador compete a tarefa de balizar o comportamento humano, permitindo uma ampla capacidade de manobra, tendo em conta as diferentes perspectivas culturais. Contudo, a norma jurídica não deve nunca ser de tal modo permissiva que permita a ultrapassagem dos limites aceites e definidos pelas correntes mais representativas do pensamento humano. Então poderá afirmar-se que a dignidade humana se impõe ao próprio indivíduo, ao próprio agente moral. (NUNES, PEREIRA, 2011, p.23).

Nestes termos, cabe o ensinamento de Ricardo Lorenzetti que aduz que "o direito foi idealizado para ser aplicado a um Estado cujos habitantes tenham raízes e ideais em comum, ou seja, uma base cultural homogênea" (2010, p.62). Tal idealização, entretanto, difere da tônica da realidade, pois a sociedade contemporânea mostra-se plural, ou seja, há grande diversidade de pensamentos, culturas e religiões. Deve-se garantir iguais liberdades a todos.

3 PRINCÍPIOS INERENTES AO DIREITO DE MORRER

Princípios são mandados de otimização, são o pilar de um ordenamento jurídico, são normas de âmbito deontico. Tidos como essenciais para apurar como determinado ordenamento jurídico recepciona institutos que não estão positivados formalmente, o que é o caso das diretivas antecipadas da vontade no Brasil.

O Dicionário Enciclopédico de Teoria de Sociologia do Direito conceitua "princípios do direito" como "regras, nomes ou construções servindo de base ao direito como fonte de sua criação, aplicação ou interpretação." (ARNAUD, 1999, p.621).

Após esta breve explanação, entende-se que três princípios são fundamentais para o estudo da validade das diretivas antecipadas da vontade no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada e a inviolabilidade do direito à vida.

3.1 Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade humana defende que o homem, como um ser que apresenta qualidades próprias à sua condição deve ser respeitado pelo Estado e pela Sociedade. Cuida-se de um princípio de difícil conceituação, já que trata de algo abstrato, apenas delimitável frente a um caso concreto. É algo presente, ou ao menos deveria estar em todas as relações humanas.

Na busca pelo conceito de dignidade e ao analisar o que é dignidade de acordo com diferentes morais, Peter Häberle aduz que:

> Essa questão só pode ser respondida de forma jusfundamentalmente específica. Há de partir-se da tese que a totalidade das garantias jurídicas relacionadas a pessoa, de um lado, e, de outro lado, os deveres a elas associados, devem viabilizar aos homens se tornarem, serem e permanecerem, pessoas. Com essa garantia jurídica específica de um âmbito vital do Ser-Pessoa, da identidade, a dignidade ocupa seu lugar central: o modo pelo qual o homem se torna pessoa também fornece indicativos para o que é a dignidade humana. Duas questões devem ser distinguidas: como se constrói a identidade humana em uma sociedade e até que ponto se pode partir de um conceito de identidade interculturalmente válido (e com isso "universal"). (2009, p.77).

Luigi Ferrajoli, explica o que é dignidade a partir dos ensinamentos de Kant. O autor aponta que a dignidade não tem um valor explícito, como os direitos patrimoniais, mas sim implícito, um valor interior absoluto e continua falando que é por causa da dignidade que o homem pode ser considerado pessoa. Com isso, o indivíduo consegue o respeito de si perante os demais seres racionais (2011, p.105).

Carlos Ayres Britto também apresenta sua leitura sobre a dignidade da pessoa humana:

> Não há negar. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social) é ao mesmo tempo um algo a parte. A exibir na lapela da própria alma o bóton de uma originalidade que ao Direito só compete reconhecer até para se impor como expressão da vida comum civilizada (o próprio Direito a, mais que impor respeito se impor ao respeito, como diria o juiz-poeta sergipano João Fernandes de Britto). (2012, p. 33)

Deve ser destacado ainda o conteúdo fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana: direito à igualdade material, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade (LEVY, 2012, p. 225). Consequentemente, tendo em vista estes quatro núcleos, para manter a dignidade da pessoa humana sua autonomia no processo de morrer deve ser respeitada.

O princípio da dignidade humana defende que o homem, como um ser que apresenta qualidades próprias à sua condição, deve ser respeitado pelo Estado e pelos seus pares. Consiste em um dos fundamentos da República brasileira, nos termos do art. 1º, III, da Carta Magna.

Este princípio, quando aplicado ao direito privado, deve ser lido à luz da autonomia para ser efetivado. Em outras palavras, entende-se que a dignidade da pessoa humana apenas está presente quando a autonomia do sujeito é respeitada. Assim, se no livre exercício da autonomia, a pessoa não quiser se submeter a determinado tratamento médico, esta decisão deve ser respeitada, garantindo, consequentemente, a não violação de sua dignidade.

3.2 Autonomia Privada

Autonomia representa capacidade de autogerenciamento que uma pessoa possui, ou seja, a capacidade de fazer escolhas e arcar com as consequências advindas destas. Diaulas Costa Ribeiro tece considerações acerca da origem da palavra autonomia:

> A palavra autonomia, do grego autos (próprio) e nomos (regra, autoridade ou lei) foi utilizada pela primeira vez como referência à auto-regulação, ao autogoverno das cidades-estados gregas independentes. Mas, foi na década de setenta – no Relatório Belmont/ Belmont Report – que essa mesma palavra passou a significar atribuição de poder a pessoas naturais, pessoas físicas, reunindo o direito de liberdade, de intimidade, de escolha, e o poder para tomar decisões sobre si. Comparativamente, uma pessoa com autonomia plena tem, em sua relação com o outro, os mesmos direitos e poderes que um Estado tem com seus homólogos. (2005, p. 274).

Autonomia, portanto, representa o direito que o sujeito possui de ter sua vontade respeitada e guiar-se por suas escolhas, sem imposição de terceiros ou até mesmo do Estado.

Assim como o princípio da dignidade, o princípio da autonomia privada passou por transformações acerca da forma de sua interpretação. Na era do liberalismo era conhecido como princípio da autonomia da vontade e vigorava, praticamente, de forma absoluta, eis que nesta época, defendia-se a mínima intervenção do Estado nas relações privadas. Com isso, não havia a proteção estatal aos negócios privados, pois parte-se do pressuposto que todos tinham condição de se autorregularem e se auto defenderem.

No entanto, esta autonomia ilimitada levou o próprio sistema liberalista à ruína. É evidente que existem desigualdades entre os indivíduos, o que impede o exercício livre da vontade. A partir destas conclusões a visão sobre a autonomia precisou ser reformulada.

Com o advento do Estado Social, a autonomia foi limitada pela ideia de função social. Houve o interesse de se proteger o coletivo em detrimento ao individual e o Estado passa a interferir em demasia nos negócios particulares (SÁ, PONTES, 2009, p. 44).

Por óbvio, a exagerada intervenção estatal não funcionou e o sistema social também ruiu. Dessa forma, surge uma nova interpretação da autonomia que visa o equilíbrio entre a independência dos negócios privados, sem ignorar completamente a função social. Unem-se tais aspectos numa relação de co-dependência, o que origina a autonomia privada.

Pode-se definir o princípio da autonomia privada como sendo a prerrogativa da pessoa em poder expressar sua vontade, estabelecendo o conteúdo e a forma das relações jurídicas de que participa, sem ignorar a existência do outro, ou seja, o aspecto da alteridade.

Na definição apresentada por Luciana Dadalto, a autonomia privada "[...] deve ser entendida como o poder de perseguir seu interesse individual, desde que este não se choque com

a autonomia pública, ou seja, desde que conserve a coexistência de todos os projetos de vida dos cidadãos". (DADALTO, 2010, p. 39).

Assim:

> Cada um passa a ser responsável pela elaboração de seu projeto de vida, de acordo com aquilo que lhe satisfaça mais. Dentro desse viés relacional, os limites dessa autonomia se encontram tanto na lei, quanto no respeito ao outro. A intervenção do Estado nesse projeto passa a ser excepcional e só se legitima para a promoção e proteção dos direitos de todos os cidadãos e, mesmo assim, deverá ser realizada respeitando o máximo possível da vontade da pessoa. Tratando-se de condutas reflexivas, aquelas cuja repercussão na esfera alheia é mínima ou inexistente, a autonomia deve ser plena. (VIEIRA, 2011, p. 1091).

O testamento vital é expressão da autonomia privada, pois garante o cumprimento da vontade de determinada pessoa em se submeter ou não a um tratamento referente a uma doença terminal ou estado vegetativo permanente quando este não for mais capaz.

É preciso ter em mente que o sujeito ainda que em estado terminal e com sua capacidade cessada, deve ter sua autonomia preservada, desde que ela tenha se expressado quando o indivíduo ainda era capaz para os atos da vida civil. Neste contexto, o testamento vital se mostra essencial para manutenção da dignidade e autonomia quando a vontade não mais puder ser demonstrada. Insiste-se no exercício da autonomia, de forma prospectiva, para preservar a dignidade.

3.3 Inviolabilidade do Direito à Vida

O terceiro princípio relacionado ao tema das diretivas antecipadas da vontade é o da inviolabilidade do direito à vida. Este princípio foi positivado no art. 5º, caput da Constituição Brasileira de 1988.

Há que ressaltar que "o direito à vida é o direito de viver. Ele abrange a existência corporal, a existência biológica e física, que é pressuposto vital para a utilização de todos os direitos fundamentais. A proteção refere-se, aqui, a vida individual, não apenas à vida humana em geral.[...]" (KLOEPFER, 2009, p. 150).

No entanto, apesar da ampla proteção conferida ao direito à vida, tem-se que este não é absoluto. O princípio da inviolabilidade do direito à vida deve ser analisado em conjunto com as demais normas que compõe o ordenamento jurídico, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, há que se falar em direito à vida digna:

> A inviolabilidade do direito à vida, conforme consta no caput do art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, retrata a proteção da vida como bem jurídico indisponível. Se a dignidade humana é a norma valor que inspira a interpretação de todo o ordenamento jurídico, cabe analisar o direito à vida juntamente com a noção de dignidade – podendo-se falar do direito à vida digna. Não se poderia dizer, então, que do próprio direito à vida digna deriva um direito a morrer com dignidade? (PITHAN, 2004, p.80).

A vida possui uma sacralidade intrínseca e não pode ser banalizada. Porém esta sacralidade apenas está presente caso seja mantida a dignidade e a autonomia da pessoa. Em muitos casos, há apenas uma aparência de vida e por isso deve ser garantido o direito de escolha à submissão ou não de tratamentos. Apenas assim poderá ser respeitada a sacralidade da vida.

Caso seja imposta a manutenção da vida, independente de sua qualidade estar-se-ia diante de um dever de viver e não de um direito. A supressão da vontade do sujeito pelo Estado torna a vida um dever a ser suportado.

Posto isso, Diego Gracia, suscita que há dois modos de interpretar o direto à vida e o direito à integridade física. O primeiro, que são direitos absolutos, o que tornaria inócua a possibilidade de não escolher um tratamento que poderia prolongar a vida. Já o segundo, mais coerente com a concepção de um Estado de Direito, posto que nenhum direito é absoluto, preceitua que ninguém pode atentar contra a vida de outrem sem seu consentimento (2009, p.450). A segunda interpretação torna possível as diretivas antecipadas da vontade, sem violar a Constituição.

Com esta modalidade de interpretação tem-se a união entre a inviolabilidade do direito à vida, autonomia privada e dignidade da pessoa humana. Neste sentido há que ressaltar que:

> Em todos esses aspectos comuns entre dignidade da pessoa humana e direito fundamental à vida não se pode deixar de ter em vista, todavia, que os bens jurídicos "vida" e "dignidade da pessoa humana" não devem necessariamente, repercutir em conjunto, de forma paralela, como elemento de reforço da proteção no sentido de um vínculo jusfundamental, isto é, como concorrência jusfundamental cumulativa. Pelo contrário, eles também podem entrar em conflito entre si, no sentido de colisão entre direitos fundamentais. Onde esse conflito se manifesta, porque a vida de um entra em confronto com a dignidade do outro (por exemplo, na doação de órgãos não consentida), estamos diante de uma singularidade do ponto de vista dogmático jusfundamental; é preciso que resulte aqui, uma solução ponderada, pautada pelo critério do menor sacrifício possível de direitos fundamentais. [...] (KLOEPFER, 2009, p. 149)

Dessa forma o atendimento médico em conformidade com a dignidade humana dos pacientes deverá respeitar a autonomia decisória dos mesmos e, simultaneamente, prestar assistência e proteção à sua vulnerabilidade – provocada tanto pela enfermidade quanto pelo desnível de poder existente na relação médico/paciente. (PITHAN, 2004, p.73).

Ademais, “é impossível ao indivíduo humano não julgar que determinada forma de vida vale de fato a pena. Todo homem na qualidade de ser livre pode, diante desta possibilidade, assumir a morte como forma de verificar sua dignidade. A isso o Direito não se opõe e não teria como fazê-lo.” (SÁ, MOUREIRA, 2012, p. 162).

4 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE

O testamento vital, também denominado diretivas antecipadas da vontade ou carta de disposição de vontade, consiste em um documento por meio do qual o sujeito registra quais tratamentos deseja ou não se submeter, caso tenha sua capacidade mitigada ou não possa expressar sua vontade. Tem força vinculante e pode ser revogado ou alterado a qualquer tempo.

4.1 Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia

A eutanásia, a ortotanásia e a distanásia representam o objeto do testamento vital, ou seja, o conteúdo do documento a ser deixado pelo indivíduo. Cada uma dessas figuras possui um significado diferente e em razão disso, delimitam a abrangência da dispensa ou não de tratamentos de acordo com o ordenamento jurídico do país cujo sujeito que elabora o documento está subordinado.

A palavra eutanásia tem origem grega e significa a boa (*eu*) morte (*thanatos*). Representa a ação ou omissão de um terceiro que tem por objetivo a morte piedosa de outrem. A primeira modalidade consiste na eutanásia ativa e a segunda, na passiva. Pode-se dizer que representa uma antecipação do momento de morte.

Sobre seu conceito tem-se que:

> Nos dias atuais, a nomenclatura eutanásia vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico com o consentimento daquela. A eutanásia propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, por meio da ação ou omissão do médico, que emprega ou omite meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida. (SÁ; NAVES, 2011, p.312).

Já a ortotanásia, representa a morte no tempo certo. Consiste na dispensa de tratamentos considerados fúteis, porém sem abandonar os cuidados paliativos, ou seja, aqueles necessários para amenizar a dor do paciente em estado terminal. É considerada como a realização de uma eutanásia de forma passiva.

O suicídio assistido é uma ação voluntária praticada pelo sujeito, com o auxílio de terceiro (em geral, um profissional da saúde), que tem o escopo de orientar, fornecer o meio de morrer ou observar o processo da morte, com a intenção de colocar um fim em sua própria vida.

É uma figura diferente da eutanásia:

> Bem próximo da eutanásia está o suicídio assistido; mas não se confundem. Nem o suicídio assistido se confunde com a indução, instigação ou auxílio ao suicídio, crime tipificado no artigo 122 do Código Penal. Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge diretamente a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é conseqüência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro. (RIBEIRO, 1998, p.3)

Por fim, a distanásia ou obstinação terapêutica, é a busca excessiva pela cura do doente. Tem por escopo o prolongamento obsessivo da vida humana independente de sua qualidade para a pessoa. Neste sentido, tem-se que:

> Do lado oposto da eutanásia, encontra-se a distanásia. Como se disse, na primeira, o ato médico tem por finalidade acabar com a dor e a indignidade na doença crônica e, no morrer, eliminando o portador da dor. A preocupação primordial é com a qualidade da vida humana no sua fase final. A distanásia, por sua vez, dedica-se a prolongar, ao máximo, a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo. (SÁ; NAVES, 2011, p. 312).

Não se pode ignorar a figura da mistanásia ou a eutanásia social. Em outras palavras, acontece nas hipóteses de morte em razão de ausência dos recursos pessoais e materiais necessários para o tratamento, por exemplo, médicos, remédios ou leitos em hospitais.

4.2 Testamento Vital

Testamento vital, também conhecido como carta de disposições de vontade, pode ser definido como o documento de caráter vinculante que uma pessoa, em pleno gozo das faculdades mentais e dotada de capacidade civil, expressa quais são os tratamentos que deseja ou não se submeter caso venha a padecer de doença terminal e não puder expressar seu consentimento.

Rui Nunes e Helena Pereira de Melo apresentam uma definição para este instituto:

> Na generalidade das legislações analisadas, o testamento de paciente é um documento escrito, redigido por um indivíduo capaz à data da sua assinatura i.e., não menor de idade e não interdito por anomalia psíquica. Nas disposições testamentárias, o testador declara que, no caso de se encontrar inconsciente ou com anomalia psíquica que o torne incapaz de governar a sua pessoa, deseja receber ou não receber determinado (s) cuidado (s) médico (s). O testamento pode, portanto, expressar declarações de vontade de sentido diferente: o indivíduo declara que, se perder temporária ou definitivamente a

> capacidade de expressar a sua autonomia, consente ou não consente na realização de determinada intervenção ou tratamento. (2011, p. 161).

A carta de disposição de vontades tem origem nos Estados Unidos, quando o advogado Luis Kutner publica um artigo que se intitulava "*Due process of eutanásia: the living will, a proposal.*" no Indiana Law Journal em 1969 (NUNES; MELO, 2011, p.114).

Um dos requisitos para a elaboração do testamento vital é a presença de capacidade. A pessoa portadora de uma doença considerada grave muitas vezes permanece capaz, porém tem seu estado emocional afetado de tal forma que o discernimento não está mais presente, o que pode levar a decisões que não seriam tomadas, caso estivesse em pleno gozo das faculdades emocionais. Por isso, para a elaboração das diretivas antecipadas da vontade precisa de capacidade e, principalmente discernimento (DADALTO, 2010, p. 54).

Já o conteúdo do documento depende dos limites do ordenamento jurídico do país em que será cumprida a vontade, já que há países que permitem a eutanásia e outros apenas a recusa de tratamento médico. Utilizando como parâmetro o Brasil, pode-se citar como exemplos a ordem de não ressuscitação, vedação de cirurgias ou de aplicação de medicamentos.

Devem ser permitidos os cuidados paliativos, ou seja, os esforços empregados pelo médico e sua equipe de saúde com o intuito de minimizar a dor e o sofrimento do paciente, sem, contudo, buscar o prolongamento da vida.

O testamento vital é aplicado apenas nas situações em que a pessoa está impossibilitada de expressar sua vontade. É uma forma de exercer a autonomia de modo prospectivo. Caso a vontade possa ser expressa deve-se verificar se o sujeito modificou seu entendimento em relação à situação a ser enfrentada. Cumpre salientar que a carta de disposição de vontades é revogável a qualquer tempo pelo seu autor.

Outro modo de garantir o respeito à autonomia do paciente frente a uma doença terminal é o mandato duradouro. Por meio deste documento o sujeito designa terceiro de sua confiança para decidir em seu nome acerca de questões referentes à sua saúde.

O mandato duradouro é um documento no qual o paciente nomeia um ou mais "procuradores" que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente – terminal ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente. (DADALTO, 2010, p. 67).

Essencial para elaboração do documento é o exercício do dever de esclarecimento por parte do médico à pessoa sobre a patologia, os tratamentos existentes e a perspectivas de cura. Consequência do dever de esclarecimento é o consentimento informado, ou seja, para que a

pessoa consinta ou negue determinado tratamento é essencial que saiba todos os riscos e consequências de sua escolha.

O consentimento informado decorre da alteração de um paradigma da medicina. Outrora, o paciente era excluído do debate sobre seu quadro clínico, cabendo este exclusivamente à equipe médica. Atualmente conquistou seu espaço passou a expressar sua vontade em relação ao tratamento de sua doença e a recusa do médico a cumprir com o dever de esclarecimento configura infração ética.

Diversos países, como Estados Unidos, Espanha, Portugal e Argentina já regulamentaram o instituto. No Brasil, ainda está em discussão a positivação do testamento vital, existindo duas resoluções do Conselho Federal de Medicina que ainda serão estudadas neste trabalho.

4.3 Experiência Estrangeira

Conforme já mencionado, o testamento vital surge nos Estados Unidos, sendo elaborado um modelo em 1969. Porém, apenas em 1976 com o caso Karen Ann Quinlan, a hipótese é levada à Justiça. A família obtém o direito de desligar os aparelhos, conforme decisão proferida pela Corte de Nova Jersey. Porém Karen faleceu apenas oito anos após a retirada dos aparelhos (DADALTO, 2010, p. 79).

O documento é positivado pela primeira vez no estado da Califórnia, por meio do *Natural Death Act* em 1976. Após a aprovação da lei, foi elaborado ainda o *Guidelines for signers* que explica o modo de funcionamento do testamento vital e apresenta informações como: as diretivas permitem que o paciente escolha o não prolongamento artificial da vida; orienta o diálogo com o médico para que o documento seja registrado no prontuário; que este deve ser assinado por duas testemunhas desinteressadas, entre outras. (DADALTO, 2010, p.80).

Após a promulgação do Natural Death Act, diversos estados norte americanos elaboraram suas leis acerca de como conduzir o prolongamento artificial da vida. Contudo, apenas após a grande comoção gerada pelo caso de Nancy Cruzan, a validade das diretivas antecipadas da vontade foi ampliada para o âmbito federal.

O caso citado exemplifica a importância e necessidade do testamento vital. Nancy Cruzan, jovem de vinte e cinco anos sofre um acidente de carro e entra em coma. Aos vinte anos havia expressado o desejo de não receber medicamento caso viesse a perder a capacidade mental para amigos e familiares.

A família vê negado o desejo de Nancy Cruzan pelos médicos e é obrigada a procurar tutela jurisdicional, obtendo decisão favorável. Entretanto, a decisão foi reexaminada e alterada pelo Supremo Tribunal do Missouri, por entenderem que não havia prova clara e consistente do desejo de Nancy. A família de Nancy apelou ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos que sustenta a decisão do Supremo Tribunal do Missouri, fundamentando que não havia provas do desejo de Nancy, mas reconhece a existência do direito de morrer (DWORKIN, 2009, p. 256).

A população, com medo de se ver em situação semelhante clama pela criação de garantia legal para que sua vontade seja cumprida. Surge em 1991 a primeira lei federal norte americana que visa reconhecer o direito de escolha do paciente anterior à situação terminal, denominada *Patient Self Determination Act of 1990* (DADALTO, 2010, p. 83).

A partir de então os Estados Unidos passaram a reconhecer os testamentos de vida ou procurações de saúde em todo seu território. Inclusive constitui dever do médico informar ao paciente sobre as leis estaduais acerca das diretivas antecipadas de vontade e as formalidades a serem executadas para garantir sua vontade, quando este ingressar no hospital (DWORKIN, 2009, p. 265).

Na Europa, a discussão sobre as diretivas antecipadas de vontade é consolidada em 1997, na cidade de Oviedo na Espanha com a Convenção Para Proteção do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina, assinada por trinta e cinco membros do Conselho da Europa e 23 ratificações.

A aludida convenção consiste no marco da discussão sobre o direito de morrer em âmbito internacional. Pela primeira vez diversos países se reúnem para debater os direitos do paciente terminal. Cabe ressaltar que até 1997 nenhum país europeu teve positivado o tema. A convenção também representa a primeira norma elaborada por uma organização internacional que o reconhece o direito de um paciente recusar tratamento (DADALTO, 2010, p. 86).

O documento contém trinta e oito artigos, mas neste trabalho é destacado o nono. Tal artigo estabelece que a vontade anteriormente à situação de incapacidade expressa pela pessoa deve ser considerada: “Art. 9.º A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”.

Elabora-se ainda um relatório explicativo sobre a convenção. Os números sessenta, sessenta e um e sessenta e dois contém notas sobre o artigo nono da convenção. O número sessenta e um aponta que a declaração pode abranger tanto situações previsíveis de emergência como doenças. Por fim o número sessenta e dois ressalta que a vontade do declarante pode não

ser levada em consideração se as ciências médicas evoluírem de tal modo que possam alterar a situação anteriormente prevista.

Pertinente ressaltar que a convenção não dispensa necessariamente a criação de leis regulamentando o tema. Cada país deve elaborar sua legislação especificando os pontos do modo que melhor lhe convier.

Dentre os países signatários da convenção pode-se citar o exemplo da Espanha que a ratificou e elaborou legislação interna sobre a questão do testamento vital (Lei nº 41/2002), da Itália que, embora não ratificando o tratado permite o instituto sem atribuir caráter vinculante e Portugal que ratificou o tratado, com divergências internas sobre a validade da carta de disposição de vontades. Posteriormente foi promulgada lei reconhecendo o testamento vital no país (Lei nº 25 de 2012).

A experiência espanhola é similar a norte americana, pois há a Lei espanhola nº41/2002, de âmbito nacional sobre o tema das diretivas antecipadas da vontade, sendo que cada comunidade autônoma tem ainda o poder de elaborar suas próprias disposições sobre o instituto.

Cumpre ressaltar que no ano de 2007 foi criado o Registro Nacional de Instruções Prévias, por meio do Real Decreto nº 124/2007. Sobre esta norma tem-se que:

> Interessante notar a força vinculante de tal instrumento, pois está expresso no decreto acima mencionado que, independentemente da comunidade autônoma a que pertença o outorgante, a instrução prévia deve ser conhecida e seguida, no momento oportuno, pelos profissionais de saúde que prestarem atendimento ao outorgante. (DADALTO, 2010, p. 94).

Assim como no Brasil, a Itália não possui lei em sentido restrito sobre o tema. Apenas o Comitê Nacional de Bioética e o Código de Deontologia Médica reconhecem a validade e a força vinculante das diretivas antecipadas da vontade, o que gera insegurança jurídica para os médicos e pacientes.

Não se pode deixar de mencionar a experiência holandesa. A eutanásia e o suicídio assistido eram considerados crimes neste país, entretanto, a prática demonstrava que aquele que praticasse tais condutas poderia ser isentas de culpabilidade por meio da alegação de força maior:

> O suicídio assistido (e a eutanásia) era também passível de alegação de força maior, desde que ficasse confirmado tratar-se o caso de sofrimento insuportável, sem perspectiva de melhora. Uma vez cumpridos todos os critérios de diligência, o Ministério Público podia desistir de promover ação penal (SÁ; MOUREIRA, 2012, p.155).

No ano de 2002, o Código Penal Holandês foi alterado passando a excluir a punibilidade da prática da eutanásia e do suicídio assistido dentro dos limites estabelecidos pela lei, a saber, a prática por médico com a devida comunicação às autoridades competentes e requerimento feito pelo paciente.

Percebe-se a relevância do estudo da experiência estrangeira para apurar a validade das diretivas antecipadas no Brasil. Destaca-se o forte interesse das pessoas dos citados países em garantirem o respeito a sua autonomia, levou o governo a elaborar normas com tal intuito.

5 TESTAMENTO VITAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Adentrando ao estudo da inserção do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se a existência de uma situação similar à italiana, já que em ambos países não há lei sobre o tema, mas apenas regulamentos elaborados conselhos profissionais.

O Código de Ética Médica, em vigor desde 2009, estabelece como dever do médico levar em consideração a vontade do paciente em se submeter a tratamento (arts. 46, 48 e 56). Tal norma ressalta a conexão entre a vontade da pessoa e sua dignidade em situações de doença.

O art. 41 do aludido diploma legal aponta que é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que requerido por este ou seu representante legal. No entanto, o parágrafo único abre a possibilidade de ser levada em consideração a vontade do paciente ou de seu representante legal nas situações de doença terminal e incurável em relação aos tratamentos possíveis. Aponta ainda que o médico deve se valer de cuidados paliativos e não empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis.

Este dispositivo serve para exemplificar a diferença entre eutanásia, ortotanásia e distanásia. O primeiro, conforme já explicado, significa a ação humana que tem o condão de antecipar a morte de alguém motivada por um sentimento de piedade. No Brasil configura o crime de homicídio privilegiado, nos termos do art. 121, §1º, Código Penal.

Cabe ressaltar que o suicídio assistido também é considerado crime, conforme previsão do art. 122, do Código Penal brasileiro. Como o próprio nome induz, trata-se de medida em que uma pessoa, geralmente o médico, auxilia o sujeito a abreviar sua vida.

Já a ortotanásia significa “a morte no tempo certo”. Isto é a vedação de tratamentos inúteis, ou seja, aqueles que não têm o condão de aliviar o sofrimento da pessoa. É o que poderia ser objeto do Testamento Vital Brasileiro.

Por fim, a distanásia representa a utilização de tratamentos excessivos, que não curam, apenas prolongam a vida, de forma artificial, por um período de tempo em meio ao sofrimento da pessoa. Configura obstinação terapêutica, proibida pelo Código de Ética Médica.

O Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução 1805/2006, que tem por escopo permitir aos médicos limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que apenas prolongam a vida do paciente, sem perspectiva de cura e que utilizem os cuidados necessários para minimizar a dor ou o sofrimento, caso seja esta a vontade do doente ou de seu representante legal.

Seguindo esta linha de raciocínio, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1995 de 2012, colaborou com a aplicação do testamento vital no Brasil, ao definir o instituto e conceder força vinculante ao documento deixado pelo paciente em relação ao médico.

Percebe-se que o Conselho Federal de Medicina adota uma postura mais preocupada com o cuidado e respeito ao paciente do que com a obstinação terapêutica. Leo Pessini (PESSINI *apud* PITHAN, 2004, p. 36), aponta que há dois paradigmas que permeiam a conduta médica: o da cura e o do cuidado.

O primeiro enxerga a morte como algo a ser superado a qualquer custo. O citado autor aduz que tal enfoque não percebe que a responsabilidade de curar termina quando os tratamentos possíveis se esgotam. Já o segundo, tem lugar quando não é mais possível a cura e cabe apenas o alivio do sofrimento do paciente. Surge o dever moral de parar os tratamentos e amenizar o morrer.

Portanto defende-se neste trabalho que em conflito entre a inviolabilidade da vida e a vontade da pessoa em deixar a morte seguir seu tempo natural, este último deve prevalecer. Na verdade, crê-se que o testamento vital não fere a vida, apenas permite que esta siga seu curso.

Conforme debatido anteriormente, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento do testamento vital. Ter o direito de se garantir a dignidade desde a concepção até a morte representa que o aludido fundamento da República Brasileira alcança sua máxima eficácia.

Gustavo Tepedino, defende a existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana:

> Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer outros direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. (TEPEDINO *apud* TARTUCE, 2009,p.162)

Percebe-se, pois, que a carta de disposição de vontades, por ser compatível com os princípios expressos na Constituição e por defender a presença dignidade até mesmo na hora da morte, bem como a autonomia privada, não encontra obstáculos em sua efetivação. A questão que permanece é como poderá ser aplicada no Brasil, já que não há lei regulamentando o tema.

Marcelo Vieira de Mello discorda deste posicionamento e aponta que o testamento vital não poderia ser adotado no Brasil. Expõe os argumentos de que o limite entre ortotanásia e eutanásia é tênue e que o Código Penal não aponta a ortotanásia como exceção ao crime de homicídio privilegiado. Aduz que a abreviação da morte de um sujeito traz repercussões jurídicas na vida de terceiros por poder alterar a ordem de vocação hereditária. Suscita a desigualdade de tratamento entre aquele que tem doença terminal e outros tipos de males da saúde. Por fim, justifica a impossibilidade do testamento vital no Brasil em razão da indisponibilidade dos direitos da personalidade e sobre o modo restritivo em que se dá o exercício da autonomia no direito brasileiro. (VIEIRA, 2011).

De fato estabelecer os limites entre eutanásia e ortotanásia é uma tarefa difícil. Ainda mais considerando que a ortotanásia é uma face da eutanásia passiva, consistindo a não iniciação de um tratamento ou sua suspensão (SÁ, MOUREIRA, 2012, p.89). Porém, a prática de ortotanásia não entra na conduta descrita pelo do art. 121 do Código Penal brasileiro, por não ter relação direta com o resultado morte. Também não consiste em omissão de socorro (art. 135, CP), pois o médico não omite seu dever legal de cuidado, por minimizar o sofrimento do paciente com os cuidados paliativos.

Em relação às eventuais repercussões na ordem de vocação hereditária, entende-se que um direito patrimonial não se pode se sobrepor a um direito existencial. Ora, respeitar o exercício livre e esclarecido da autonomia de um paciente que deseja não mais se tratar constitui interesse jurídico mais relevante do que resguardar interesses de eventuais herdeiros.

A desigualdade entre os diferentes males que poderiam ser objeto de um testamento vital realmente existe e é apontada também por Stefano Rodotà:

> Aparece aqui o tema da igualdade no morrer. Se a vida da pessoa depende de apoio externo cabe a possibilidade de exercer o direito a morrer, recusando remédios ou assistência mecânica. Se, ao contrário, a pessoa tem a má sorte de sobreviver de maneira natural, essa possibilidade não existe, ainda que seu sofrimento possa ser até superior àqueles da primeira situação. Há uma obrigação de ficar preso em uma sobrevivência que se tornou puramente aflitiva? Ou, ao contrário, pode a regra jurídica restituir a dignidade e a autonomia para a decisão? (RODOTÀ, 2010, p. 287, trad. livre).[1]

[1] Aparece aquí el tema de la igualdad en el morir. Si la vida de la persona depende del apoyo externo cabe la posibilidad de ejercer el derecho a morir rechazando los fármacos o la asistencia mecánica. Si, por el contrario, la persona tiene la "mala suerte" de sobrevivir de manera natural, esta posibilidad no existe, aunque su sufrimiento pueda ser incluso superior al de quienes sí tienen la oportunidad de rechazar legítimamente los tratamientos. ¿Hay

Porém, a solução não é apenas proibir as diretivas antecipadas da vontade, mais sim ampliar seu objeto, de modo a permitir sua aplicação em situações mais amplas, ultrapassando o limite de doenças terminais. Assim seriam garantidas iguais liberdades.

Por fim, em relação à questão da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, pertinente citar Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira:

> A titularidade do direito à vida é irrenunciável, eis que, uma vez nascido, o indivíduo adquire esse direito e, ainda que queira, não pode fazer cessar sua existência. Em se tratando do direito à vida, não há renúncia ao seu exercício. A escolha pela morte é, na verdade, o próprio exercício do direito à vida. Direito de morrer ou autonomia para morrer, na verdade integram o exercício do direito à vida (SÁ, MOUREIRA, 2012, p. 68).

Assim, o exercício do direito de morrer integra o próprio direito à vida. Conforme já exposto, trata-se da leitura do direito à vida de forma compatível com a dignidade da pessoa humana.

Outro óbice que poderia ser suscitado é a questão da ausência de lei (em sentido estrito) sobre o tema, pois não se sabe quais seriam os requisitos formais para a criação de um testamento vital, bem como, *a priori*, não haveria garantia de que seria respeitada vontade registrada quando seu autor perder a capacidade. Por isso, defende-se a utilização da experiência estrangeira como parâmetro.

O ordenamento jurídico de um país apresenta lacunas, posto que é impossível as normas acompanharem as mudanças da vida social em tempo real. Sobre a existência de lacunas, pertinente citar Maria Helena Diniz:

> Ele (o direito) é lacunoso porque a vida social apresenta nuanças infinitas nas condutas humanas, problemas surgem, mudam-se as necessidades com o progresso, o que torna impossível a regulamentação de todo comportamento por normas jurídicas. Mas é sem lacunas, porque o seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável. (DINIZ, 2008, p. 71).

A dificuldade em aceitar um instituto tão polêmico quanto o testamento vital sem sua formalização por lei pode ser considerada herança do positivismo jurídico, o denominado dogma da completude.

Norberto Bobbio aduz que o raciocínio do jurista tradicional é fundamentado em três pressupostos: “a premissa maior de todo raciocínio jurídico deve ser uma norma jurídica; essa

---

alguien que tenga la obligación de quedar atrapado en una supervivencia que se ha vuelto puramente aflictiva? ¿O, al contrario, puede la regla jurídica restituir la dignidad y la autonomía en la decisión?

norma deve ser sempre uma lei do Estado; todas essas normas devem formar, no seu conjunto, uma unidade. (BOBBIO, 2011, p. 121)".

Entretanto, é evidente a impossibilidade do legislador acompanhar as mudanças sociais e tecnológicas que ocorrem de forma extremamente rápida. Por isso, não há como elaborar uma lei para cada fato juridicamente relevante, caindo por terra o dogma da completude e comprovando a presença de lacunas no ordenamento jurídico.

O instituto do testamento vital por estar em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro dispensa a necessidade de uma lei para poder ser cumprido. Representa um negócio jurídico e deve seguir seus requisitos para ter existência, validade e eficácia. Na definição de Maria Helena Diniz:

> O negócio jurídico repousa na ideia de um pressuposto de fato querido ou posto em jogo pela vontade e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem jurídica. Seu efeito é a criação de direitos e obrigações. É a norma jurídica que confere à vontade esse efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade. (DINIZ, 2008, p. 427)

Sobre o testamento vital como negócio jurídico tem-se o pensamento de Dyle Campello:

> O Código Civil, no art. 104, exige, para a validade do negócio jurídico: I) agente capaz; II)objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III) forma prescrita ou não defesa em lei.
> Ora, se o paciente está no perfeito gozo de suas faculdades mentais e é maior de idade, poderá validamente contratar e praticar os atos da vida civil e expender antecipadamente sua vontade para os atos que se protraem para o futuro. O objeto da declaração antecipada é lícito (tendo em consideração a aprovação das normas que legitimam a ortotanásia), e é possível de ser atendido. A forma ainda não é prevista em lei, se o for deverá ser obedecida. Portanto, aconselha-se que deva ser realizada por instrumento particular, tratado com as devidas cautelas, para não trazer dificuldades burocráticas à sua elaboração. (CAMPELLO, 2012,p.37)

Concorda-se com o raciocínio exposto, exceto na parte em que condiciona a licitude do testamento vital com a promulgação de leis que legitimem a ortotanásia. Ora, esta já é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro conforme foi amplamente demonstrado no corpo deste trabalho. A necessidade de lei sobre o tema é apenas para delimitar o *modus operandi* do instituto. Como também já explicado, até a promulgação de lei, o interessado pode-se valer das normas de países que já positivaram o tema como forma de orientação. Neste sentido:

> No Brasil, não há autorização legal para a eutanásia nem para o suicídio assistido. Mas, a suspensão de esforço terapêutico encontra-se na Constituição Federal (art. 1º, III e 5º,III) - que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático brasileiro e diz expressamente: ninguém será submetido à tortura *nem a*

> *tratamento desumano ou degradante* -, no Novo Código Civil (art. 15) – que autoriza a recusar determinados procedimentos médicos -, na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), art. 7º,III) – que reconhece o direito à autonomia do paciente – e no Código de Ética Médica – que proíbe o médico de realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, fora de um quadro de *emergência médica de salvação,* o que não é o caso do paciente com quadro irreversível, sem nenhuma resposta a qualquer tipo de tratamento (RIBEIRO, 2006, p. 282).

Não se pode olvidar de mencionar ainda a Lei dos Direitos dos Usuários dos Serviços de Saúde do Estado de São Paulo (lei nº10.241/99 – lei Mário Covas), que assegura o direito do paciente em recusar tratamentos fúteis, conforme preceitua seu art. 2º, XXIII.

Sugere-se como modo de garantir a legitimidade do documento o seu registro em cartório de notas com presença de duas testemunhas desinteressadas na morte do autor. Dessa forma, tanto o médico quanto o paciente estariam resguardados quando da suspensão do tratamento. Inclusive os Cartórios de Registro brasileiros já aceitam documentar os testamentos vitais como forma de declaração privada.

Conclui-se pela aceitação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. A partir de interpretação sistemática das normas brasileiras não é encontrada nenhuma norma que veda o direito do paciente em decidir se vai se submeter ou não a determinado tratamento quando este não aumenta a chance de cura, sendo apenas prolongamento da situação terminal.

A ausência de lei não deve configurar obstáculo para a mais ampla expressão da Dignidade da Pessoa Humana. É cediço que a imposição de tratamento quando apenas se deseja que a vida siga seu curso é afronta irreparável à honra.

6 CONCLUSÃO

O testamento vital é um documento no qual a pessoa deixa por escrito quais tratamentos não deseja se submeter caso padeça de doença terminal e tenha sua capacidade para os atos da vida civil cessada.

Diante de uma doença terminal a angústia é dupla, pela falta de resposta ao tratamento e pela incerteza de cura praticamente absoluta. Prolongar este sofrimento apenas pela obstinação terapêutica e contra a vontade da pessoa não significa defender a vida, mas tão somente o sofrimento.

Instituto de fundamental importância eleva o princípio da dignidade da pessoa humana à sua máxima efetividade, pois evita que a pessoa realize tratamentos que na sua concepção são degradantes.

Enaltece ainda o princípio da autonomia privada, pois consiste em uma forma de garantir a liberdade e a escolha do indivíduo até no momento do fim da vida.

Em relação ao direito à vida, tem-se que se trata de um direito e não de um dever. Desse modo, ao ponderar os princípios dignidade da pessoa humana, autonomia privada e inviolabilidade do direito a vida, em conflito aparente e face uma situação de doença terminal, entende-se que a dignidade e a autonomia devem prevalecer.

Conforme exposto, o testamento vital é um documento que tem por objeto garantir o exercício da autonomia do sujeito de forma prospectiva, registrando os tratamentos aos quais este deseja ou não se submeter e, dependendo do ordenamento jurídico de seu país, se deseja a prática de eutanásia ou suicídio assistido.

O testamento vital tem sua origem nos Estados Unidos e já foi positivado em diversos países como Espanha e Holanda. A situação da Itália é similar à brasileira, já que nestes países apenas órgãos de conselhos de classe reconhecem formalmente o instituto.

Ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro não se encontra nenhuma proibição expressa à elaboração do testamento vital. Dessa forma, defende-se a utilização da experiência estrangeira como parâmetro para elaboração do documento enquanto a lei brasileira não for promulgada. Cabe, contudo, a ressalva de que se fala em utilização da lei estrangeira não como norma cogente, mas sim como um modelo a ser observado.

Ressalta-se que, se morrer é o último ato da pessoa, deve ser o mesmo feito da forma mais digna possível, de acordo com o desejo do ser humano. O testamento vital comprova a grande diferença entre estar vivo e viver.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Marcio Fabri dos. Um novo discurso religioso. **PESSINI, Leocir, *et al* (orgs).** Bioética em tempo de incertezas. São Paulo: Centro Universítário São Camilo, Loyola, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. 2º reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMPELLO, Dyle. Aspectos éticos e jurídicos acerca da terminalidade da vida. *In:* **Anais do I Simpósio da Câmara Técnica de Bioética**. CRM: Belo Horizonte, 2012.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 1.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DICIONÁRIO, enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Sob a direção de André – Jean Arnaud...[et al.]; tradução de: Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Vol. 1 – teoria geral do direito civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei de introdução ao código civil interpretada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais – estado e constituição**. Trad. SALIN, Alexandre; *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GODINHO, Thiago José Zanini. **Elementos de direito internacional público e privado**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRACIA, Diego. Incertezas metafísicas e religiosas: algumas considerações. **PESSINI, Leocir. *et al,* (orgs).** Bioética em tempo de incertezas. São Paulo: Centro Universítário São Camilo, Loyola, 2010.

GRACIA, Diego. **Pensar a bioética – metas e desafios**. Trad. Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Centro Universítário São Camilo, Loyola, 2010.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In:* **SARLET, Ingo Wolfgang (org.).** Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. *In:* **SARLET, Ingo Wolfgang (org.)**. Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LORENZETTI, RICARDO Luis. **Teoria da decisão judicial – fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rui. MELO, Helena Pereira de Melo. **Testamento vital**. Coimbra: Almedina, 2011.
PICCINI, Cleiton Francisco. et alt. **Testamento vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes**. Disponível em: < http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/89/A4.pdf > publicado em 2011. Acesso em 12 de agosto de 2013.

PITHAN, Lívia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das "ordens de não ressuscitação" hospitalares**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. *In:* **Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2005. Belo Horizonte. Família e Dignidade da Pessoa Humana/ V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Thomson Reuters, 2006.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Eutanásia: viver bem não é viver muito**. 1998. Disponível em: < http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=209&p_ch > Acesso em: 21 de jan. de 2015.

RODOTÀ. Stefano. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho**. Trad. Andrea Greppi. Madri: Editorial Trota, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. MOUREIRA, Diego Luna. **Autonomia para morrer – eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. *In:* **FIUZA, César, *et al* (orgs.).** Direito civil – princípios jurídicos no direito privado – atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, *et al.* **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico -constitucional necessária e possível. *In:* **SARLET, Ingo Wolfgang (org.)**. Dimensões da dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8. ed.rev.atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. LEITE, George Salomão (orgs.). **Direitos Fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil – lei de introdução e parte geral 1**. 5.ed. São Paulo: Método, 2009.

VIEIRA, Marcelo de Mello . Testamento vital no Direito Brasileiro: realidade ou perspectiva para o futuro?. In: XXI Encontro nacional do CONPEDI / UFU, 2011, Uberlância. **Anais do XXI Encontro nacional do CONPEDI / UFU**. Florianópolis - SC: Fundação Boiteux, 2011. p. 1086-1105.