



XII. UM TESTAMENTO SEM BENS: A EVOLUÇÃO LEGAL DO DIREITO À MORTE DIGNA

XII. A TESTAMENT WITHOUT PROPERTY: THE LEGAL EVOLUTION OF THE RIGHT TO DEATH DIGNA

Norton Maldonado Dias¹
Rui José Costa Fernandes Rouseq²
Thallisson Make Ramo³

Recebido em:	10.09.2020
Aprovado em:	15.11.2020

RESUMO: O presente trabalho versa sobre o testamento vital, tentando responder a problemática questão entre o dever do médico, a vontade do paciente e o confronto com a legislação brasileira em vigor, através da metodologia dedutiva, bibliográfica, como também por pesquisa de campo. Para isso, o trabalho teve como objetivo explicar o porquê do testamento vital e sua importância, haja vista que sonda a hipótese da dignidade do paciente. Vale ressaltar que o presente desenvolvimento se justifica como expressão da personalização do Direito Civil, tendo diversos artigos, matérias e questões acerca do direito à dignidade no momento da morte, que levanta a problemática na questão da respectiva legalização e os efeitos do testamento vital. Ao final, verifica-se confirmação da hipótese que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer, mesmo entrando em confronto com o dever do profissional médico, haja vista que todo ser humano tem direito à dignidade tanto em vida quanto em morte, pois a vida não é um valor absoluto.

224

Palavras-chave: Dignidade, Pessoa com Deficiência, Testamento Vital.

¹ Professor da Faculdade de Direito de Sinop - MT na Graduação (2016-Atual) e na Pós-Graduação da mesma instituição (2017/2-Atual). Professor convidado na pós-graduação do Instituto EducareMT. Professor dos cursos preparatórios da OAB no Programa "Resolva Direito"(2016-Atual/ Unifasipe) e no Ishikawa Centro de Estudos e Práticas Jurídicas (2018-Atual). Advogado ocupante da cadeira 31 da (ASCL) Academia Sinopense de Ciências e Letras (2019-Atual). Foi Assessor Jurídico (2019-2020) do Secretário de Assistência Social, Trabalho e Habitação (SASTH). Atua como advogado e com experiência no Poder Legislativo Municipal (Portaria 041/2020-Atual; Portaria 014-080/2018 da Câmara Municipal). Mestrado em Direito - 2016 (Centro Universitário Eurípides de Soares da Rocha) com especializações em Direito na Pós-graduação da UEL - Universidade Estadual de Londrina - Paraná (2012) e na PUC - Pontífice Universidade Católica - Minas Gerais (2018). Graduação em Direito - 2009 (Centro Universitário Eurípides de Soares da Rocha). Atuação na pesquisa com cadastro (10/2014) no grupo de pesquisa vinculado do ao Diretório do CNPQ: Gramática dos Direitos Fundamentais. Membro do CONPEDI (Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito). Contato: maldonadodias@hotmail.com.br.

² Advogado formado pela Faculdade de Direito de Sinop - MT. Formado em Tecnologia em gerenciamento de Redes pela Universidade de Cuiabá - UNIC. Servidor Público no Banco do Brasil. Com iniciação científica em Testamento Vital e Termo de Conclusão de Curso defendido na mesma área. Atuante em escritório de advocacia da cidade de Sinop e na área do mercado financeiro.

³ Advogado graduado em Direito pela FACAPE (Faculdade de Petrolina) e FASIPE (Faculdade de Sinop) com estágio na Polítec no Fórum de Petrolina e na Procuradoria da Fazenda. Prestou assessoria de gabinete na Comarca de Guaratã do Norte, atuando no TJMT (Tribunal de Justiça do Mato Grosso) durante 04 (quatro) anos. Atualmente, é advogado particular e professor da Escola Regina Pacis e professor universitário na Unifasipe.



ABSTRACT: The present paper deals with the living will, trying to answer the problematic question between the doctor's duty, the patient's will and the confrontation with the Brazilian legislation in force, through the deductive, bibliographic methodology, as well as field research. The purpose of this study was to explain the reason for the living will and its importance, given that it probes the hypothesis of the patient's dignity. It is worth mentioning that the present development is justified as an expression of the personalization of Civil Law, having several articles, issues and questions about the right to dignity at the moment of death that raises the issue in the question of the respective legalization and the effects of the living will. In the end, there is confirmation of the hypothesis that the dignity of the human person must prevail, even when confronted with the duty of the medical professional, since every human being has the right to dignity both in life and in death, since life does not is an absolute value.

Keywords: Dignity, Disabled Person, Living Will.

1 INTRODUÇÃO

A ciência em conjunto com a tecnologia, tem expandido os limites da vida humana, e a cada descoberta a medicina avança. Dessa forma, doenças que antes não tinham tratamento, hoje são curáveis e as doenças que antes eram sentença de morte, hoje possuem tratamentos, muito obviamente existem muitas coisas a serem descobertas e inventadas, não se sabe ainda até onde podemos chegar, porém a única certeza que temos é que todo ser humano tem um fim, e esse fim é a morte.

Contudo quando falamos de morte, deve-se observar a autonomia individual como a expressão de sua vontade, o que possibilita expressão da própria dignidade da pessoa humana, o que torna o processo mais humano e respeitoso. Não vai adiantar o homem viver a vida intensamente se não tiver o direito de morrer com dignidade.

Com a aprovação da Resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina (CFM) em 2012, dá-se a primeira regulamentação objetiva em volta das diretivas antecipadas de vontade no país, vinculando principalmente a classe médica.

A resolução prevê o mandato duradouro, e ainda, a possível confecção de um testamento vital, o qual seria um documento redigido por pessoa em pleno gozo de suas faculdades mentais, dispondo acerca dos tratamentos que deseja se submeter ou não, se por ventura sobrevier diagnóstico de doença terminal cumulado com impossibilidade de manifestação de vontade.



Esse trabalho será conduzido através de pesquisas feitas através de livros, internet, ligados à área jurídica, legislativa, médica, social.

Trata-se, portanto, da metodologia dedutiva bibliográfica, haja vista que deduz de fontes gerais no sentido da especificação da proposta. Foi utilizado, também, fontes jurisprudenciais e legislações, bem como a Constituição Federal, o Código Civil, e a Resolução 1.995, de 9 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina.

Este trabalho tem sua relevância com base em seu próprio tema, uma vez que, se trata de dúvidas em relação a problemas sociais e culturais em nosso próprio país, e o ponto de vista de nosso sistema jurídico expondo as prioridades ao nos depararmos com conflitos éticos, morais, contratuais, profissionais, assim este projeto fará parte de meu crescimento pessoal e melhor entendimento no caminho profissional.

Com o passar dos tempos e com inovações tecnológicas, não somente o mundo tem se modificado como também os costumes, a cultura, vontades e o próprio modo de vida. Assim, o mundo tornou-se cheio de burocracia e para toda solução de conflitos existem leis e contratos, tudo buscando o acordo de vontades, a ética, a moral e a dignidade, exprimidas na própria constituição:

Buscar explicar a importância e as razões do testamento vital e suas dificuldades, o testamento de pessoa viva, também conhecida como *pacta corvina*, correspondente a acordo que tem por objeto a herança de pessoa viva.

2 DA MORTE: OSCILAÇÕES HISTÓRICAS

Ao refletirmos sobre a morte, podemos nos deparar com vários sentimentos, sensações, pontos de vistas, sobre um assunto que mesmo depois de centenas de anos ainda é um mistério para humanidade. Dessa forma, podemos até traçarmos uma linha histórica vislumbrando os porquês e influências que a morte tem para humanidade.

Quando a humanidade tinha uma consciência ligada mais ao misticismo, as lendas de grandes heróis, na crença de diferentes deuses, o ser humano não era dono de seu próprio destino, quem ditava as regras, o futuro e o que justificavam atitudes e decisões eram os deuses, ou seja, o misticismo explicava tudo que o ser humano era incapaz de explicar.



Clóto, Láquesis e Átropos, as moiras fiandeiras da mitologia grega, teciam tanto destino dos deuses quanto dos homens, eram as senhoras do destino cortando o fio de vida do ser quando assim quisessem ou quando haviam pré-determinado, ninguém escapava do tal controle, Thanatos era acolhedor das almas, para os gregos a morte não era algo trágico.

Para os egípcios, a morte consistia num processo onde a alma se desprendia do corpo, ou seja, a morte seria um estágio de mudança para outra existência, sendo o corpo considerado a morada da alma havia uma grande preocupação em conservar o corpo dos que faleciam, assim, foram desenvolvidas diversas técnicas de mumificação capazes de preservar um cadáver durante anos.

Com o passar dos anos, as explicações míticas, foram sucumbindo, por um homem cada vez mais reflexivo evoluído e questionador, sempre procurando entender a natureza, o sentido de sua existência e os porquês de todas as coisas, tanto existenciais quanto essenciais. Surgindo grandes filósofos que buscavam estudar o mistério e o desconhecido, obtendo explicações físico-naturais.

227

Através de tal reflexão pode-se perceber a importância de se saber como a morte foi compreendida ao longo do tempo, nesse sentido é possível destacar os estudos de Philippe Ariès, mais especificamente em sua Obra, a história da morte no Ocidente, através dela, ele aborda as atitudes diante da morte sob ótica da sincronia e da diacronia.

Para Philippe Ariès, em seu estudo partindo da idade média, da forma com o indivíduo do ocidente comporta-se face à morte é classificado em quatro fases: morte domada, morte de si mesmo, morte do outro e morte interdita.

A morte domada era entendida como parte de um ciclo, ou seja, compreendida de maneira natural, não havia questionamentos, o que significa dizer que as pessoas estavam em sincronia com o que era natural, acontecia de pressentirem quando a sua hora se aproximava, eram mais sensíveis aos sinais físicos específicos, dessa maneira se preparavam para conforme orientavam os ritos da época, o moribundo no leito, fazia sua despedida rodeados de parentes, objetivando a paz espiritual, assim era importante a absolvição dos sacerdotes e aguardando o silêncio como último sinal da morte: “[...] a simplicidade com que os ritos da morte eram aceitos cumpridos de modo cerimonial, evidentemente, mas sem caráter dramático ou gestos de emoção excessivos” (ARIÈS,1977,p.17)



Desta maneira, a grande preocupação do indivíduo era morrer sem o cumprimento de todos os ritos a serem observados, assim, a morte era a espera do descanso eterno, era pública e isso ocorreu até o século XI:

Era assim comum o moribundo, pressentindo a chegada de sua morte, realizar o ritual final, despedir-se e quando necessário reconciliar-se com a família e com os amigos, expunha suas últimas vontades e morria, na esperança do juízo final quando alcançaria o paraíso celeste. É por isso que nesta época a morte súbita, repentina era considerada vergonhosa e às vezes considerada castigo de Deus, pois a morte casual inviabilizava o processo do morrer descrito acima. (CAPUTO, 2008, p 75-76)

Após o século XI a igreja católica cresceu e começou a influenciar em vários campos, como no campo econômico, social, cultural, político e a morte passou a ser chamada morte de si mesmo, assim, houve a tentativa do homem fazer a própria imortalização, surgindo o paraíso e o inferno, ou seja, houve uma separação entre os cristãos e os pagãos.

228

O homem com a influência religiosa toma mais conhecimento de si mesmo e a morte se torna algo mais individual, isso é expresso pelo fato que as sepulturas coletivas nas igrejas vão sendo substituídas gradativamente por túmulos individuais, foi também nesse período que a igreja católica fez grandes acúmulos de riquezas e a morte é “clericalizada”:

A Igreja foi a maior proprietária de terras no período feudal. Homens preocupados com a espécie de vida que tinham levado, e desejosos de passar o lado direito de Deus antes de morrer, doavam terras à Igreja; outras pessoas, achando que a Igreja realizava uma grande obra de assistência aos pobres e doentes, desejando ajudá-las nessa tarefa, davam-lhe terras; alguns nobres e reis criaram o hábito de, sempre que venciam uma guerra e se apoderavam das terras do inimigo, doar parte delas à Igreja; e assim, se tornou proprietário de um terço e metade de todas as terras da Europa Ocidental [...] Uma das razões por que se proibia o casamento aos padres era simplesmente porque os chefes da Igreja não desejavam perder quaisquer terras da Igreja mediante herança aos filhos de seus funcionários. (HUBERMAN, 1986, p. 13-14)

Uma mudança bem visível, que ocorreu foi que a igreja se tornou julgadora do certo e do errado, quem eram cristãos, iriam para o paraíso, enquanto os pagãos iriam para o inferno, o julgamento da essência humana, a alma, deixou de ser um evento, algo que aconteceria somente no fim, com a morte e tornou-se algo imediato:



A partir do século XII, ao invés da certeza passa a reinar a incerteza, uma vez que agora cabia à igreja intermediar o acesso da alma ao paraíso e o julgamento final deixava de ser visto como evento que ocorreria nos Tempos Finais e passa a ser visto como um evento que aconteceria imediatamente após a morte e resultaria na descida ao inferno (no sofrimento eterno) ou a ascensão aos céus (na alegria eterna) e isso dependeria da conduta do moribundo antes da morte. (CAPUTO, 2008, p.76).

A partir do século XVIII, a morte se torna algo mais profundo, mais intenso, nesse sentido o término da vida se torna uma dor, toda essa dor nesse período é expressa na arte da época, surge uma associação entre o sexo e a morte, ou seja, o sexo que naquela época era um tabu é remetido em poesias, como sugestão de que o mesmo êxtase que existe no sexo se relacionasse com a consciência do ser indo para outra dimensão, a morte torna-se sinal de perda e sofrimento, a família não se conforma mais com a perda do ente querido, assim era a chamada morte do outro:

229

[...] cenas ou motivos inumeráveis, na arte e na literatura, associam a morte ao amor. Tanatos a Eros - temas erótico-macabros ou temas simplesmente mórbidos, que testemunham uma extrema complacência para com os espetáculos da morte, do sofrimento, dos suplícios. (ARIÉS, 1977, p. 77)

No século XIX, nasce o culto ao herói nacional, assim, em homenagem a esse herói são construídos monumentos vazios, porém estes símbolos de momentos memoráveis de vitórias alcançadas, utilizados para inspirar pessoas, como também símbolo de patriotismo, a homenagem não se limitou somente à igreja, nem aos heróis, mas também aos entes amados, era uma forma de imortaliza-los, uma esperança de reencontro, uma demonstração de seu significado, através de arte, poesia, escultura entre outras.

Outra mudança nessa mesma época era o uso do testamento, ele não era usado para partilha dos bens, mas também para exprimir os sentimentos e pensamentos mais profundos do testador, não somente do coração, mas em vários ramos de sua vida, religião, seu apego aos bens materiais, além de decisões que havia tomado: “O testamento era, então, mais que um simples ato de direito privado para a transmissão de sua herança, um meio para cada um afirmar seus pensamentos profundos e suas convicções.” (ARIÉS, 1977, p. 71).



Assim, pode-se dizer que esse foi um período romântico e dramático da morte, era a tentativa de preenchimento do vazio sentido através da arte.

A partir da metade do século do XIX, a morte deixa de ser uma batalha em favor da vida, mas contra a morte, é a chamada morte interdita, é perceptível o desprezo das pessoas para com a morte, a morte se torna um assunto a ser desviado, como se fosse algo obsceno um tabu, é quase que uma completa não aceitação da morte como parte do ciclo da vida.

Assim, com o avanço tecnológico, percebe-se a humanidade buscando o repúdio da morte a todo custo, com a sofisticação o costume de morrer em casa é substituído pela morte em hospitais, a assistência que o moribundo tinha em casa, substituída por uma equipe médica, a morte é tratada com discrição, os ritos são feitos da forma mais rápida possível, a fé na religião é substituída pela fé na ciência.

No mundo moderno, é possível manter um indivíduo vivo somente com ajuda de aparelhos, pode-se perceber isso através do que chamamos estado vegetativo, quando o paciente com danos cerebrais permanecem em estado parcial de vigília, podendo acordar ou dormir novamente, ou até abrir ou mover os olhos, sorrir, chorar, gemer ou grunhir, porém não reagem a situações repentinas nem possuem capacidade de pensamento ou comportamento a nível consciente, esses ficam durante anos, somente com ajuda de aparelhos:

[...] as UTIs tornam-se cada dia mais sofisticadas e, se antes a vida tinha um ciclo natural e o médico cuidava que não houvessem a interrupção precoce desse ciclo, hodiernamente, constata-se possível manter um indivíduo “vivo” por tempo indeterminado, mesmo que seu corpo dê sinais de que a vida só existe em decorrência de suportes artificiais, porque, a parafernália médico-tecnológica reproduz a vida física como metabolismo, atendo-se à necessidade de afastar a morte a qualquer custo (PONA, 2015, p. 33)

É possível perceber na sociedade atualmente uma inversão de valores, o sexo que antes era um tabu, torna-se mais comum, vemos a demonstração do mesmo pela internet, televisão, cinema, em todos os meios de informação, inclusive, as crianças estão perdendo sua inocência, sua pureza muito mais prematura, enquanto o assunto morte, tornando-se evitável, difundido de forma negativa, como se fosse uma disfunção orgânica que deve ser suprimida, evitada e até mesmo eliminada, como uma obsessão em sempre estar feliz:



Antes das artes de curar desenvolverem-se a um grau genuinamente apto a afetar o curso da enfermidade, doença e morte eram simplesmente coisas a serem suportadas. Viver e morrer bem significavam aceitar a doença e encarar a morte de acordo com os pontos de vistas culturais e religiosos de nobreza e virtude. Essencialmente essas visões nos instruíam a suportar a nossa sorte, pois não tínhamos escolha. (KING,1996, p. 37-38).⁴ (Tradução nossa)

Assim, o ser humano fica nessa guerra contra a morte, como se tratasse numa relação de derrota e vitória, e não como algo natural à vida, nessa guerra muitas vezes tratadas em livros e filmes, passa no pensamento buscar a clonagem como um meio de continuamente da vida ou mesmo imortalização, seja para uso destes para se utilizar para substituição de órgãos, a morte é vista com medo, e não como uma passagem, a cada dia que passa a humanidade recorre à cremação, como forma de esquecer o sofrimento da morte, como se tivesse uma angústia e ânsia em esquecer tudo ou aquilo que o faz sofrer.

Conclui-se que a morte com o passar dos anos foi esvaindo seu significado de um ciclo natural, de algo pacífico calmo e puro, para um fenômeno a ser evitado, não comentado, assim, é possível notar que o ser humano está tão apegado à vida, que não deixam de se importar com a qualidade pregando a vida a qualquer custo.

231

3. DA HISTÓRIA E CULTURA DAS SUCESSÕES DE PRERROGATIVAS E DO USO DA IDEIA DO TESTAMENTO NO HISTÓRICO O ORDENAMENTO JURÍDICO

É impossível falar em testamento e não vir à cabeça o tema sucessão ou mesmo palavras como herança, hereditário patrimônio, ou mesmo não se lembrar de filmes que usam como clichê, aquele sobrinho sortudo recebendo herança de um tio distante como o filme “A Herança de MR. Deeds”

Logo, para se entender o testamento e seu conceito deve-se entender o porquê do mesmo, entender a sucessão e o Direito das sucessões.

⁴ Before the healing arts developed to a degree genuinely able to affect the course of illness, disease and death were simply things to be borne. Living and dying well meant accepting disease and facing death in ways that accorded with cultural and religious views of nobility and virtue. Essentially these views instructed us to shoulder whatever was our lot, because there was no choice.



A sucessão pode ser entendida como a substituição do titular de direitos, obrigações, bens (patrimônio), podendo esse ser negativo ou positivo, essa substituição ou transferência dá-se pela morte do titular originário. O Direito das sucessões regula essa substituição:

Successão, em sentido geral e vulgar, é a sequência de fenômenos ou fatos que aparecerem uns após outros, ou vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. Na tecnologia jurídica, significa a transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa a outra. Sendo assim, a sucessão pressupõe, como doutrina SAVIGNY, a conexão íntima e imediata entre o direito da primeira pessoa, que realiza a transferência, e o da segunda a quem é ela feita, de modo que o direito subsista o mesmo sem solução de continuidade, não obstante haver mudado o seu sujeito. (BEVILÁQUA, 2003, p.27)

Quanto às espécies de sucessão ela pode ser legítima ou testamentária, a primeira também denominada presumida, seus critérios são estabelecidos pela própria lei. Já a segunda se o sucessor não concorda com os termos da lei, poderá formular o testamento onde irá definir a destinação do seu patrimônio (dentro dos limites da lei), se o testamento for válido, a vontade do sucessor será respeitada.

Não menos relevante é conhecer elementos que fazem parte da sucessão. O autor da herança, que é a pessoa falecida que dá origem a sucessão; os sucessores, que são aqueles que recebem bens da herança do de cujus, ou seja, os que substituem o falecido nas relações jurídicas; a herança, que é a universalidade das relações jurídicas deixadas pelo falecido, tanto patrimoniais quanto não patrimoniais.

Como se pode notar, o testamento está inserido, esta costurado e trançado no que se refere à sucessão, que se torna impossível falar de um e não mencionar o outro.

Assim como tudo que se conhece no mundo, o testamento também tem sua história e como quase tudo no direito, foi em Roma, que o testamento adquiriu corpo, recebendo aperfeiçoamentos através da experiência e da história, adquirindo características que se conhecem até hoje.

Pode-se afirmar, que o testamento é uma invenção dos Romanos, no início não havia as divisões das características basilares dos testamentos, vindo a misturar aspectos contratuais demandando a intercessão do legislador. Deviam abranger instituição de herdeiro e comportar



todos os bens do testador, qualidades estas que perduram, no testamento Romano, a despeito de alterações ulteriores.

Através de Pretores (o magistrado encarregado da administração de Justiça) e Justiniano, as formas supracitadas ficaram mais simples, restringido o testamento a simples escrito, do qual participavam sete testemunhas, que assinavam o mesmo, acrescentando suas chancelas ou sinetes.

Já a modalidade *procintu* era o testamento que se fazia nas guerras ou batalhas iminentes, nos campos de batalha, sobretudo pelos feridos em combate. Dele vieram os testamentos militares, amparados nas legislações modernas.

As constituições imperiais somente concederam esse privilégio aos soldados, enquanto militam nos arraiais. Os veteranos, que obtiveram baixa e os militares de serviço, mas fora dos arraiais, devem fazer testamento de acordo com as regras de direito, comuns a todos os cidadãos (AZEVEDO, 1965, p. 17)

233

Assim, com base no que foi explanado é possível perceber que existem muitos traços do testamento romano no testamento moderno, traços esses que provavelmente serão eternos e serão base de todo testamento.

4. PATERNALISMO COMO LIMITE DA AUTONOMIA

Fazendo uma analogia da palavra paternalismo, pode-se tirar o termo “pai”, o que faz muito sentido, uma vez que são os pais que atuam como protetores dos filhos, não somente protegem como também cabe a eles a tomada de decisões que visam o melhor interesse dos filhos.

Logo, o paternalismo como limite da autonomia, é uma forma de limitar autonomia humana e a liberdade individual, visando o melhor interesse da pessoa, esse fenômeno é o que impede, a legalização da prostituição por exemplo.

O paternalismo pode ser identificado da seguinte forma segundo João Paulo Orsini Martinelli (2010, p.106):



a) interferência na esfera de liberdade de alguém por um ato comissivo ou omissivo do agente; b) segurança sobre sua ação; c) justificativa de assegurar o bem da pessoa que sofreu a interferência ou evitar seu mal; d) presunção sobre falta de capacidade de autodeterminação do interferido; e) contrariedade à vontade do interferido.

Para Geraldo Dworkin o paternalismo divide-se em puro e impuro, sendo que o primeiro envolve pessoas com liberdade restringida em benefício próprio enquanto o segundo, diz que o grupo beneficiário da proteção não é o mesmo grupo que está sofrendo a restrição da liberdade, como forma de prevenir danos a outras pessoas.

Em ‘puro’ quando a classe de pessoas cuja liberdade restrita for idêntica à classe de pessoas cujo benefício se destina [...]. No caso do paternalismo ‘impuro’, a tentativa para proteger o bem-estar de uma classe de pessoas vai envolver, restringir a liberdade de outras pessoas além daquelas que são beneficiadas (DWORKIN, 1971, p. 183). (TRADUÇÃO PRÓPRIA)⁵

Para Joel Feinberg o paternalismo tem outra classificação: soft (moderado) e hard (rígido), o primeiro é aquele em que se quando o alvo da intervenção paternal é uma pessoa com autonomia reduzida ou cujos atributos da conduta autônoma não possam ser auferidos em concreto “é o caso de intervenção sobre a conduta comissiva ou omissiva de uma criança, doentes mentais ou adultos com perturbações mentais temporárias” (MARTINELLI, 2010, p. 115), já no segundo, a intervenção ocorre mesmo quando a pessoa possui autonomia decisória satisfatória e consinta com os resultados auto lesivos. Por exemplo, a advertência que um motorista devidamente capacitado e habilitado recebe de um policial impedindo-lhe de trafegar por certa estrada passível de deslizamentos.

234

Para Gisele Carvalho, existe também outra classificação: negativo e o positivo, sendo que no primeiro impede-se que ocorra um dano à pessoa e no segundo a intervenção é para promover o bem-estar do sujeito.

Por fim, existe o paternalismo médico o qual o médico intervém a fim de salvar a vida de um paciente, assim, o paternalismo é considerado benéfico quando garante a todos a

⁵ Thus we may first divide paternalistic interferences into ‘pure’ and ‘impure’ cases. In ‘pure’ paternalism the class of persons whose freedom is restricted is identical with the class of persons whose benefit is intended to be promoted by such restrictions. [...] In the case of ‘impure’ paternalism in trying to protect the welfare of a class of persons we find that the only way to do so will involve restricting the freedom of other persons besides those who are benefitted (DWORKIN, 1971, p. 183)



proteção, porém torna-se obrigatório considerar que o paternalismo limita a liberdade individual.

5 DA PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL COMO PRESSUPOSTO PARA O TESTAMENTO VITAL

O fenômeno da personalização influenciou uma significativa mudança no objeto sucessório inserido nas figuras testamentárias que deixam de dispor de forma absoluta e exclusiva em modalidades de natureza patrimonial, sendo alterados, evoluídos e que transcendem axiologicamente para esfera da dignidade humana, podendo regulamentar condições da própria morte, respaldados em princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988).

É importante destacar que esse fenômeno traz frutos mais humanos para o tema civil, uma vez que se acrescenta ao tema testamento a área principiológica, se adiciona a questão tratada nos princípios fundamentais e dos direitos humanos, ampliando ainda mais no que tange aos atos de última vontade do ser humano, tratando não somente daquilo ele possui, mas também do que é.

235

[...] implantação de uma tábua de valores constitucionais apta a exigir uma releitura do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizando a promoção da dignidade, do solidarismo e da igualdade substancial. A urgência se revela na determinação da preponderância da pessoa em relação ao patrimônio. Sendo a Constituição o centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia público-privado, pois não mais existem espaços imunes ao alcance de parâmetros normativos substancialmente mais justos. (FARIAS, 2017, p. 36)

Pode-se dizer, se antes os princípios serviam para justificar o direito, agora eles são base e essência do direito, assim, norma nenhuma pode entrar em confronto com princípios fundamentais, sendo esses norteadores para as normas a serem criadas e respeitadas.

O neologismo neoconstitucionalismo expressa uma aproximação entre a Constituição e a Democracia pela via da reconstrução dos direitos fundamentais. Se antes se mostravam acanhados, convertem-se em princípios capazes de expressar uma ordem de valores objetivada pelas Constituições maximalistas. (FARIAS, 2017, p. 36)



É importante entender que quando acrescentam os princípios fundamentais no direito civil alteram também a visão patrimonial que se tinha, alteram o foco de temas como o testamento para uma visão mais humana no que trata da personalidade, o diferencial é a essência de cada indivíduo, pois agora não se trata somente do que o titular do direito tem, mas também da individualidade de cada um.

O efeito de tais impactos no direito civil é devastador. A tão propalada despatrimonialização ou repersonalização do direito civil é uma consequência certa da alteração de paradigmas. Afinal, o direito privado das coisas e dos bens se transforma no direito das pessoas. O civilista, antes recluso, despe-se da vaidade e da arrogância e calça as "sandálias da humildade", pois percebe que o sujeito do direito não se limita ao titular dos bens, cabendo à sociedade civil recepcionar, aqueles que almejam "vir a ter e vir a ser". (FARIAS, 2017, p. 36)

Apesar da unilateralidade dos testamentos, estes devem ser sempre redigidos pelo princípio da boa-fé, uma vez que, apesar de ter como base o princípio da dignidade do testador, o conteúdo do testamento não pode ferir o direito de outro, por assim dizer o testador tem um limite para testar o qual não pode ser ultrapassado sujeito a nulidade do testamento, assim, existem várias limitações regulamentar e normativo em cada espécie de contrato que impede atos extraordinários, como cláusulas abusivas por exemplo.

236

Ora, considerando o deslocamento do eixo das relações privadas para busca da tutela da pessoa humana, afirmando-se premente preocupação com o princípio da confiança (boa-fé objetiva e função social do contrato), urge revisitar o instituto, dando-lhe novo colorido. Com isso, afirma-se uma necessária limitação da liberdade de determinação do conteúdo negocial (no mais das vezes estabelecidas unilateralmente pelas grandes empresas e grupos econômicos), com maior intervenção estatal, através de normas de ordem pública, para assegurar a primazia da cidadania. (FARIAS, 2017, p. 36)

Diante do fenômeno de personalização do direito nota-se principalmente a regulamentação dos direitos indisponíveis, o que antigamente era regulamentado somente os direitos disponíveis, dessa forma surgem debates e regulamentação da doação de órgãos, e até mesmo sobre a cessão ou doação em útero alheio este último chamado pela mídia "barriga de aluguel" porém é uma terminologia muito criticada e considerada até mesmo ferimento à



dignidade da pessoa humana, uma vez que trata ao útero e a vida como algo comercializável tratando a mulher como apenas um organismo reprodutor.

Assim, vale frisar que no Brasil assim como a doação em útero alheio tem sua regulamentação pela resolução 2.013/2013 do CFM, e em acordo com tal resolução o procedimento não pode ser feito de forma comercial, ou seja, deve ser feito com caráter altruístico a cedente deverá ter até 4º grau de parentesco, com a doadora genética, exceto caso haja autorização do Conselho Federal de Medicina para os casos que não haja o parentesco consanguíneo.

Quanto às razões a resolução possibilitam o procedimento em três situações, impossibilidade de produção de óvulos e útero saudável, incapacidade de produção de óvulos e ausência de útero ou lesão uterina incompatível com a gestação, acúmulo das duas incapacidades, assim, Silvio de Salvo Venosa (2006, p.273) afirma que:

O embrião de um casal pode ser transferido para o útero de outra mulher, para possibilitar a gestação, impossível ou difícil na mãe biológica. Esse fenômeno traz à baila a questão ética, moral e jurídica das mães de aluguel ou mãe sub-rogada, conforme estas aceitem o encargo sob pagamento ou sob motivos altruístas. Essa matéria traz a baila à discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio *mater est*. Imposta saber, em cada caso, se houve o consentimento da mulher que cedeu o útero e se reconheceu a maternidade alheia. (VENOSA, 2006)

237

Na prática se tem observado que o aluguel ou cessão do útero é, geralmente, acompanhado de um contrato, conhecido como “contrato de gestação” e que este contrato acresce mais uma garantia em favor da dignidade do que uma depreciação da pessoa humana.

Nesse sentido Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 230), destaca que o contrato de gestação deve observar série de requisitos e formalidades para não reduzir a pessoa humana a mera “coisificação”, de modo que não há uma “coisificação” da forma pessoa humana, mas um processo de elevação dos contratos e figuras jurídicas a regulamentarem e organizarem direitos da pessoa humana de forma a crescer ainda mais a dignidade da mesma: “na ausência de norma, entre nós, um contrato oneroso dessa espécie deve ser considerado nulo, porque imoral seu objeto, e a obrigação dele decorrente pode ser considerada, quando muito, obrigação natural.”



A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos) regulamentou o disposto no art. 199, § 4º, da Constituição Federal, que preceitua:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fim de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

Pode-se verificar que a evolução de nossa Constituição trilhando caminhos modernos a fim de possibilitar o direito à vida, não somente assegurando o direito de nascer vivo, mas possibilitando o direito de se manter vivo e com qualidade, ou seja, de forma digna dando explicitamente ou implicitamente no discorrer de cada artigo o direito também à saúde, muito mais além disso é possibilitar às pessoas tornarem-se pais e mães mesmo quando biologicamente o indivíduo tenha nascido incapaz de ter um filho, ou seja, estéril, ao mesmo tempo em que proporciona a mulher com problemas no útero ser mãe, ou casais homoafetivos terem filhos.

238

[...] o artigo 199, § 4º, da Constituição Federal, há que ter outra interpretação. Tem por escopo proibir a comercialização “de qualquer órgão, tecido ou substância”, desde que em prejuízo às próprias partes ou também desde que macule o princípio da dignidade da pessoa humana. Na gestação por substituição nada disso ocorre. Tudo acontece com anuências das próprias partes, em benefício do casal e da futura criança. Assim, entendemos perfeitamente possível este contrato [de maternidade de substituição], independentemente de ser gratuita ou não a cessão do útero (CARVALHO, 2012).

O art. 4º, da Lei 9434/1997 reconhece que se trata de uma disposição negocial de direito, em que pese tais negócios devam ser admitidos como uma evolução da figura jurídica para acrescer à dignidade da pessoa humana: “[...] salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post morte” (BRASIL, 1997).

Nesse sentido, o fenômeno da personalização ou despatrimonialização evolui figuras jurídicas em favor da pessoa humana, exigindo uma série de exigências legais como a disposição não onerosa que segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p.158):



Em nenhuma hipótese será admitida a disposição onerosa de órgãos, partes ou tecidos do corpo humano, sendo a sua prática, inclusive, penalmente reprimida, ex vi do disposto nos arts. 14 e 15 da Lei 9.434/97. Quer-se, com isso, evitar o indesejável mercado de órgãos e tecidos, que movimentava todo ano, espuriamente, milhões de dólares em todo o mundo (GAGLIANO, 2008)

Uma vez observada a importância do fenômeno da personalização, é de se notar que Testamento Vital consiste, justamente, em mais uma extensão da personalização do Direito Civil, admitindo em modalidades testamentárias direitos relativos a personalidade, uma vez, que o mesmo está atrelado aos princípios fundamentais de direito à saúde, direito à vida e principalmente e não menos importante o princípio da dignidade humana.

Ora, que toda essa evolução houve no direito civil e em nossa constituição estão ligadas não somente à nossa qualidade de vida, mas também a nossa qualidade e honra no caminhar para a morte, considerar a possibilidade e dar ao direito de cada pessoa escolher como deve ser tratado em um momento que não mais possui a possibilidade expressar sua vontade, respeitando e compreendendo aquele indivíduo é trata-lo com respeito e tornando o direito e normas mais humanas.

239

6. DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS E A REPERCUSSÃO LEGITIMATÓRIA NO CONTINENTE NORTE-AMERICANO

As diretivas antecipadas, tem sua origem norte-americana e parte de sua formação na Espanha, onde possui diversas normativas, inclusive utilizadas como base na América do Sul e em Portugal.

Vale lembrar que inicialmente as diretivas antecipadas era chamado de *living will* (testamento vital), somente depois houve de várias discussões acerca do tema, o termo passou a ser uma espécie de diretivas antecipadas e surgiram outras espécies como: diretiva do máximo cuidado, diretiva médica, valores históricos.

Historicamente a primeira proposta acerca do tema foi em 1967 em uma reunião da *Euthanasia Society of America*, porém a primeira de tentativa de tentar institucionalizar foi feita por Walter Sackett em 1968 na Flórida, somente em 1969 que tal proposta através de Luis Kutner teve progresso. Na época, o mesmo propôs tratamento diferenciado para autores



dos autores dos réus acusados de homicídio piedoso, em razão de defender o direito da vítima de morrer se assim desejar, com base no direito a privacidade.

Contudo, a legislação não reconhece o direito de recusar um tratamento como um ato legítimo, pois quando um paciente não está em condições de dar seu consentimento, o médico deve assumir a postura de que o tal paciente optaria pelo prolongamento de sua vida, assim, negar o tratamento seria negligência médica.

Porém, se caso não fosse essa a verdadeira vontade do paciente? Se o paciente não quisesse passar por tratamentos e procedimentos que lhe causasse dor? E se o mesmo já estivesse cansado de inúmeras tentativas e preferisse o sono eterno? Ou se alguns procedimentos lhe trouxessem honra?

O médico requisitando o consentimento do paciente, o mesmo poderia incluir uma cláusula que segundo o autor:

[...] se sua condição se torna incurável e seu estado corporal vegetativo, sem possibilidade de que ele possa recuperar suas faculdades completas, seu consentimento para o tratamento adicional será encerrado. O médico seria então impedido de prescrever novas cirurgias, radiação, drogas ou a execução de ressuscitação e outras máquinas, e o paciente seria autorizado a morrer em virtude da inatividade do médico. (KUTNER, 1969, p.551) (TRADUÇÃO PRÓPRIA)⁶

240

Todavia, foi somente em 1976 que esse documento teve seu poder legal, no Estado da Califórnia, pela Lei 3.600, *Natural Death Act*, nesse mesmo ano Karen Ann Quinlan chega aos tribunais norte-americanos, isso acarreta repercussão nacional.

Após a legitimação do testamento vital no Estado da Califórnia, houve aceitação em outros estados, mais especificamente em 1977, foram 42 estados, isso fez com que nos próximos anos houvessem muitos debates acerca do assunto.

⁶ [...] if his condition becomes incurable and his bodily state vegetative with no possibility that he could recover his complete faculties, his consent to further treatment would be terminated. The physician would then be precluded from prescribing further surgery, radiation, drugs or the running of resuscitating and other machinery, and the patient would be permitted to die by virtue of the physician's inaction. (KUTNER, 1969, p.551)



Em 1985, a sociedade de Massachusetts aprovou resolução reconhecendo o direito de autonomia do paciente terminal caso houvesse manifestação prévia de vontade, incluindo o uso da hidratação parental e alimento enteral por sondas entéricas.

Em 1991, em meio a discussões a respeito dos pacientes incompetentes, percebeu-se a necessidade de regulamentar algumas situações médicas, assim entra em vigor o PSDA – *Paciente Self- Determination Act* (procuração para cuidados de saúde), confirmados como documentos jurídicos válidos tanto o PSDA quanto o testamento vital.

A partir disso todo estado deveria organizar e criar políticas a respeito das diretivas utilizando como base a lei federal ou decisões judiciais, que foi criada com objetivo de legalizar e resolver as questões éticas derivativas da retirada ou não instalação aparelhos em casos sem reversão e informar as pessoas sobre as diretivas antecipadas.

[...] reconheceu a autonomia privada do paciente, inclusive para recusar tratamento médico. Os centros de saúde, quando da admissão do paciente, registram suas opções e objeções a tratamentos em caso de incapacidade superveniente de exercício pela própria autonomia – são as ‘advance directives’ – previstas nessa lei (SÁ, 2005, p. 36)

241

Como nos revela a história que o pioneiro na formação do testamento vital reconhecendo o mesmo como instrumento jurídico foi o Estados-Unidos, especificamente através do *Natural Death Act* e depois a nível nacional o *Patient Self-Determinatio*.

7. DO RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL NA SEARA INTERNACIONAL E O PIONEIRISMO ESPANHOL NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

No continente europeu, embora alguns países já possuíssem regulamentação acerca do documento, o pontapé inicial partiu de uma organização internacional, na data de quatro de abril de 1997, foi firmada a Convenção de Direitos Humanos de Biomedicina ou também chamada Convenção de Oviedo.



Esse foi o primeiro registro internacional relacionado ao assunto, porém não teve o brilho esperado uma vez que, não deixa específico quais seriam os meios necessários para manifestação da vontade prévia.

Em 2000, adveio a primeira regulamentação jurídica através da lei nº. 21, essa discorre a respeito dos direitos do paciente relacionados à saúde e autonomia, assim como a documentação médica, tratando especificadamente das diretivas antecipadas, não menos importante, dois anos depois em 25 de junho de 2002 surge o Decreto nº. 175, nascendo o Registro de Vontades Antecipadas.

Como um efeito cascata, foram surgindo consecutivos meios regulamentadores das diretivas antecipadas nas comunidades autônomas espanhola. No mesmo ano em 14 de novembro advém a Lei nº. 41/2002 a nível nacional.

Como é possível perceber, a Espanha teve grandes contribuições históricas acerca das diretivas antecipadas, uma vez que, foi pioneira no continente europeu, porém, assim como no Brasil ainda existem várias discussões a serem feitas e muito a se desenvolver sobre o assunto.

242

8. DO PROCESSO DE RECONHECIMENTO E INSERÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO DIREITO BRASILEIRO

As experiências já existentes sobre o assunto possibilitam a organização e reconhecimento das diretivas antecipadas, pode-se verificar, através de artigos encontrados na legislação brasileira uma tendência à aceitação das diretivas antecipadas como um instrumento regulamentar do sistema judiciário.

No Brasil, diferente do que ocorrera na Espanha ou nos Estados-Unidos, não tem ainda uma legislação específica, porém como já mencionado, existe um potencial jurídico, uma vez que temos diversos artigos e princípios em nossas normas jurídicas que tendem na formação de tais normas.

No art. 5º incisos IV, VI, VII, garante o princípio da autodeterminação mora, assegurando a liberdade dos indivíduos para agir, pensar e conduzir sua vida como achar mais apropriada independente, raça, credo, cor, religião.



Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] (BRASIL,1988)

No Código Civil, disposto no art.15 pode-se perceber outro ponto importante assegurando a forma tendenciosa que nosso código possui para aceitação das diretivas, uma vez disposto que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Conforme se observa, claramente o artigo toca num ponto chave, a autonomia do paciente em relação a tratamentos médicos.

243

Já foi proposto pelo Conselho de Justiça Federal a alteração para substituir a expressão “com risco de vida”, para evitar o entendimento de que, sem risco de vida poderia uma pessoa ser submetida a tratamento médico.

Algo realmente importante ocorreu em 1988, a elaboração do Código de Ética Médica, revogado e substituído pela CFM nº 1931/2009, assim toda e qualquer decisão relativa a tratamento devem ser precedidas de prévia consulta aos pacientes.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade. (BRASIL, 2009)

No art. 22 prevê a necessidade de obtenção do consentimento do paciente previamente, após esclarecimento do procedimento a ser realizado.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. (BRASIL, 2009)



No art. 24 proíbe o profissional da saúde de deixar de garantir ao paciente o exercício de escolha sobre as questões relacionadas à sua pessoa e bem-estar.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (BRASIL, 2009)

Essa Resolução demonstra, o referido compromisso dos profissionais da saúde com os pacientes, porém, não possui força jurídica, sendo uma norma de conduta a ser observada por determinada classe. O mesmo ocorre com a Resolução 1.995/2012 do CFM que possui caráter deontológico sob a supervisão do referido Conselho.

Essa Resolução regulamenta as diretivas antecipadas, inspiradas no *Patient Self-Determination Act* americano, em seu primeiro artigo dispõe sobre o que se entende por diretivas antecipadas de vontade.

244

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. (BRASIL, 2012)

O artigo seguinte estabelece que o médico deva levar em consideração tais diretrizes nas decisões sobre cuidados e tratamentos, como também, a manifestação do procurador caso tenha sido designado e registrar no prontuário quaisquer diretrizes manifestadas pelo procurador ou paciente.

É importante frisar que segundo os termos da própria Resolução, deverão prevalecer sobre a vontade dos familiares e sobre outro parecer não médico, mas poderão ser desconsideradas se em desacordo com os ditames do Código de Ética Médica.

Vários dos países que fora regulamentado o fizeram de maneira completa, como já mencionado nos Estados-Unidos, na Espanha, entre outros que não foram mencionados como Portugal, possuem registro de maneira nacional, legislação com poder normativo e regulamentador, enquanto o Brasil, se compararmos empiricamente o Brasil com os demais países, o Brasil está somente engatinhando, pois é carente de densidade das discussões e



regulamentação, não só isso mas a vivência social e cultural da população também. Dessa forma, a Resolução 1.995/2012 só preenche o espaço vazio deixado pelo Poder Legislativo não tendo poder de suprir as necessidades que as diretivas necessitam.

9. DOS PROCEDIMENTOS DE ENCERRAMENTO DA VIDA COMO OBJETO DA MODALIDADE TESTAMENTÁRIA VITAL

O avanço tecnológico e o desenvolvimento científico colaboram de maneira extraordinária quando tratamos de saúde, e com essa evolução o homem realiza descobertas e inventam máquinas e meios para auxiliar em sua vida como também para prolonga-la.

A eutanásia tem origem grega significando *eu* = boa e *thanatos* = morte, ou seja, boa morte, morte sem sofrimento de acordo com Gisele Carvalho de forma sucinta descreve o objetivo da eutanásia: “ [...] é justamente libertar o paciente de sua agonia acelerando o momento da morte” (CARVALHO, 2001, p.19).

245

Na visão geral, a prática de por fim à vida do enfermo encontra-se ligado intimamente ao sentimento de compaixão, uma vez que o mesmo se encontra em um estado lastimável. Esse ato, porém, não deixa que a morte ocorra de maneira natural ao mesmo tempo em que põe fim ao sofrimento e à angústia do indivíduo.

No decurso da história a eutanásia teve várias classificações, sendo as mais usuais referindo-se à sua prática: de forma passiva e de forma ativa; referindo-se ao consentimento do paciente: voluntária, involuntária e não voluntária.

A principal característica da eutanásia ativa está ligada pela presença dos sentimentos de compaixão pelo paciente, o objetivo para prática é justamente livrar o paciente da angústia do sofrimento, assim, leva-se em consideração aquilo que o paciente deseja, sua vontade.

Um exemplo, é quando o paciente terminal se encontra em estado de coma e os familiares procuram meios para pôr fim à angústia e sofrimento do ente querido recorrendo à eutanásia.

A eutanásia passiva, busca acabar com o sofrimento e angústia, pela suspensão de uma terapia médica aplicada ao paciente em estado terminal, ou seja, o profissional da saúde se omite de praticar um procedimento que prolonga a vida do paciente.



A omissão de tratamento ou de qualquer meio que contribua para a prolongação da vida humana que apresente alguma deterioração irreversível ou uma enfermidade incurável e se encontre em fase terminal, acelerando-se assim o desenlace mortal (ROMERO CASABONA, 2001, p. 24)

A classificações supracitadas como já mencionadas se tratam de classificações quanto a prática e em no que se refere ao consentimento do paciente temos:

A eutanásia não voluntária, considerada homicídio, sua prática é feita em paciente incapaz de manifestar sua vontade pelo fato de estar num estado avançado da enfermidade, assim, é solicitada por terceiros, geralmente a família.

A eutanásia involuntária é praticada mesmo contra a vontade do paciente em estado terminal.

A eutanásia voluntária, por sua vez, é considerada suicídio, uma vez que é a vontade do paciente, onde ele põe fim à sua própria vida com ou sem o auxílio de outra pessoa

246

Eutanásia, que é o ato de deliberadamente terminar com a vida de um paciente, mesmo com a solicitação do próprio paciente ou de seus familiares próximos, é eticamente inadequada. Isto não impede o médico de respeitar o desejo do paciente em permitir o curso natural do processo de morte na fase terminal de uma doença (MADRID, 1987)

Assim, como é possível observar, a eutanásia não é considerada uma conduta legal, ou mesmo ética, uma vez que vai contra os princípios do homem.

Deriva do grego *dis* = afastamento, *thanatos* = morte, em resumo, são os atos e procedimentos antagônicos a eutanásia, seu objetivo é o prolongamento da vida, porém como a eutanásia, a distanásia trata-se de atitude antiética, uma vez que, agrava o sofrimento e agonia sofrida pelo paciente.

Distanásia pode ser conceituada como a agonia prolongada, o patrocínio de uma morte com sofrimento físico ou psicológico do indivíduo, muitas vezes lúcido de suas faculdades mentais, afetado por determinada enfermidade incurável, se qualquer perspectiva de melhora ou cura [...] Há uma inequívoca degradação do ser humano como verdadeiro objeto meio para satisfazer os anseios dos desenvolvimentos tecnológicos dirigidos a tratamentos médicos. (ANDONI, 2003, p.406)



Observa-se que a distanásia, tendo como objetivo o prolongamento da morte, quanto mais tecnologia estiver o local onde o paciente se encontra, maiores serão as possibilidades do prolongamento da agonia e sofrimento do enfermo.

O suicídio assistido, de modo geral, assemelha-se a eutanásia, porém a sua concretização se diferenciam, uma vez que, a eutanásia se dá por ação médica, com ou sem a declaração da vontade do paciente, enquanto que no suicídio assistido é sempre com a concordância e a vontade do paciente auxiliado por um terceiro, sendo ele familiares ou um profissional. No Brasil, Código Penal em relação a tal ato ao prescreve:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único - A pena é duplicada: Aumento de pena I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. Infanticídio (BRASIL, 1940)

247

Assim, verifica-se que quando a morte tem como origem ação do próprio paciente, ainda que seja ele orientado, auxiliado ou apenas observado por terceiros, ou seja, o paciente é apenas assistido, executando ele mesmo a conduta que o levará a morte, enquanto que na eutanásia, a morte é resultado direto de uma ação ou omissão de terceiro.

A mistanásia vêm do grego *mys* = infeliz; *thanathos* = morte, significando morte infeliz ou miserável, trata-se de uma vida abreviada, por causa da pobreza, violência, droga, chacinas, falta de infraestrutura e condições mínimas de se ter uma vida digna, também conhecida eutanásia social gerada pela falta de estrutura no sistema de saúde ou até mesmo um descaso do próprio sistema, não se deve confundi-la com a má gestão do sistema público de saúde.

A ortotanásia vem do grego *orthos* = certo, *thanatos* = morte, ou seja, morte certa, é aplicada nos casos de pacientes estejam nos últimos momentos de sua vida resultante de grave ou incurável doença, ou seja, em fase terminal. Por sua própria vontade esses pacientes escolhem receber apenas cuidados paliativos, que segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS)



[...] são uma abordagem que objetiva a melhoria na qualidade de vida do paciente e seus familiares diante de uma doença que ameaça a vida, através da prevenção e alívio de sofrimento, através da identificação precoce e avaliação impecável, tratamento de dor e outros problemas físicos, psicológicos e espirituais. (BRANDÃO, 2006)

Em geral, consiste na abstenção de tratamentos e procedimentos extraordinários, verificada a insuficiência para garantir a melhora ou sobrevivência do paciente, dessa maneira é importante e necessário garantir que ao menos o enfermo tenha os cuidados paliativos assegurando assim sua dignidade, uma vez que, possui o objetivo de garantir o alívio ao sofrimento, porém sem que seja acelerada sua morte, assim, garantindo que a mesma ocorra de forma natural e nobre:

A ortotanásia dá assistência médica e afetiva ao paciente terminal, para ele morrer com tranquilidade. Nesse caso, o doente recebe cuidados e medicamentos paliativos, que não vão curá-lo, mas evitam um sofrimento maior até o momento em que a morte venha naturalmente. (COELHO, 2007, p.250)

248

É possível observar que a ortotanásia é o ponto de equilíbrio entre a eutanásia e a distanásia, uma forma mais humana de aliviar o sofrimento e aceitar a morte, sem a interferência de procedimentos que façam da vida do enfermo mais curta ou mais longa garantindo assim uma morte digna, honrosa e nobre.

10 DA CONSTITUCIONALIDADE E DA LEGALIZAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

O testamento vital é resultado de séries de acontecimentos e formulação de algo que começou no continente norte-americano chamada de diretivas antecipadas ou *advanced directives*, sendo as diretivas antecipadas uma forma genérica e ampla do que viria ser os documentos que tratassem a respeito das intervenções médicas, ou seja, seria um gênero daqueles documentos onde o paciente expressa sua vontade de forma antecipada, sua vontade acerca dos tratamentos, cuidados e procedimentos que desejam ou não se submeterem em



situações onde não possa ser capaz de expressar suas vontades, ou até mesmo designar uma pessoa responsável:

Uma diretiva antecipada é um termo geral que contém instruções acerca dos futuros cuidados médicos que uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida. Esta denominação, diretivas antecipadas, na realidade, constitui gênero e compreende dois tipos de documentos em virtude dos quais se pode dispor, anteriormente, a vontade da pessoa que os redige. Assim, por um lado temos o chamado testamento vital, e por outro, o mandato duradouro (SÀNCHEZ, 2003, p. 27-28). (TRADUÇÃO PRÓPRIA)⁷

Assim, as diretivas de antecipadas se dividem em duas espécies: testamento vital (*living will*) e mandato duradouro para cuidados de saúde (*durable power of attorney for health care*)

Conceitualmente no testamento existem quatro posicionamentos diferentes sendo eles, a) documento para ser utilizados em situações de fim de vida e com caráter de rejeição do prolongamento indevido da vida, ou seja, teria característica rejeicionista, nesse sentido pode-se citar:

[...] documento público elaborado por alguém plenamente capaz solicitando que nada seja levado a efeito, em caso de doença incurável, em particular as que desconectam do mundo, ou quando o prolongar a vida seja à custa de intenso sofrimento (DIAS, 2005, p.210)

Destina-se ao fim da vida, porém, pode ser utilizado tanto para requerer a aplicação de todos os métodos de prolongamento, como para recusa, cita-se:

[...] o Testamento Vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade (BORGES, 2001, p.32)

⁷ Una directriz anticipada es un término general que contiene instrucciones acerca de los futuros cuidados médicos que ha de recibir una persona en el caso de que se vuelva incapaz de expresarlos por si misma. Esta denominación, directrices anticipadas, en realidad constituye el género que comprende dos tipos de documentos en virtud de los cuales se puede plasmar por adelantado la voluntad de la persona que los redacta. Así, por un lado, tenemos el llamado testamento vital y por otro lado, el poder médico o poder para el cuidado de la salud que se otorga a un representante. (SÀNCHEZ, 2003, p. 27-28)



Poder-se ia utilizá-lo em qualquer situação de incapacidade, mas somente poderia referir-se à recusa de tratamentos podemos cita:

[...] o 'living will' ou 'testamento em vida' pretende estabelecer os tratamentos médicos indesejados, caso o paciente incorra em estado de inconsciência ou em estado termina. (SÁ, 2005, p.36)

d) destina-se a suprir a vontade do paciente em quaisquer que sejam as situações de incapacidade, podendo requerer a aplicação ou optar expressamente pela recusa do tratamento, pode-se citar:

[...] consiste em um documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceitos ou rejeita, o que dever ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar a sua vontade, como, por exemplo, o coma. (GODINHO, 2013 p.761-762)

250

Não dispondo da relevância em relação ao posicionamento dos autores, mas para que dê maior abrangência e assim possibilidades para utilização do testamento vital, é importante entender que tal documento não possui somente um caráter rejeicionista, mas este é uma manifestação antecipada de vontade, servindo para suprir a deficiência da autonomia do testador, quando o mesmo estiver impossibilitado de expressar sua vontade.

Dessa forma, tal documento não teria seu objetivo somente para o fim da vida, nem tão somente para recusa de tratamentos, mas para garantir a vontade do testador e seu desejo no que se refere aos cuidados da saúde.

É importante frisar que em todos os casos, independente da posição adotada, existe o requisito de que a manifestação da vontade seja anterior ao período do que se pretenda a eficácia, ou seja, que se tenha a lucidez mental, que a pessoa seja capaz de expressar sua vontade, tendo assim consciência de suas decisões.

Por se tratar de uma manifestação da vontade em questões de saúde, chegou-se a haver discussões sobre a possibilidade da nomeação de terceiros para que este tomasse a decisão acerca dos tratamentos utilizados e da doação de órgãos, pois para alguns, a nomeação



precisaria ser feita separadamente, dada a natureza diferente das instruções entre eles, havendo incompatibilidade entre eles.

Comumente, ou seja, na regra geral, onde testamento vital possuem maior efetividade são em casos de situações terminais, sob um estado permanente de inconsciência, ou quando há um dano cerebral entre outras situações que impossibilite a pessoa de recuperar a capacidade de tomar decisões. Nesses casos seria comum que no testamento vital determinasse somente os cuidados paliativos que nada mais são do que um conjunto de cuidados que visam melhorar a qualidade de vida de uma pessoa doente e dos seus familiares, aliviando e prevenindo o sofrimento diante de uma doença que pode por fim à sua vida, esse seria o pensamento tradicional acerca do testamento vital, a visão mais rejeicionista.

Porém, existem algumas situações que nos fazem refletir acerca, em regra os profissionais e instituições de saúde devem fornecer todo tratamento disponível para o paciente, priorizando sempre que o mesmo sobreviva, ou seja, a vida. Entretanto nessas mesmas situações a existência de tal documento seria uma facilitadora ao tratamento.

251

Por exemplo, uma pessoa que não se encontra em situação de fim de vida, venha a se encontrar em estado de inconsciência e não possa expressar sua vontade. Se diante da necessidade de, por exemplo, uma intervenção cirúrgica sob pena de comprometimento de algum órgão ou membro, for preciso a transfusão de sangue e o paciente, por motivos religiosos, não concordar, não havendo familiares disponíveis para consulta, poder-se-ia levar a efeito uma intervenção médica sem o efetivo consentimento.

Ainda caso a intervenção cirúrgica resulte, por exemplo, na amputação de um membro, a depender da particular concepção do indivíduo que no momento da intervenção não se encontra capaz de efetivamente tomar a decisão por complicações quaisquer que prejudiquem seu estado de lucidez e compreensão, a continuidade da vida, mesmo que seus melhores interesses. Inicialmente, a situação pode não implicar iminente risco de vida.

A decisão do paciente em não aceitar se submeter a determinado tratamento, pode, entretanto, culminar em complicações que ameacem sua existência. Mesmo diante de tais circunstâncias, entretanto, afigura-se como necessário o respeito à autonomia.

Ou, ainda quando o paciente, distante de sua família, tem posicionamento contrário à suspensão ou interrupção de tratamento, optando, sempre, por todas as possibilidades médicas



disponíveis. Devido à ausência de contato contínuo com a família, a vontade e as preferências do paciente podem ser desconhecidas e, chegando um momento crítico de estágio avançado da doença, por exemplo, pode-se decidir pela retirada de aparelhos mesmo não sendo essa a vontade do paciente. Uma vez que o testamento vital pode ser utilizado para requerer a continuidade do tratamento, em vez da suspensão.

Assim, é seguro conceituar o testamento vital como: documento, através do qual o indivíduo manifesta antecipadamente sua vontade em relação aos cuidados e tratamentos médicos que deseja ou não receber nas situações nas quais não possa expressar por si próprio, sua vontade, de forma temporária ou permanente, estando ou não em situação de fim de vida.

Dessa forma, podemos concluir que existem três motivos para se elaborar o testamento vital: a) respeito da autonomia do paciente b) dar respaldo jurídico para o paciente c) defender o profissional da saúde em relações a possíveis reclamações de familiares em sua atuação.

252

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Testamento Vital é um instituto que ainda caminha no Brasil, por isso pouco conhecido, como consequência existe a possibilidade de ocorrer interpretações erradas a respeito de sua validade no ordenamento jurídico.

O Testamento Vital terá sua aplicação apenas nos casos de ortotanásia, ou seja, pacientes terminais, em que sua condição é irreversível, independente de ser tratado ou não. É aquele paciente que inexoravelmente evoluirá para o óbito.

Considerar que o Testamento Vital só possa ser válido mediante norma que o regulamente é um retrocesso do sistema normativo brasileiro, isso porque o instituto é instrumento garantidor da autonomia do paciente e para ser válido não necessita se submeter à positivação, pois existem princípios constitucionais que se moldam a essa situação jurídica, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia e os direitos da personalidade.

O direito de morrer dignamente se trata de reconhecer sua liberdade e autodeterminação e não de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, uma vez previsto na Constituição Federal o direito de se submeter ou não a tratamento que



cause sofrimento ao ser humano, ser obrigado a tais procedimentos seria o mesmo que se submeter a tortura, tendo foco somente na vida a qualquer custo e esquecendo-se da qualidade de vida.

Logo, é importante destacar que a lei garante aos usuários dos serviços de saúde o direito de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida, conclui-se através da pesquisa que o Brasil está apto a receber uma regulamentação sobre o assunto, não somente isso, as pessoas querem ter a liberdade do como querem ser tratadas e terem suas vontades concretizadas. Como foi verificado, um dos fatores para a ausência de tal documento é a divulgação do Testamento Vital, uma vez que, se fica dependendo de cada indivíduo por sua própria conveniência buscar e pesquisar sobre o assunto, dessa forma fica difícil o uso de algo que não se sabe que existe, por isso é preciso o ensino e divulgação tanto no ensino médio, quanto em faculdades, hospitais sobre o assunto, afim de não somente conhecimento sobre o assunto, mas também, humanizar as pessoas em relação não somente a dignidade da vida, mas também a dignidade na passagem dela para o silêncio eterno.

253

Assim, o testamento vital é a expressão da vontade do paciente relativamente à forma e ao tratamento que deseja receber ou não na hipótese de doenças crônicas, doenças incapacitantes, estado vegetativo, demência avançada e ou qualquer acidente, fatos estes que o impossibilite de dizer o que deseja, podendo ter eficácia em qualquer estágio clínico, não se restringindo apenas a terminalidade da vida uma vez que, por razão de causas transitórias poderá estar impedido de exprimir sua vontade.

REFERÊNCIAS

ADONI, André Luis. **Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna.** Revista dos Tribunais, dez. 2003.

ARIÈS, Philippe. **História da Morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias.** (Trad. Priscila Viana de Siqueira). Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

AMARAL, Ana Cláudia Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. **Fragmentos da autonomia e respeito à pessoa: um referencial de múltiplas fontes. In: Estudos em Direito Negocial: relações privadas e direitos humanos.** ETINGER, Miguel de Araújo Júnior; AMARAL, Ana Cláudia Correa Zuin Mattos do (orgs.). Birigui: Boreal Editora, 2015.



ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração sobre eutanásia.** In: GODIM, José Roberto (Org.). Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/madrid.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BOBBIO, N. **A era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 [1989].

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: RT, 2001. p. 32

BRANDÃO C. Câncer e cuidados paliativos: definições. In: **Associação Brasileira de Cuidados Paliativos.** Disponível em: <http://www.cuidadospaliativos.com.br>, acesso em 28 de maio de 2018

254

CAPUTO, Rodrigo Feliciano. **O homem e suas representações sobre a morte e o morrer: um percurso histórico.** Revista multidisciplinar da Uniesp. Saber acadêmico - n ° 06 – Dez. 2008.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia.** São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CARVALHO, Newton Teixeira. **Ações declaratórias de existência e inexistência de filiação.** Dom Total. Disponível em: <http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf/5dce86a75ede3e6719a842abe122e106.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2013.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Pe. Mário Marcelo. **Bioética: o que a igreja ensina sobre (aborto, eutanásia, clonagem, pena de morte, células-tronco, ecologia, terrorismo).** São Paulo: Canção Nova, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos de Personalidade.** Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1.961.



DWORKIN, Gerald. **Paternalism - Morality and the law**. EUA: Wadsworth, 1971. p. 181-188.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2017. V. 4.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. V. I.

GARAY, Oscar Ernesto. **Tratado de la Responsabilidad Civil en las Especialidades Médicas**. Tomo I. Buenos Aires: Errepar, 2009, p. 282

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21. ed . rev. LTC: Rio de Janeiro, 1986

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-penal**. 2010. 297f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde.../TESE_versao_final.pdf. Acesso em: 28 abr. 2018.

255

PESSINI, Leocir. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004. M

Revista da Escola Enfermagem da USP vol.50 no.6 São Paulo Nov./Dec. 2016. (<http://dx.doi.org/10.1590/s0080-623420160000700019>).

ROMERO CASABONA, Carlos maria. **El Derecho y La Bioética anel os limites de La vida humana**. P421-422 apud CARVALHO, Gisele Mendes de . Aspectos Jurídicos-penais da Eutanásia. São Paulo: IBCCRIM, 2001

SÁNCHEZ, Cristina López. **Testamento vital y voluntad del paciente: conforme a la Ley 41/2002**, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência** . 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.