

VIVER E MORRER DIGNAMENTE NO SÉCULO XXI. CONTRIBUIÇÕES DO TESTAMENTO VITAL

Diego Lemos Maciel¹

Taciana Marconatto Damo Cervi²

Resumo: Com esta pesquisa analisa-se a contribuição do Testamento Vital para a consecução de uma morte com dignidade à pacientes que se encontram impedidos de manifestar a vontade, em decorrência de doenças irreversíveis que os levam a um estado vegetativo, dependendo obviamente, das decisões de terceiros. Primeiramente, averiguados os direitos fundamentais da pessoa humana verifica-se que, diante do direito à Vida e à Dignidade da Pessoa Humana e em respeito à Autonomia Privada, não há que se falar em indisponibilidade da Vida, uma vez que a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a vida como um direito inviolável e não indisponível. Em um segundo momento, investiga-se a relação entre médico e pacientes terminais, distinguindo-se eutanásia, distanásia e ortotanásia, concluindo ser esta última a medida mais adequada para pacientes com doença em fase terminal irreversível, tendo em vista estar prevista no Código de Ética Médica, sendo aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ao final da pesquisa são vislumbrados casos clínicos de pacientes em estado vegetativo que tiveram, como consequência, sua dignidade violada e, também, a evolução do Testamento Vital no Brasil e no exterior, sendo possível constatar que,

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Santo Ângelo. Graduado em Gestão de Recursos Humanos pelo Centro Universitário Cenecista de Osório – UNICNEC. Técnico Administrativo na URI Santo Ângelo.

² Professora universitária na Uri Santo Ângelo/RS, doutoranda em Direito na UFRGS, mestre em Direito. Assessora técnica no Comitê de Ética com Seres Humanos na URI.

ainda que não haja uma legislação brasileira acerca do Testamento Vital, ele pode ser utilizado como um mecanismo de manifestação da vontade do paciente, tendo em vista o precedente jurisprudencial e as resoluções do Conselho Federal de Medicina que o reconhecem. O trabalho adota o método de abordagem dedutivo.

Palavras-Chave: Testamento Vital. Morte Digna. Dignidade Humana.

1 INTRODUÇÃO



Esta pesquisa tem como tema o Testamento Vital, debruçando-se sobre possibilidade de sua utilização como um mecanismo de concretização à morte digna de pacientes em situações de terminalidade da vida.

A importância de trazer esta temática ao debate torna-se cada vez mais perceptível, uma vez que no Brasil, juridicamente, o fim da vida recebe um tratamento de cunho meramente patrimonial, limitando-se a regular tão somente a transmissão de bens e, devido ao constante avanço médico-científico, que vem aprimorando cada vez mais os tratamentos no sentido de adiar a morte, a dignidade da pessoa humana pode vir a ser comprometida, tendo em vista que o paciente encontra-se impossibilitado de manifestar sua vontade e acaba ficando a mercê da vontade do médico e de seus familiares, agregando-se, por vezes, mais valor à quantidade de vida do que à qualidade.

A falta de legislação no país que trate especificamente do tema também é um fator que justifica esta pesquisa, pois há uma grande preocupação quanto à forma adequada de elaboração, aplicação e validade do testamento vital, bem como a incerteza de que a vontade do paciente prevalecerá no momento de sua impossibilidade de decisão.

Neste contexto, diante da alta proteção jurídica e empenho médico em prolongar a vida a qualquer custo, levanta-se a problemática de até que ponto esse prolongamento da vida é útil para uma pessoa acometida com uma doença em estágio terminal, pois somente a vontade do paciente é capaz de expressar se a intervenção médica não viola sua dignidade, ressaltando o fato de que, embora a doutrina traga inúmeros conceitos de dignidade humana, a dignidade de fato é subjetiva, dependerá de cada situação e como cada pessoa a enfrentará. Neste sentido questiona-se: é o testamento vital um mecanismo adequado para concretização da morte digna no Brasil?

Para o desenvolvimento desta pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa indireta em fontes doutrinárias, jurisprudenciais e em legislação.

Para chegar à problemática da pesquisa, inicialmente são abordados os direitos fundamentais que alicerçam a existência digna do ser humano, apresentando a importância de direito à vida e dignidade da pessoa humana serem interpretados conjuntamente, bem como as possibilidades de relativização da vida atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda no primeiro capítulo, é possível vislumbrar o direito à autonomia privada de cada pessoa, no sentido de ser direito de cada um decidir questões que dizem respeito a sua própria vida.

Posteriormente, é abordada a evolução da atuação médica e a relação entre médico e paciente em situações de terminalidade de vida, bem como faz-se a distinção entre eutanásia, distanásia e ortotanásia.

Por fim, é analisado o testamento vital como um mecanismo de manifestação da vontade do paciente, a fim de garantir uma morte digna. Para isso, é reforçada a importância da Dignidade da Pessoa Humana, trazendo casos de pacientes terminais que tiveram sua dignidade totalmente violadas por não poderem manifestar sua vontade quanto à continuidade ou não de tratamentos terapêuticos.

2.1 DIREITO À VIDA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Um dos direitos fundamentais previstos no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é o direito à vida, considerado o direito basilar do ordenamento jurídico, uma vez que todos os demais direitos decorrem dele. No âmbito jurídico, a vida pode ser compreendida em dois sentidos, em um sentido biológico, definido como um conjunto de propriedades que, em contínua atividade, permite que o ser humano manifeste suas reações físicas e psíquicas. De outro modo, a vida em sentido existencial, que se baseia em um existir digno, ou seja, uma vida com as condições mínimas necessárias para se viver em sociedade. (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 118).

Contudo, muito se discute se há hierarquia entre os direitos fundamentais, uma vez que, além da vida, existem outros direitos fundamentais que visam garantir a existência digna da pessoa humana. O ordenamento jurídico brasileiro garante a vida como um direito inviolável, contudo, em nenhum momento a torna indisponível, cabe ressaltar que indisponibilidade e inviolabilidade não podem ser considerados termos sinônimos, uma vez que enquanto aquele veda qualquer ato atentatório, este considera algo indisponível aquilo que não se pode dispor, se desfazer. Neste cenário, a vida sendo considerada como um direito inviolável e não indisponível, há que se falar em direito ou dever de viver?

Como bem leciona Laura Scaldaferrri Pessoa, “[...] ninguém pode ser obrigado a exercer um direito. Se existe a obrigação de exercer um direito, este desaparece e se transforma em dever. E viver, certamente, não é um dever.” (PESSOA, 2013, p. 56). O próprio Código Penal Brasileiro, de 1940, prevê situações em que se torna possível a relativização da vida ao permitir o aborto nos casos de fetos anencéfalos, gravidez proveniente de estupro e situações em que não há outro meio de salvar a vida da

gestante. (BRASIL, 1940). Do mesmo modo, a Constituição Federal de 1988 que prevê a proteção à vida, torna possível sua relativização em casos de guerra declarada no país. Ambos os casos tratam de quebra da inviolabilidade prevista pela Constituição Federal, uma vez que se tratam de situações que exigem a prática de um terceiro. Assim, pode a vida ser considerada um direito absoluto? (BRASIL, 1988).

Se a vida é um direito pertencente a cada pessoa, cabe a esta decidir se deseja ou não dispor desse direito, principalmente quando esta vida não é mais capaz de garantir uma existência digna à pessoa humana.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como já referido anteriormente, a vida é compreendida não somente no sentido biológico, mas também no sentido valorativo, assim, percebe-se que o direito à vida está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Ao longo da história da humanidade, por sua subjetividade, o termo “dignidade” recebeu diversas interpretações e conceitos. Embora sua positivação no âmbito jurídico seja relativamente recente, desde a Idade Média o pensamento cristão, crendo ser a igualdade e dignidade inerente a todo ser humano, contribuiu para o desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana. Em busca de uma resposta racional para a existência de Deus, Tomás de Aquino foi o primeiro a referir o termo dignidade humana, chegando a conclusão de que todos os seres humanos já nascem com dignidade, como um fim em si mesmo. (RIVABEM, 2005, p. 4-5).

Para Graciola e Chemin:

[...] a dignidade independe das situações concretas, ou seja, mesmo aqueles que cometem as ações mais indignas e infames não podem ter a sua dignidade desconsiderada, por ser esta predicado intrínseco do ser humano e expressar o seu valor incondicional. Assim, cabe ao Estado criar mecanismos para

concretizar a dignidade da pessoa humana, seja por meio da abstenção da prática de atos que atentem contra a dignidade, seja por condutas positivas que resultem na efetivação e proteção à pessoa. (GRACIOLA; CHEMIN, 2012, p. 24).

Desta forma, tendo em vista que a dignidade é inerente a todo ser humano, é imprescindível que seja evitada qualquer medida que coloque em risco as condições mínimas para sua existência, independentemente de o indivíduo ter cometido atos indignos, sendo, inclusive, dever do Estado a proteção deste princípio.

Em 1988, o Brasil passou a estruturar seu ordenamento jurídico com base nos direitos humanos, adotando a dignidade humana como critério para interpretação e aplicação das normas constitucionais vigentes até hoje. A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade humana logo no início de seu texto, como princípio fundamental, devendo estar vinculada a interpretação de todos os demais direitos fundamentais, garantindo, inclusive, a correlação entre os direitos expressos na Constituição e os decorrentes de tratados internacionais. (PIOVESAN, 2014, p. 61).

Compartilhando da ideia de Sarlet, se tem por dignidade [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...]. (SARLET, 2012, p. 73).

Dignidade, então, é uma qualidade atribuída à pessoa, não se trata de um direito concedido pelo Estado, tampouco pode ser exercido por outrem. Trata-se de uma característica que, por si só, torna a pessoa um ser humano. Em verdade, percebe-se que não havendo condições mínimas capazes de garantir uma existência digna, bem como a autonomia e liberdade não sendo respeitadas, não há que se falar em dignidade humana.

Como visto, tanto a vida quanto a dignidade da pessoa humana são considerados direitos fundamentais para a existência humana podendo, contudo, existir situações de conflito entre ambos. Ainda que a vida seja considerada inviolável, tendo em vista o constante avanço médico-científico, assunto que será abordado oportunamente nesta pesquisa, ela pode ser prolongada por tempo indefinido, colocando a pessoa em situação degradante e de extrema vulnerabilidade. Percebe-se então que não há como se falar em hierarquia entre estes direitos e, sim, em eventual predominância de um sobre o outro a depender da análise do caso concreto.

2.3 AUTONOMIA PRIVADA

Do mesmo modo que o direito à vida, o direito à autonomia privada não pode ser analisado separadamente da dignidade humana, justamente por se tratarem de direitos fundamentais ao homem. A autonomia passou a ser reconhecida como Princípio da Autonomia da Vontade, caracterizada pela não intervenção estatal e, conseqüentemente, a liberdade de os indivíduos negociarem entre si de forma autônoma, no entanto, com o passar dos anos e o Estado percebendo o grande avanço da industrialização, passou a intervir na relação privada, predominando a Autonomia Privada. (DADALTO, 2013, p. 22).

Autonomia privada pode ser compreendida como “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. (AMARAL, 2006, p. 345 apud DADALTO, 2013, p. 31). Contudo, a autonomia privada vai além do aspecto patrimonial público, está relacionada também às questões particulares, a fim de dar poder a pessoa de manifestar sua própria vontade. (DADALTO, 2013, p. 33).

Quanto à capacidade da pessoa, o Código Civil vigente

considera as pessoas maiores de dezoito anos de idade absolutamente capazes para exercer todos os atos da vida civil. O código civil de 2002, através da Lei nº 13.146, de 2015 que dispõe sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, promoveu importantes alterações no que concerne a incapacidade relativa e absoluta, deixando de trazer em seu rol de incapazes as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não puderem exprimir sua vontade, mantendo tão somente como absolutamente incapazes os menores de 16 anos. (BRASIL, 2002).

A autonomia, principalmente no que diz respeito a pacientes em fim de vida, encontra respaldo no princípio fundamental da dignidade humana. Como tratado anteriormente, não há que se falar em hierarquia entre os princípios fundamentais, logo a vida não pode ser tratada de maneira superior à liberdade e dignidade da pessoa. Desta forma, uma pessoa capaz, ao decidir sobre o não prolongamento excessivo da vida está decidindo, tão somente sobre si mesmo. Nesse viés, se a autonomia do ser humano é considerada um direito fundamental e nem mesmo o Estado pode violar este direito, não se justifica uma pessoa decidir quando deve cessar a vida de outra. (DADALTO, 2013, p. 51-54).

Em outras palavras, deve ser garantida a autonomia do paciente em fim de vida poder manifestar sua vontade quanto aos possíveis tratamentos médicos, uma vez que ainda há resistência dos médicos na interrupção de tratamentos, conforme pode ser vislumbrado no segundo capítulo desta pesquisa.

Visto que a autonomia pressupõe uma vontade livre, pode se dizer que o conceito de autonomia e consentimento estão interligados, pois, conforme Luciana Dadalto “[...] o consentimento seria a materialização da vontade”. (DADALTO, 2015, p. 59).

A regulamentação das experimentações humanas por meio das diretrizes ofertadas pelo Código de Nuremberg, definindo ser imprescindível o consentimento livre das pessoas

submetidas a experimentos, ficou marcada como o período de maior relevância para o reconhecimento do consentimento livre e esclarecido. Desse modo, para que uma pessoa possa dar seu consentimento de forma livre, ela precisa antes ter toda a informação necessária sobre o procedimento ao qual se submeterá, livre de obscuridade e coação. (NUREMBERG, 1947). Conforme Beauchamp e Childres “Os procedimentos referentes ao consentimento foram planejados para possibilitar a escolha autônoma, mas cumprem também outras funções, incluindo a proteção dos pacientes e dos sujeitos de pesquisa contra danos [...]”. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 162).

Para Rüger:

No âmbito do consentimento informado, a informação é premissa da possibilidade de consentir, uma vez que ninguém pode fazer uma opção verdadeiramente autônoma se desconhece o que escolhe e quais as possíveis repercussões de sua decisão. Mais do que requisito do consentimento, prestar informações é dever do profissional de saúde, vista a relação sob o prisma dos direitos do consumidor. (RÜGER, 2007, p. 161).

Assim, é necessário que a informação seja mais clara possível para que a pessoa possa decidir de forma livre, principalmente nas decisões quanto à sua saúde.

O artigo 59 do Código de Ética Médica proíbe o médico de “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1988). Contudo, não basta apenas informar o paciente, Luciana Dadalto entende que “[...] é necessário que o paciente seja devidamente esclarecido acerca do tratamento, ou seja, que se saiba se o paciente entendeu as informações que lhe foram prestadas”. (DADALTO, 2015, p. 64).

O consentimento utilizado para tratamentos médicos se difere do utilizado em experimentação humana, pois conforme Barreto e Braga

O consentimento informado pode, assim, ser definido como o

ato pelo qual o paciente autoriza o médico a avaliar, medicar e praticar os procedimentos necessários para um tratamento específico; trata-se do consentimento com finalidades terapêuticas. Pode, também, ser conceituado como o ato dado por um indivíduo ou grupo de indivíduos para que seja submetido a testes terapêuticos com vistas a averiguar a eficácia de um medicamento, ou, então, para serem objetos de pura investigação científica. (BARRETO; BRAGA, 2006, p. 141 apud DADALTO, 2015, p. 67).

Desta forma, para que se possa decidir, livre de qualquer coação, se deve seguir ou não determinado tratamento, o paciente precisa ser informado dos benefícios e, principalmente, de eventuais danos causados à sua saúde.

2.3.2 DIRETIVAS ANTECIPADAS

Embora o consentimento livre e esclarecido e as diretivas antecipadas sejam institutos próximos, não podem ser considerados sinônimos, uma vez que a abrangência das diretivas antecipadas é muito maior, enquanto que no consentimento livre e esclarecido a pessoa decide tão somente a aceitar o que foi proposto pelo médico naquele determinado momento. As diretivas antecipadas têm como espécie o testamento vital, documento utilizado para manifestação de vontade em situações de fim de vida, e o mandato duradouro, utilizado para nomear um mandatário que decidirá o que considera melhor para o paciente. (DADALTO, 2015, p. 87).

Ainda que o mandato duradouro não seja objeto de estudo deste trabalho, é relevante sua diferenciação do testamento vital para compreensão do porquê este último é o mecanismo mais adequado para assegurar a dignidade humana no fim da vida.

Nada impede que o paciente redija um único documento contendo especificidades do mandato duradouro e do testamento vital, contudo, aconselha-se que seja feito de forma separada, pois no Brasil o procurador do testamento vital poderá somente

fazer com que se cumpra a vontade do paciente em caso de terminalidade de vida e o procurador do mandato duradouro decidirá em nome do paciente. (DADALTO, 2015, p. 87-89).

Luciana Dadalto conceitua mandato duradouro como sendo

[...] um documento no qual o paciente nomeia um ou mais ‘procuradores’ que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente – definitiva ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre recusa de tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente. (DADALTO, 2015, p. 91).

O mandato duradouro teve seu surgimento nos EUA, sendo, inclusive, considerado parte do testamento vital. Este documento outorga poder à outra pessoa para decidir sobre procedimentos médicos a serem adotados quando o paciente estiver incapacitado de se manifestar, sendo assim, é necessário que o procurador conheça o paciente para saber qual seria postura este adotaria em determinadas situações. Diferentemente do testamento vital, este documento pode ser utilizado sempre que o paciente se torne incapaz, ainda que esta incapacidade seja por tempo determinado. (DADALTO, 2015, p. 92-96).

Como pôde ser visto ao longo deste capítulo, os direitos fundamentais são considerados invioláveis, ou seja, protegidos da violação por outra pessoa, o que não significa, porém, que devem ser considerados direitos indisponíveis, sob o risco de passarem a ser caracterizados como deveres. Deste modo, uma vez que não há hierarquia entre esses direitos, torna-se perfeitamente possível que toda pessoa, capaz e no exercício do seu direito à autonomia, decida dispor seu direito à vida a partir do momento que esta não atenda mais as condições mínimas para se viver com dignidade.

Com isso, uma vez que o objetivo médico é salvar vidas, e, em situações que impeçam o paciente de manifestar sua vontade quanto aos tratamentos que deseja ou não ser submetido, surgem as diretivas antecipadas de vontade como meio de

garantir o respeito à dignidade e autonomia, bem como passa vincular o médico à vontade do paciente, conforme analisa o capítulo seguinte.

3 ATUAÇÃO MÉDICA EM CASOS DE TERMINALIDADE DA VIDA

Visto que os direitos fundamentais da pessoa humana são essenciais e, portanto, de cumprimento obrigatório por todos de modo que se possa garantir dignidade, faz-se necessária uma breve análise da atuação médica nos casos de terminalidade da vida, apresentando os princípios éticos da profissão que norteiam a relação entre médico, paciente e família, bem como demonstrar a distinção entre eutanásia, distanásia e ortotanásia.

Em tempos passados, o profissional da medicina exercia sua função baseado em aspectos religiosos, pois as doenças eram consideradas algo sobrenatural, ou seja, eram encaradas como resultados de algo errado que a pessoa tivesse cometido, ficando o médico sem a preocupação de ser responsabilizado caso o resultado morte viesse a ocorrer. (DOMINGOS; NETO; LIMA, 2016, p. 73).

Em decorrência do avanço da medicina, o prolongamento da vida tornou-se praticamente indefinido, o que, em determinadas situações, pode ser considerado algo negativo, uma vez que estaria primando pela quantidade e não pela qualidade de vida. (PONA, 2015, p.30). Destarte isso, quem se encontra em situação de total vulnerabilidade é o *paciente terminal*, o qual TEM diagnosticado uma doença incurável incapaz de apresentar qualquer resposta aos tratamentos médicos empregados a ele, encaminhando-se, de maneira irreversível, para a morte. O paciente acometido por uma doença incurável deixa de ser um sujeito de personalidade e passa a ser um objeto à mercê da vontade dos outros. (MARREIRO, 2014, p. 54-55, grifo nosso).

Seguindo esta linha de raciocínio, Gutierrez define

paciente terminal “[...] quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna “irrecuperável” e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar”. (GUTIERREZ, 2010, s.p.).

Diante de casos de terminalidade de vida é fundamental a boa relação entre o médico e paciente, visto que a família do paciente, na maioria das vezes, costuma agir como se estivessem diante de uma normalidade, com receio de que demonstrando seu sofrimento possa agravar o estado de saúde do enfermo, e isso só dificulta ainda mais a comunicação, dificultando o paciente de expressar seu desejo. (MORAES, 2009, p. 233). Compartilhando a ideia de Samantha Quezada é possível compreender a dificuldade de comunicação entre paciente e família em situações de fim de vida, pois segundo a autora

La primera implicación es que toda muerte supone una separación. Supone la separación definitiva, por la cual no estará físicamente esa persona tan importante para nosotros mismos. Es por eso que duele. Ese dolor y pena que sentimos naturalmente que es por el fallecido pero también por nosotros mismos que quedamos privados de él. Nos duele lo que ya no podremos decirle, lo que ya no podremos hacer o contemplar juntos. En el caso de la muerte de un ser querido nos duele la vida misma. (QUEZADA, 2004, s.p apud GONZÁLEZ-SERNA, 2008, p. 194).³

Com o novo Código de Ética Médica, segundo Pessini e Hossne, a figura paternalista do médico vai cedendo espaço ao paciente para exercer seu direito à autonomia privada. Nota-se:

[...] o surgimento da identidade do médico como orientador e parceiro do paciente, a partir de uma visão não só biológica,

³ “A primeira implicação é que toda morte supõe uma separação. Isso supõe a separação definitiva, pela qual não estará fisicamente essa pessoa tão importante para nós mesmos. É por isso que dói. Essa dor e tristeza que sentimos naturalmente que é para o falecido, mas também por nós mesmos que nos privamos disso. Estamos feridos pelo que não podemos mais contar, o que não podemos fazer ou contemplar juntos. No caso da morte de um ente querido, a própria vida dói.” (QUEZADA, 2004, s.p apud GONZÁLEZ-SERNA, 2008, p. 194, tradução nossa).

mas fundamentalmente humanista. Para tanto, será preciso que o médico esteja preparado para o atendimento ao paciente, enxergando-o como ser integral, dotado de sentimentos, expectativas e com direitos a decisões que lhe garantam dignidade na vida e no processo de morrer. (PESSINI; HOSSNE, 2010, p. 127).

Hoje, a atuação do médico não se baseia tão somente em salvar vidas, mas, sim, em manter o paciente com condições mínimas de uma vida saudável. Na busca de oferecer um cuidado humanizado ao paciente surgem os *cuidados paliativos* que, segundo Luciana Dadalto “é a denominação mais utilizada na ciência médica para se referir aos cuidados com o paciente, que objetivam melhorar a qualidade de vida desse e de sua família, diante de uma doença ameaçadora da vida”. (DADALTO, 2015, p. 36-37). O surgimento dos cuidados paliativos é mais um aspecto que contribuiu para a efetividade do respeito à autonomia do paciente, permitindo a participação do paciente na relação médica. (ABREU; FORTES, 2014, p. 300).

A preocupação em oferecer um cuidado humanizado ao paciente se deu em decorrência do avanço da medicalização da morte com o único objetivo de oferecer mais tempo de vida, pouco preocupando-se com sua qualidade. (PAIVA et. al., 2014, p. 552).

A Organização Mundial da Saúde definiu um conceito de cuidados paliativos:

[...] cuidados paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais. (OMS, 1990).

A OMS estabelece os cuidados paliativos a fim de que o médico encare a morte como um processo natural, sempre presutando apoio ao paciente e sua família e ter um olhar para além do aspecto físico do paciente, sempre considerando os valores morais do indivíduo. Isso porque determinadas doenças em

estágio final causam dor e sofrimento ao ponto de violar a dignidade do ser humano.

Para Pilar Gutierrez

Admitir que se esgotaram os recursos para o resgate de uma cura e que o paciente se encaminha para o fim da vida, não significa que não há mais o que fazer. Ao contrário, abre-se uma ampla gama de condutas que podem ser oferecidas ao paciente e sua família. Condutas no plano concreto, visando, agora, o alívio da dor, a diminuição do desconforto, mas sobretudo a possibilidade de situar-se frente ao momento do fim da vida, acompanhados por alguém que possa ouvi-los (sic) e sustente seus desejos. Reconhecer, sempre que possível, seu lugar ativo, sua autonomia, suas escolhas, permitir-lhe chegar ao momento de morrer, vivo, não antecipando o momento desta morte a partir do abandono e isolamento. (GUTIERREZ, 2010, s.p.).

Além dos cuidados paliativos, existem princípios bioéticos que vinculam o médico e paciente na tomada de decisões, de modo a oferecer ao paciente um tratamento proporcional ao seu estado de saúde e sempre considerando sua vontade, quando esta não violar as medidas mínimas para sua cura.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

A prática de tirar a vida de outrem sempre existiu na humanidade, e muitos países utilizavam isso como meio de tirar do convívio social aqueles que não detinham os aspectos físicos como os demais seres humanos, como as crianças que nasciam com alguma deficiência. (MARREIRO, 2014, p. 145).

O termo eutanásia advém da junção dos vocábulos *eu* (boa) e *thanatos* (morte) e foi usada pela primeira vez por Francis Bacon para expressar a ideia de que esta prática era a única solução para pôr fim às doenças incuráveis, considerando um dever do médico adiantar a morte para dar fim ao sofrimento do paciente. (PESSOA, 2013, p. 79).

Conforme evidencia Laura Scalldaferri Pessoa, o

conceito mais utilizado atualmente para o termo eutanásia é “[...] a antecipação da morte do paciente incurável, geralmente terminal e em grande sofrimento, movida por compaixão para com o enfermo”. (PESSOA, 2013, p. 80).

A eutanásia se classifica, quanto à atuação do agente, em eutanásia ativa, quando esta decorre de uma ação; passiva, quando um terceiro, mais precisamente o médico, devendo agir não o faz. Quanto à vontade do paciente, se classifica em voluntária, quando é manifestada a vontade de dar fim à vida; não voluntária, quando, por compaixão, é provocada sem a manifestação do paciente, e involuntária quando o paciente manifesta o desejo de não dar fim à vida e a pessoa, querendo acabar com o sofrimento, contraria seu desejo e provoca sua morte. (MARREIRO, 2014, p. 146-148).

No tocante a não voluntariedade e à involuntariedade do paciente, Laura Pessoa não considera um ato de eutanásia, e sim homicídio:

Assim é que cada vez que se põe fim a vida de alguém – medicamente - sem seu consentimento, sem a presença de um subrogado de sua vontade e ainda que os motivos sejam piedosos, não se está praticando suposta eutanásia involuntária ou não voluntária, mas homicídio. (PESSOA, 2013, p. 87).

Atualmente, o Código Penal Brasileiro veda esta prática, atribuindo àquele que praticar o ato o crime de homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1º, isto porque, ainda que a intenção do agente seja diminuir o sofrimento, o que é levado em conta é o resultado morte. Ao longo dos anos a prática da eutanásia, por se tratar de tema complexo e subjetivo, vem sendo objeto de muitas discussões no âmbito jurídico, pois, muito embora o resultado seja a morte, o desejo do agente não era causar mal, mas tão somente tirar o paciente de uma situação de dor e sofrimento.

Um dos aspectos que justificam sua complexidade, e, portanto, a proibição de tal prática, é a dificuldade de determinar que tipo de sofrimento, físico ou psíquico, e a partir de que grau

se torna aceitável dar fim a vida de alguém. (PESSOA, 2013, p. 81).

Ao contrário do Brasil, os países como Bélgica, EUA e Holanda possuem legislação que permitem a prática da eutanásia, contudo, embora a Holanda considere a prática legal, torna este ato privativo do médico e desde que seja constatada uma série de características no quadro clínico do paciente viabilizando a conduta. (FELIX et. al., 2013, s.p).

A distanásia, por sua vez, consiste no empenho exagerado dos profissionais da medicina para prolongar a todo custo à vida de um paciente, prolongando, assim, sua dor e sofrimento. Muitas vezes, preocupados em adiar a morte, o tratamento aplicado torna-se fútil, ou seja, não há praticamente nenhuma chance de reverter o quadro clínico do paciente e a continuação do tratamento irá impedi-lo de morrer com dignidade. (PESSOA, 2013, p. 103).

Na distanásia o grande desafio que se encontra é saber identificar quando o empenho médico está somente adiando a morte. A biotecnologia é útil quando usada para curar, no entanto, quando a manutenção de um tratamento não alcança o objetivo para o qual é destinado torna-se fútil. A expressão “tratamento fútil” é utilizada desde a década de 80, quando houve um aumento considerável na medicina norte-americana de possibilidades de intervir na duração da vida das pessoas, e, assim, passou-se a considerar fútil persistir no tratamento de pacientes em estado vegetativo, ou seja, aqueles pacientes com doenças em fase irreversível, ou mesmo manter tratamentos agressivos para aqueles pacientes com uma doença em estágio avançado, que não há mais nenhuma expectativa de cura. (PESSOA, 2013, p. 106).

Nas palavras de Ribeiro, distanásia pode ser compreendida como

[...] a intervenção médica que não beneficia o paciente na fase final de sua vida, pois, objetivando distanciar-lo o máximo possível de sua morte, prolonga inútil e sofridamente o seu

processo de morrer. Nessa conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas, sim, a morte. (RIBEIRO, 2010, p. 166 apud MARREIRO, 2014, p. 154).

Seguindo a linha de raciocínio, Léo Pessini afirma que Até onde a medicina deve intervir no alívio do sofrimento? Essa questão começa a ser inquietante hoje e será ainda mais no futuro, à medida que a medicina tiver de trabalhar os seus deveres, bem como os limites de tais deveres para com os que sofrem. O sofrimento, particularmente quando ligado à condição de uma determinada doença terminal ou crônica, suscita nos pacientes questões sobre o sentido da vida, o bem e o mal, a trajetória pessoal e o destino – questões de cunho espiritual ou filosófico, que por sua natureza não são médicas. Por que estou doente? Por que devo morrer? Qual o sentido de meu sofrimento? Não é tarefa da medicina oferecer respostas e tais interrogações existenciais, pois elas não são de seu domínio. Nesse sentido, a medicina é forçada a reconhecer seus próprios limites e a perceber que nem toda a vida pode ser por ela controlada. A consciência desse limite é um fator facilitador do 648 estabelecimento de pontes de diálogo com outras áreas de saber, principalmente com as ciências humanas. (PESSINI, 2007, p. 58).

Neste contexto, a tecnologia pode, sim, ser um ponto positivo no campo da medicina, desde que seja usada com responsabilidade, tendo em vista que, como qualquer processo, a vida também tem um fim. Um dos grandes objetivos da medicina é evitar a morte antes do tempo, sem que o paciente tenha tido a oportunidade de receber um tratamento adequado, entretanto, distanciando-se da cura, é dever do médico garantir uma morte com o mínimo de sofrimento. (PESSINI, 2007, p. 60).

Cabe ressaltar que o médico tem autonomia para exercer sua profissão, sendo assim, é importante observar a vedação ao tratamento extraordinário, como visto anteriormente, o tratamento considerado fútil, mas os tratamentos ordinários que visam beneficiar o paciente devem, sim, serem administrados pelo médico. (PESSOA, 2013, p. 107).

E é neste cenário que se tem a ortotanásia, que, basicamente, não antecede nem adia a morte, respeitando seu curso

natural. Ortotanásia provém de *orthos* (reto/correto) e *thanatos* (morte) e, diferentemente da eutanásia e distanásia, a ortotanásia, pode ser considerada a morte no tempo certo, a única capaz de assegurar uma morte digna ao paciente, uma vez que não interrompe a vida, tampouco a prolonga artificialmente. (PESSOA, 2013, p. 120).

Segundo Severo Hryniewicz, ortotanásia pode ser definida como “[...] a renúncia a recursos extraordinários, capaz de possibilitar um prolongamento precário e penoso da vida, sem interrupção dos cuidados normais (ordinários) devidos ao doente em casos semelhantes”. (HRYNIEWICZ, 2008, p. 140 apud PESSOA, 2013, p. 120). Desta forma, não havendo eficácia no tratamento aplicado, a fim de reverter o quadro clínico, o médico poderá interromper o tratamento sem o risco de nenhuma responsabilização. Diante de tudo que fora tratado até aqui, em respeito à autonomia privada e a garantia da dignidade humana, a ortotanásia parece ser a prática mais adequada,

O Código de Ética Médica veda o médico abreviatura da vida do paciente, mas, em seu artigo 41 parágrafo único, determina que diante de doença incurável e terminal não poderá administrar tratamentos sem que esta tenha sido a vontade de seu paciente ou representante. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2010). Muito embora o Código de Ética Médica reconheça a ortotanásia, ainda há muita resistência à sua prática pelos médicos, por receio de sofrer alguma responsabilização, porém, não há tipificação no código penal punindo o médico que, diante de morte iminente, suspenda algum tratamento, nem mesmo pode ser equiparada à omissão de socorro, tendo em vista que para incorrer neste crime é caracterizada a desobediência de uma norma e, como visto, é dever do médico proporcionar os tratamentos ordinários e não aplicar tratamentos extraordinários. (MARREIRO, 2014, p. 167-170). A prática da ortotanásia visa cuidar, garantir que o paciente tenha o máximo de conforto, sem dor, sem sofrimento quando sua morte for inevitável.

Como pôde ser visto, com o passar dos anos a relação entre médico e paciente apresentou considerável avanço, no sentido que, por muitas vezes, o profissional é a única pessoa com quem o paciente pode contar, entretanto, ainda há muita resistência em atender a vontade do paciente em situações de terminalidade, principalmente por receio de responsabilização legal. Deve, contudo, se atentar para o fato de que não há que se falar em responsabilização do médico quando este permitir que seu paciente exerça seu direito de autonomia privada, com isso o próximo capítulo traz como sugestão de solução para a problemática a utilização do testamento vital para evitar tratamentos fúteis e prolongamento artificial da vida, a fim de garantir uma morte digna à pacientes diagnosticados com doenças irreversíveis.

4.1 DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE

Morrer é um processo natural do ser humano, entretanto, encarar a finitude humana ainda é uma problemática para muitos. Como já referido, o avanço médico-tecnológico faz surgir tratamentos capazes de adiar esse momento por tempo quase que indefinido. O que se questiona é até que ponto esse adiamento da morte não confronta a dignidade do paciente?

Quanto às inúmeras possibilidades que o avanço médico-tecnológico traz à saúde humana, González-Serna pondera que

Tenemos el peligro de que lá técnica y la ciencia nos deslumbren de tal manera que nos sintamos conducidos a hacer realidad lo que solo existe en el mundo de los sueños, y que la efectividad de la Medicina tiene sus limites. Aunque los esfuerzos terapéuticos aporten beneficios importantes a la salud y muchas veces restauren la calidad de vida, no alcanzan la4inmortalidad y en muchas ocasiones no restauran la funcionalidade o lo hacen insuficientemente⁴. (GONZÁLEZ-

⁴ Temos o perigo de que a tecnologia e a ciência nos deslumbrem de tal forma que nos sintamos impulsionados a perceber o que só existe no mundo dos sonhos e que a eficácia da medicina tem seus limites. Embora os esforços terapêuticos ofereçam

SERNA, 2008, p. 195).

Com isso fica evidente que um tratamento fútil não pode ser objeto de impedimento para que a vida siga seu percurso natural, visto que estaria indo contra, além dos direitos fundamentais do ser humano aqui tratados, a própria atuação do Médico que deve estar de acordo com os princípios bioéticos e com o Código de Ética que rege sua profissão.

Outro fator que contribui para o prolongamento artificial da vida é o aspecto afetivo da família, que não perde a esperança de que o tratamento seja eficaz e promova a cura do enfermo. Aliado a isso, ninguém deseja carregar consigo a ideia de que foi responsável por dar fim à vida, mesmo que artificial, de outra pessoa. Neste cenário, o paciente em estado vegetativo se encontra em total vulnerabilidade, tendo em vista que não é capaz de manifestar sua vontade quanto o fim da sua vida. (MARREIRO, 2014, p. 61).

O grande obstáculo para uma morte digna é a vida ser considerada como um direito absoluto, ainda que a sua manutenção cause extremo sofrimento ao paciente, aliado a isso, o médico costuma desenvolver um papel paternalista na tomada de decisões clínicas, impedindo o paciente de exercer seu direito à autonomia. (GONZÁLEZ-SERNA, 2008, p. 197, tradução nossa). No entanto, esse pensamento é errôneo, pois, muito embora a vida seja um direito fundamental inviolável, e aqui se deve atentar para o fato de que a legislação não a considera indisponível, ela deve ser analisada em conjunto com a dignidade da pessoa humana, pois de nada adianta dar continuidade a uma vida em condições degradantes para o ser humano. Afinal, a pessoa tem o dever de viver ou o direito de viver?

Singer defende a ideia de que respeitar a autonomia do paciente significa que

Devemos permitir que os agentes racionais vivam as vidas de

benefícios importantes para a saúde e, muitas vezes, restaurem a qualidade de vida, eles não alcançam a imortalidade e, muitas vezes, não restauram a funcionalidade ou o fazem insuficientemente. (GONZÁLEZ-SERNA, 2008, p. 195, tradução nossa).

acordo com as suas próprias decisões autônomas; livres de coerção ou interferência; mas, se os agentes racionais optarem autonomamente por morrer, o respeito pela autonomia deve levar-nos a ajudá-los a pôr em prática a sua opção. (SINGER, 2002, p. 205).

Países como Holanda, Bélgica e Estados Unidos já possuem em seus ordenamentos jurídicos legislações que visam acabar com o sofrimento de pacientes incuráveis. A Holanda, por exemplo, permite a prática da eutanásia quando expressada a vontade de morrer por paciente mentalmente capaz e que esteja em situação de sofrimento e doença incurável. A Bélgica, por sua vez, permite que médicos pratiquem a eutanásia para livrar o paciente da dor, vedando, contudo, a prática à menores de 18 anos. Já nos Estados Unidos veda-se a eutanásia, mas, conforme a legislação de cada estado há possibilidades de suicídio assistido e interrupção de tratamentos que adiem a morte, sendo, inclusive, o primeiro país a dar visibilidade ao testamento vital, como poderá ser vislumbrado oportunamente nesta pesquisa. (PESSOA, 2013, p. 126-130).

Como visto, muitos países passaram a se preocupar com o sofrimento que muitas pessoas enfrentam ao final da vida. No Brasil, não há legislação que assegure ao ser humano que mantenha sua dignidade até o último respiro, há, tão somente, resoluções do Conselho Federal de Medicina e Código de Ética Médica que orientam a atuação dos profissionais da saúde, mas isso não traz segurança jurídica aos pacientes. E é justificável o grande temor que muitos pacientes de doenças incuráveis têm de perder sua dignidade e ficar sujeito à vontade de outrem, haja vista os diversos casos de terminalidade, como é o caso de Vincent Humbert:

um jovem bombeiro voluntário de 20 anos teve um grave acidente automobilístico em uma estrada francesa no dia 24 de setembro de 2000. Ele ficou em coma por nove meses. Posteriormente, foi constatado que ele havia ficado tetraplégico, cego e surdo. O único movimento que ainda mantinha era uma leve pressão com o polegar direito. Através destes movimentos

conseguia se comunicar com a sua mãe. A comunicação, ensinada pelos profissionais de saúde do hospital, era feita com uma pessoa soletrando o alfabeto e ele pressionava com o polegar quando queria utilizar esta letra. Desta forma, conseguia soletrar as palavras. Desde que conseguiu se fazer entender, solicitava os médicos praticassem (sic) a eutanásia, como forma de terminar com o sofrimento que estava tendo, pois o mesmo, segundo seu depoimento, era insuportável. Os médicos recusaram-se a realizá-la, pois na França a eutanásia é ilegal. Ele também solicitou a sua mãe que fizesse o procedimento. "Meu filho me diz todo dia: 'Mãe, não consigo mais suportar esse sofrimento. Eu imploro a você, ajude-me'. O que você faria? Se tiver de ir para a prisão, irei." [...] Vincent escreveu um livro, de 188 páginas, intitulado "Peço-vos o direito de morrer" (Je vous demande le droit de mourir) lançado pela editora Michel Lafon, em 25 de setembro de 2003. Neste livro argumenta o seu pedido e termina dizendo: "A minha mãe deu-me a vida, espero agora dela que me ofereça a morte. (...) Não a julguem. O que ela fez para mim é certamente a mais bela prova de amor do mundo", [...] No final da tarde de quarta-feira, 24 de setembro de 2003, Marie estava sozinha com o seu filho no quarto do Centre Hélio-marin de Berck-sur-Mer, na costa norte da França. Nesta ocasião administrou uma alta dose de barbitúricos através da sonda gástrica. Este procedimento tinha sido combinado com seu filho, que não queria estar vivo quando o seu livro fosse lançado, o que ocorreria no dia seguinte. "Eu nunca verei este livro porque eu morri em 24 de setembro de 2000 [...]. Desde aquele dia, eu não vivo. Me fazem viver. Sou mantido vivo. Para quem, para que, eu não sei. Tudo o que eu sei é que sou um morto-vivo, que nunca desejei esta falsa morte. [...]". (GOLDIM, 2004, s.p.).

Não há que se falar em dignidade humana quando nem mesmo a vontade do paciente é respeitada. Se todas as pessoas capazes possuem o direito à autonomia privada, ou seja, autonomia para decidir questões que dizem respeito a si mesmas, como se justifica o ato de permitir que familiares decidam como deverá ser o fim de suas vidas, quando nem eles aceitam que a morte de um ente querido se aproxima?

Sabendo que condições dignas podem variar de pessoa para pessoa e que, em casos de terminalidade de vida, surgirão

questões conflitantes no campo da ética, do direito e da medicina, sugere-se o uso do Testamento Vital como um mecanismo para garantir que a vontade do paciente prevalecerá sob a vontade do médico e mesmo de seus familiares, com o objetivo de que sua dignidade seja respeitada no momento da sua morte.

4.2 TESTAMENTO VITAL

Como vislumbrado ao longo da pesquisa, a prática *eutanásica* é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que a intenção do agente seja piedosa. Assim, percebe-se que a ortotanásia é considerada a prática mais adequada para livrar o paciente do sofrimento causado por determinadas doenças, de modo que permite que a vida siga seu percurso natural, mas, sabendo da subjetividade moral e ética de cada ser humano, é necessário a existência de um mecanismo que assegure ao indivíduo que este não perca sua dignidade, nem mesmo que seja lhe tirado o direito de decidir sobre si mesmo. Para isso, *o testamento vital é a diretiva antecipada de vontade mais adequada*, uma vez que por meio dela é manifestada a vontade do próprio agente, não permitindo interpretações contrárias à sua vontade.

Nas palavras de Luciana Dadalto:

O testamento vital é um documento de manifestação de vontade pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em estado terminal, em EVP ou com uma doença crônica incurável, impossibilitando de se manifestar livre e conscientemente sua vontade (DADALTO, 2015, p.97).

Ernesto Lippmann, por sua vez, define testamento vital como “[...] uma *declaração escrita* da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar” (LIPPMANN, 2013, p.170, grifo do autor).

Éverton Willian Pona, no entanto, diverge da linha de raciocínio dos demais autores, acreditando que o testamento vital

não se trata apenas de um documento para rejeitar algum tratamento. Neste sentido:

[...] se trata de um instrumento para manifestação antecipada de vontade. Ou seja, busca-se garantir o respeito aos desejos do indivíduo no que pertine ao seu tratamento e cuidados de saúde. Para uns, restrito à recusa de tratamento que se destina a prolongar a vida quando atingida determinada situação clínica de irreversibilidade da doença, de terminalidade, ou de estado vegetativo permanente. Para outros, aplicável em quaisquer situações, bastando que o titular não detenha a capacidade – e não se trata aqui de conceito jurídico, mas de reunir as condições que atestam um estado de lucidez e autonomia – necessária para expressar sua vontade e decidir por si só. (PONA, 2015, p.45).

Em regra, o paciente tem direito a receber todo o tratamento disponível, contudo, por vezes alguns tratamentos podem contrariar seus valores éticos e morais, como, por exemplo, transfusão de sangue em um paciente que por motivos religiosos veda tal prática e, em situações de inconsciência, esteja impossibilitado de manifestar a recusa ao ato. O testamento vital, nesse caso, seria eficaz para garantir a autonomia do paciente. (PONA, 2015, p. 47). Diante de situações de terminalidade da vida e estado vegetativo permanente este documento tem um objetivo ainda maior, o de assegurar uma morte digna, com o mínimo de dor e sofrimento. Do mesmo modo, visa garantir segurança aos profissionais da saúde de qualquer responsabilização jurídica pela interrupção de um tratamento médico. (PONA, 2015, p. 48).

Via de regra, o testamento vital vincula o médico e os parentes do paciente à vontade deste, contudo, muito se discute quanto ao direito do médico, previsto no artigo 28 do Código de Ética Médica, a recusar-se a realizar atos médicos que sejam contrários à sua consciência, ainda que estes atos sejam permitidos por lei. Diante desta possibilidade, Dadalto entende que “[...] esta recusa deve estar balizada por questões éticas, morais, religiosas ou qualquer outra razão de foro íntimo [...] e, neste caso,

deverá encaminhá-lo para cuidados de outro médico”. (DADALTO, 2015, p.101). Ainda neste contexto, também não são considerados pedidos de suspensão de tratamentos que já foram recuperados pela medicina, ou seja, aqueles tratamentos que beneficiam o paciente. Isso também justifica a revogabilidade do testamento vital a qualquer tempo, vez que a medicina está em constante avanço e os tratamentos fúteis recusados no momento da produção do testamento vital podem já ter sido superados pela medicina. (DADALTO, 2015, p. 102).

Desta forma, tendo em vista ser inevitável a possibilidade de recusa dos médicos em aceitar o Testamento Vital, cabe ao procurador, designado pelo testador, tomar as medidas necessárias para fazer valer a vontade do paciente, ressalvada a recusa em razão de a medicina já possuir tratamentos capazes de reverter o quadro clínico deste.

4.2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Testamento Vital, surgiu nos EUA, na década de 1960 e foi nominado *living will*, tendo sido proposto pela primeira vez pela Sociedade Americana para Eutanásia, em 1967. Em 1969, Luiz Kutner criou o primeiro modelo de *Living Will* no qual adicionou uma cláusula ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para que os pacientes pudessem recusar tratamentos caso seu quadro clínico viesse a se tornar irreversível. Embora a legislação norte-americana proibisse a eutanásia e o suicídio assistido, era permitido que pacientes com doenças irreversíveis escolhessem como desejavam morrer. Assim, foi proposto um documento chamado *Living Will*, que, inclusive, permitia que os Testemunhas de Jeová declarassem sua recusa à transfusão de sangue. (DADALTO, 2015, p. 106-107).

Somente em 1991, após um caso de estado vegetativo permanente, os EUA aprovaram a Lei Federal *Patient Self-Determination Act* (ato de auto-determinação do paciente),

instituinto como diretivas antecipadas o *living will* e o *durable power of attorney for health care*.

Após a aprovação da Lei Federal nos EUA regulando as diretivas antecipadas de vontade, outros países incluíram o testamento vital em suas legislações. No ano de 1995, a Austrália do Sul aprovou uma lei geral para tratamento médico e cuidados paliativos, estabelecendo que somente os maiores de 18 anos poderiam decidir sobre a suspensão de tratamentos. A Espanha, por sua vez, possui um Registro Nacional de Instruções Prévias que possibilita o arquivo automatizado de dados, sendo permitido o acesso somente às pessoas que fizeram as instruções e as pessoas autorizadas por ela e o Ministério de Sanidad y Consumo. (DADALTO, 2015, p. 107-130). Já em Portugal, a Constituição da República permite que o paciente tome as decisões dos tratamentos que deseja ser submetido e o Código Penal proíbe intervenção médica sem que o paciente tenha autorizado. A Argentina possui lei estabelecendo a criação de um Registro de Vontades antecipadas, onde ficarão armazenadas as declarações dos pacientes e, em caso de internação, a declaração será anexada ao histórico clínico do paciente. (DADALTO, 2015, p. 131-144).

Recentemente, em 09 de março de 2018, o Supremo Tribunal da Índia aprovou o testamento vital e a eutanásia passiva no país. O pedido foi realizado em 2005 pela ONG Causa Comum e, segundo o advogado Prashant Bhushan, representante da ONG, “O Supremo disse que *todos os cidadãos têm direito a tomar uma decisão deste tipo se sua vida chegar a um ponto no qual só pode ser mantida com sistemas de assistência artificial*”. (EXAME, 2018, grifo nosso).

Embora inúmeros países tenham inserido o testamento vital no ordenamento jurídico, o Brasil apenas o reconhece através do Conselho Federal de Medicina, como será visto no próximo capítulo. O Brasil ainda não possui legislação tratando do tema, sendo regulado somente pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução 1.995, aprovada em 2012. A

preocupação atualmente é quanto a validade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, em razão do CFM não possui competência para legislar, essa resolução não possui força de lei. (DADALTO, 2015, p. 155)

Entre outros aspectos, a resolução determina que os médicos deverão levar em conta as antecipações de vontade do paciente quando este não puder manifestar-se. Contudo, a resolução traz uma ressalva ao dispor que caso a vontade do paciente estiver em desacordo com o Código de Ética Médica, o médico fica desobrigado a atender sua vontade, exceto isto, a vontade do paciente prevalecerá sobre qualquer outra manifestação contrária, inclusive da família. (BRASIL, Conselho Federal de Medicina, 2012).

Em 2013 foi julgado o primeiro caso concreto sobre divergências quanto à validade do Testamento Vital no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A apelação cível nº 70054988266 se trata de um caso de um idoso ter o direito à recusa da amputação de uma perna necrosada, que restou exitosa em razão de se tratar de ortotanásia, permitida no Brasil, e atender os requisitos da Resolução 1.995/2012 do CFM. (DADALTO, 2015, p. 173). Veja-se:

EMENTA: *APELAÇÃO CÍVEL*. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudopsiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o

paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. *Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2013).*

Desde seu reconhecimento pelo CFM o número de testamento vital registrado no Brasil teve um aumento de 700%, passando de 84 para 672 registros, inclusive o Rio Grande do Sul encontra-se entre os Estados com maior número de registros. (CONSULTOR JURÍDICO, 2017, s.p.).

Assim, é perfeitamente possível, ainda que não exista legislação brasileira tratando do tema, a utilização do Testamento Vital pelo paciente, deve, contudo, seguir alguns requisitos para que alcance sua validade.

4.3 REQUISITOS PARA ELABORAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL

O Brasil não possui legislação referente ao tema, assim, não há procedimento específico para a produção do documento, entretanto, para que o testamento vital possua validade, sem correr o risco de possível contestação jurídica, sugere-se que sejam seguidos os requisitos do art. 1.876 do Código Civil. Embora a Resolução 1.995/2012 do CFM não indique a apresentação de testemunhas para elaboração do testamento vital, aconselha-se ter testemunhas para caso exista dúvidas da vontade do paciente. (LIPPMANN, 2013, p. 38-39).

Outro requisito é a indicação de, no mínimo, dois

procuradores dos cuidados de saúde, que ficará como responsável de garantir que a equipe médica tome conhecimento da existência do Testamento Vital. Não se recomenda que os procuradores sejam os filhos e cônjuge do testador. (LIPPMANN, 2013, p. 39). Não serão considerados os pedidos de eutanásia ou desligamento de máquinas sem antes ser atestada a morte cerebral do paciente. De modo geral, o testamento vital pode ser utilizado para evitar a utilização de meios extraordinários para manter o paciente vivo contra sua vontade.

Outro aspecto importante, é o registro do Testamento Vital no Registro Nacional de Testamento Vital - Rentev, um banco de dados, proposto por Luciana Dadalto no Brasil, para onde é arquivado o documento e gerado um código de acesso, o qual pode ser entregue à uma pessoa de confiança do testador para que seja baixado o documento quando necessário, evitando, com isso, o extravio ou deterioração do documento físico.

5 CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, percebe-se que a morte é pouco aceita pelas pessoas, ainda que seja um processo natural do ser humano, haja vista o grande avanço das técnicas da medicina para adiar a chegada desse momento. A morte, inclusive, quase não é debatida, principalmente no âmbito jurídico, pois como pôde ser percebido, o ordenamento jurídico brasileiro empenha alta proteção à vida e quase não é pensado na terminalidade desta, tanto que as resoluções que tratam do fim da vida são de iniciativa do Conselho Federal de Medicina, a exemplo dos cuidados paliativos, vedação da distanásia e o dever de o médico respeitar a vontade do paciente, daí a importância de se discutir o Testamento Vital e sua possibilidade de garantir o respeito à vontade do paciente a fim de garantir uma morte digna.

Ao longo dos anos, o profissional da medicina foi se

desfazendo da postura paternalista, em que ele decidia o que era melhor para o paciente, e passou a dar espaço para que o paciente manifestasse sua vontade quanto aos tratamentos que desejava ou não ser submetido. Ocorre que, determinados quadros clínicos, não permitem que o paciente manifeste sua vontade, ficando totalmente vulnerável a vontade de terceiros, seja de familiares ou equipe médica e, muitas vezes, permanecendo por meses e até mesmo anos vivendo artificialmente por meio de procedimentos terapêuticos extraordinários e desproporcionais, violando o direito fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante disso, surgiu a problemática da pesquisa em como garantir às pessoas o direito de ter uma morte digna e se o testamento vital seria o mecanismo adequado para o paciente manifestar até que ponto o prolongamento da vida não lhe retirava a dignidade, visto que o testamento vital é um documento, por meio do qual, o paciente manifesta sua vontade de maneira antecipada quanto aos cuidados que deseja receber no fim da sua vida. Para se chegar a uma conclusão, utilizou-se o método de abordagem dedutivo que, por meio de pesquisa indireta em fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legislação, analisou-se, primeiramente, o direito à vida conjuntamente com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito à autonomia privada, percebeu-se, então, que a vida é um direito inviolável, mas não indisponível. Cabe lembrar, ainda, que embora a Constituição Federal de 1988 torne a vida inviolável, atualmente existem situações que tornam possível a relativização da vida, como é o caso de guerra declarada no país e os casos de aborto trazidos pelo Código Penal.

Também foi possível perceber ao longo da pesquisa que, embora a medicina venha avançando cada vez mais com técnicas de prolongamento artificial da vida, o Código de Ética Médica estabelece parâmetros para atuação do profissional da medicina, no sentido de não causar sofrimento ao paciente, inclusive de não praticar a distanásia, no entanto, sabe-se que na

prática nem sempre isso acontece e, como já referido, o paciente permanece vivendo artificialmente, principalmente pela relutância de familiares em aceitar a morte de um ente querido.

Os casos clínicos apresentados no capítulo terceiro evidenciam que, de fato, pacientes terminais perdem sua dignidade no final de vida por não poderem manifestar sua vontade, visto que seus familiares não se encontram emocionalmente capazes de tomar uma decisão por outra pessoa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já reconheceu o testamento vital ao conceder a um paciente o direito de não amputar sua perna necrosada, o que poderia levá-lo à morte, e deixar que a vida seguisse seu percurso natural, uma vez que para o paciente viver amputado ia contra sua dignidade. Desde 2012, após a resolução 1.995/2012 do CFM, o Brasil teve um aumento de 700% de registro de testamentos vitais, isso demonstra que cada vez mais as pessoas estão se preocupando com a falta de segurança de morrer com dignidade.

Com isso, conclui-se que sim, pode o testamento vital ser um mecanismo de concretização de uma morte digna, tendo em vista que, por meio dele, estará vinculando o médico e seus familiares à sua vontade, não retirando do médico o direito de proporcionar os tratamentos ordinários e cuidados paliativos, mas garantindo que não será submetido a tratamentos fúteis diante de um quadro de estado vegetativo, com uma doença incurável. E, como a medicina está em constante avanço, caso surja um novo tratamento capaz de reverter uma doença até então irreversível, o paciente pode revogar o documento a qualquer tempo.

Contudo, embora seja possível a utilização do Testamento Vital com base nas resoluções do CFM e decisões jurisprudenciais, é de extrema importância que a sociedade, os profissionais da medicina e da área jurídica continuem trazendo o tema ao debate para que ele seja regulado em uma legislação específica, com o fim de garantir segurança jurídica e alinhar todas as especificidades que o tema apresenta.



REFERÊNCIAS

- ABREU, Carolina Becker Bueno de; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Questões éticas referentes às preferências do paciente em cuidados paliativos. *Revista Bioética*, v. 22, n. 2, 2014. P. 229-308. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/918/1045 >. Acesso em 30 de novembro de 2017.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios da ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002. Disponível em: < https://books.google.com.br/books?id=liWZeYTqicC&printsec=frontcover&hl=ptBR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false > Acesso em 18 de maio de 2017.
- BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. *Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 19 de maio de 2017.
- BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Código de ética médica*. 2009. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp> >. Acesso em: 17 de maio de 2017.
- BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.805/2006 “Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do*

- doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal*". Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 04 de março de 2017.
- BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº1.995/2012 “Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes*. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/resolu%C3%A7ao-1995-CFM.pdf>>. Acesso em: 04 de março de 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CONSULTOR JURÍDICO. *Número de testamentos vitais lavrados no Brasil cresce 700%*. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-30/numero-testamentos-vitais-lavrados-brasil-cresce-700>> Acesso em 20 de novembro de 2017.
- DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DOMINGOS, Isabela Moreira do N.; NETO, Miguel Kfourri; LIMA, Sandra Maciel. A relação médico-paciente face às condições de terminalidade da vida com dignidade. *Revista Percurso*, Curitiba, v. 1, n. 1 2016. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso>>. Acesso em 18 de maio de 2017.
- FELIX, Zirleide Carlos et. al.. *Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura*. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid

- =S1413-81232013000900029>. Acesso em 30 de novembro de 2017.
- GRACIOLA, Josiane; CHEMIN, Beatris Francisca. O direito constitucional ao lazer e a (im)penhorabilidade das benfeitorias voluptuárias. *Revista Destaques Acadêmicos*, Lajeado, v. 4, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/221/217>>. Acesso em 16 de maio de 2017.
- GOLDIM, José Roberto. *Caso Vincent Humbert – Eutanásia Ativa Voluntária*. 2004. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/humbert.htm> Acesso em 30 de novembro de 2017.
- _____. *Caso Paciente Terminal*. 2000. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/terminal.htm> Acesso em 30 de novembro de 2017.
- GONZÁLEZ-SERRA, José María Gálan. Principios éticos en la práctica de los cuidados paliativos. In: CUESTA, Ricardo Ruiz de la (org). *Ética de la vida y salud su problemática biojurídica*. Sevilla: Secretariado D Publicaciones, 2008.p. 193-257.
- GUTIERREZ, Pilar L. *O que é Paciente Terminal?* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010>. Acesso em 30 de novembro 2017.
- ÍNDIA APROVA TESTAMENTO VITAL E EUTANÁSIA PASSIVA. *Revista Exame*, 2018. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/mundo/india-aprova-testamento-vital-e-eutanasia-passiva/> > Acesso em 17 de março de 2018.
- LIPPMANN, Ernesto. *Testamento vital: O Direito à dignidade*. 1º ed, São Paulo: Matrix, 2013.
- MARREIRO, Cecília Lôbo. *O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia*. 1. ed. Curitiba: Appris,

2014.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. *Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Tânia Mara de. *Como cuidar de doente em fase avançada de doença*. 2009. Disponível em: https://www.saocamilosp.br/pdf/mundo_saude/67/231a238.pdf Acesso em 30 de novembro de 2017.

OMS, Organização Mundial Da Saúde. *Cuidados Paliativos*, 1990.

PAIVA, Fabiane Christine Lopes de; JÚNIOR, José Jailson de Almeida; DAMÁSIO, Anne Christine. Ética em cuidados paliativos: concepções sobre o fim da vida. *Revista Bioética*, v. 22, n. 3, 2014, p. 550-560. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/839/1137 >. Acesso em 30 de novembro de 2017.

PESSINI, Leocir. *Distanásia: Até quando prolongar a vida?*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2007. Disponível em <https://books.google.com.br/books?id=mD4Vixs8_4MC&printsec=frontcover&dq=distan%C3%A1sia&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=snippet&q=at%C3%A9%20onde%20a%20medicina&f=false> Acesso em 08 de outubro de 2017.

_____, Leo. *Distanásia: Por Que Prolongar o Sofrimento?* Disponível em <http://www.cienciahoje.org.br/revista/materia/id/707/n/distanasia:_por_que_prolon >. Acesso em 08 de outubro de 2017.

_____, Leo; HOSSNE, William Saad. *Terminalidade da vida e o novo Código de Ética Médica*. Disponível em: <

- <https://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/76/127.pdf>
>. Acesso em 30 de novembro de 2017.
- PESSOA, Laura Scalldafferri. *Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.
- RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito da UFPR*, Paraná, v. 43, 2005. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7004>>. Acesso em 17 de maio de 2017.
- RÜGER, André. *Conflitos Familiares em Genética Humana: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber*. Minas Gerais, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_Ru-gerA_1.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2017.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2014.