

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COGEAE

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

DIGNIDADE DA VIDA E DA MORTE E TESTAMENTO VITAL:  
APONTAMENTOS À LUZ DA BIOÉTICA E BIODIREITO

MARINA CARDINALLI BREVIGLIERI

SÃO PAULO / SP

2015

MARINA CARDINALLI BREVIGLIERI

DIGNIDADE DA VIDA E DA MORTE E TESTAMENTO VITAL:  
APONTAMENTOS À LUZ DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como pré-requisito para a obtenção do título de especialista em Direito, na área de Direitos Difusos e Coletivos, sob orientação da Profa. Dra. Clarissa Ferreira Macedo D'Isep.

SÃO PAULO / SP

2015

Breviglieri, Marina Cardinalli.

Dignidade da Vida e da Morte e Testamento Vital: apontamentos à luz da bioética e biodireito

Marina Cardinalli Breviglieri . – São Paulo, 2015.  
50 f.

Monografia (especialização em Direitos Difusos e Coletivos – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, 2015

Orientador: Profa. Dra. Clarissa Ferreira Macedo D'Isep .

Título em inglês: Dignity of Life and Death and Living Will : notes in the light of bioethics and biolaw

1. princípio da dignidade da pessoa humana; 2. vida e morte digna; 3. Bioética e Biodireito; 4. Testamento Vital.

I. D'Isep , Clarissa Ferreira Macedo. II. Dignidade da Vida e da Morte e Testamento Vital: apontamentos à luz da bioética e biodireito

AVALIAÇÃO:

---

ASSINATURA DO ORIENTADOR:

---

## RESUMO

BREVIGLIERI, Marina Cardinali. **Dignidade da vida e da morte e testamento vital: apontamentos à luz da Bioética e do Biodireito**. 2015. 50 f. Monografia (especialização em Direitos Difusos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

No presente trabalho serão abordadas questões acerca do princípio da dignidade da pessoa humana no direito à vida digna, bem como sua aplicação no direito à morte digna quando no caso de pessoa em fase terminal (doença terminal) e o testamento vital como sendo instrumento aceito por alguns países, como instrumento de divulgação da vontade da pessoa em fase terminal à propiciar uma “boa morte”, uma transposição digna da vida e da morte, que nada mais é que o encerramento de uma fase, que é a vida.

**Palavras chaves:** princípio da dignidade da pessoa humana; vida e morte digna; Bioética e Biodireito; Testamento Vital.

## **ABSTRACT**

In this paper we will discuss issues concerning the principle of human dignity the right to decent life as well as their application on right to dignified death when in the case of people in terminal phase (terminal illness) and the living will as instrument accepted by some countries, like the person will of outreach tool terminally ill to provide a "good death", a worthy transposition of life and death , which is nothing but the end of a phase, that is life .

**Key words:** the principle of human dignity; dignified life and dignified death; Bioethics and Biolaw; Living Will.

## SUMÁRIO

Introdução.....	07
1 Dignidade da Pessoa Humana: viver e morrer dignamente .....	09
1.1 Direitos Fundamentais e Suas Dimensões.....	09
1.2 Direitos Humanos de Quarta Geração: Biodireito e Bioética .....	11
1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Considerações .....	15
1.4 Morte: Considerações e Diferenciações Importantes .....	18
1.4.1 Eutanásia.....	20
1.4.2 Suicídio Assistido (auto-eutanásia) .....	21
1.4.3 Distanásia .....	22
1.4.4 Ortotanásia .....	23
1.5 Vida e Morte Dignas .....	25
2 Testamento Vital e os Enfrentamento à Luz da Bioética e Biodireito .....	28
2.1 Terminalidade e Cuidados Paliativos .....	28
2.2 Testamento Vital .....	30
2.3 Princípios da Bioética Aplicados ao Tema .....	32
2.3.1 Princípio da Beneficência.....	32
2.3.2 Princípio da Não-Maleficência.....	33
2.3.3 Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre, Informado e Esclarecido .....	34
2.4 Testamento Vital e Sua Aceitação na Legislação Estrangeira.....	37
2.4.1 Testamento Vital nos Estados Unidos da América (EUA) .....	38
2.4.2 Testamento Vital na Alemanha .....	39
2.4.3 Testamento Vital em Portugal .....	39
2.4.4 Testamento Vital no Uruguai.....	40
2.4.5 Testamento Vital e o Panorama Brasileiro .....	41
2.5 Testamento Vital: Instrumento para Viabilizar Vida e Morte Dignas em Pacientes Terminais.....	43
Conclusão.....	46
Bibliografia.....	48

## Introdução

O presente tema trata de assunto de extrema relevância envolvendo diversas áreas do Direito, como os Direitos Difusos e Coletivos, abrangendo assim, a Bioética e o Biodireito e também os Direitos Humanos, já que falar em direito à vida e direito à dignidade é falar em direitos humanos.

Assim, será dada ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, em especial, àquela que se encontra em fase terminal, ou seja, que se encontra na iminência da morte, e o seu direito de ter preservada uma morte digna, não se submetendo a tratamentos degradantes para prolongamento da vida sem que se tenha qualidade, respeitando-se, desta forma, a dignidade da vida e da morte.

Partindo da perspectiva de que a morte é uma dimensão da nossa existência, já que finitos e mortais somos, assim como temos o direito de viver dignamente, temos implícito o direito de morrer com dignidade.

Justamente por esta razão, será enfatizado que o direito à vida não deve ser considerado absoluto diante de uma situação extrema, como no caso da pessoa que irá encarar o processo da morte em breve e, desta forma, os direitos trazidos à baila devem ser ponderados para fins de garantir este direito implícito à morte digna.

Neste contexto é que o testamento vital (*living will*), instrumento que vem sendo utilizado por pessoas que estão diante de morte iminente, se presta como direito à continuidade/manutenção, ainda que por tempo determinado, de uma vida digna, bem como se constate como direito igualmente amparado à uma morte digna, preservando-se, ainda que em curto tempo, a qualidade de vida.

Importante mencionar que não se trata de questionamento sobre a validade jurídica do instrumento, mas tão somente de enfatizar que muitos países já o aceitam como meio de garantir, levando em conta a vontade explicitada no documento, o direito à vida e à morte dignas, diante de situações terminais, garantindo ao paciente e sua família maior tranquilidade e humanidade diante de um momento tão importante e pesaroso.

Ainda, verifica-se que a temática tem grande relevância por se tratar de tema polêmico e extremamente humano, considerando a realidade complexa que se apresenta a sociedade hodierna, em que há que se ponderar, diante das dificuldades enfrentadas pelo profissional do Direito e também os profissionais da área da saúde, as situações a serem enfrentadas diante de um acontecimento inevitável na vida humana, que é a morte.

## **1 Dignidade da Pessoa Humana: viver e morrer dignamente**

Neste primeiro capítulo serão abordados os direitos humanos e suas dimensões, inserindo o Biodireito e a Bioética neste contexto.

Será enfatizada a dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundante do Estado Brasileiro, a ser tutelado tanto pelo ordenamento jurídico interno quanto pelo internacional.

Ainda se ressaltará que garantindo a dignidade da vida, há, em casos de morte iminente (pacientes terminais), em igualdade de direitos, como se garantir a dignidade da morte, justamente por se tratar de direito natural inerente ao ser humano tanto quanto a vida digna.

### **1.1 Direitos Fundamentais e Suas Dimensões**

É certo que várias são as definições de direitos humanos ou fundamentais, mas, por ora, trazemos uma visão mais simplista que seria a de um conjunto de direitos e garantias a todo e qualquer sujeito, cuja finalidade básica é o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o livre arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, sendo certo que tal proteção deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico interno e internacional.

Muito embora o surgimento dos direitos humanos tenha origens remotas, tendo como um dos principais marcos a Revolução Francesa de 1789 e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, temos que, na era do período pós-guerras mundiais do século XX é que houve a retomada desses ideais e a construção do direito internacional (portanto, de caráter universal, supraestatal) dos direitos humanos ou fundamentais.

De acordo com a professora e doutrinadora Flávia Piovesan, acerca da construção contemporânea do significado dos direitos humanos,

O “Direito internacional dos Direitos Humanos” surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento pode ser atribuídos às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (PIOVESAN, 2015, p. 252).

Assim, insta ressaltar que o corolário contemporâneo dos direitos humanos é a Declaração Universal aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, composta de trinta artigos e que estabelece em seu artigo 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (ASSEMBLEIA [...])<sup>1</sup>.

Trata-se de documento de extrema relevância, marcado pela universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, sendo certo que após as atrocidades das grandes guerras mundiais, e, mais precisamente com a referida Declaração, é que surgiram diversos textos legais acerca da temática, e foi amplamente difundida a internacionalização dos direitos humanos, exatamente como afirma a autora anteriormente citada (PIOVESAN, 2015).

Posto isto, importante destacar que, muito embora, doutrinariamente, se subdivida os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, não significa que há substituição de uns pelos outros, ou seja, os direitos somam-se, complementam-se e interagem, e, por consequência, amplia-se o leque de direitos a serem tutelados de acordo com o processo evolutivo histórico que passa a humanidade.

Portanto, tem-se, tradicionalmente, que os direitos humanos/fundamentais se subdividem em três grandes gerações ou dimensões, a que passamos a apontar.

A primeira dimensão ou geração de direitos humanos seriam os direitos de liberdade, compreendendo os direitos civis, políticos e as liberdades clássicas, sendo também chamados de direitos negativos do cidadão frente ao Estado, vez que limitam o poderio estatal frente ao cidadão.

---

<sup>1</sup> [http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)

Incluem-se na primeira geração ou dimensão os direitos às liberdades individuais, liberdades religiosas, políticas, civis clássicas como o direito à vida, à segurança, à propriedade privada, à igualdade formal (perante a lei) etc.

Os direitos humanos de segunda geração ou dimensão se fundamentam pelo direito de igualdade, pela criação de obrigações sociais do Estado para com a sociedade, ou seja, pelas liberdades positivas, já que exigem do Estado uma conduta positiva.

São os direitos sociais, coletivos, bem como os econômicos, ou seja, saúde, educação, lazer, trabalho, assistência social, e culturais.

Por fim, tradicionalmente conhecidos como direitos humanos de terceira geração temos aqueles fundados no direito à fraternidade, que dizem respeito à coletividade.

Estariam inseridos nesta dimensão o direito ao meio ambiente, os direitos difusos, como meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos etc.

Desta feita, há doutrinadores como Norberto Bobbio, Paulo Bonavides, Marcelo Novelino etc, que consideram ainda outras gerações de direitos humanos, gerações surgidas a partir das últimas décadas, como é o caso do Biodireito e da Bioética, tópico a ser tratado a seguir.

## **1.2 Direitos Humanos de Quarta Geração: Biodireito e Bioética**

Em tempos de globalização, de descobertas científicas e de avanços tecnológicos, as exigências sociais chegaram a um nível de complexidade tamanha, que a preocupação apresentada não é mais pela vida, mas pela qualidade e preservação da vida.

Essa globalização, os avanços tecnológicos, bem como o conhecimento científico do homem e a rapidez das descobertas biológicas, pela biotecnologia, levam a diversos questionamentos: qual o comportamento a ser adotado pelos profissionais das diversas áreas, ao enfrentarem os desafios decorrentes dessa evolução? Como tratar questões extremamente polêmicas, dentro de um universo de valores ainda envelhecidos? Qual será o limite para a vida e para a morte? É possível se falar em morrer com dignidade?

Assim, diante da complexidade dos valores da sociedade moderna, de acordo com o doutrinador Paulo Bonavides, é certo afirmar que a quarta geração de direitos humanos compreende “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” (BONAVIDES, 2007, p. 572).

Fala-se, portanto, em uma quarta geração de direitos humanos, tendo como foco o aperfeiçoamento dos avanços da ciência como a biotecnologia e os procedimentos na área da saúde etc.

No contexto do atual cenário nacional e internacional de pesquisas científicas, manipulações genéticas e o incremento de tecnologias na área da saúde, é que se insere a bioética e o biodireito como núcleos da então quarta geração dos direitos humanos.

Neste sentido, é que se coloca que a regulação normativa acerca de determinados aspectos e efeitos do desenvolvimento científico, internacionalmente, seja determinante para a proteção de valores fundamentais à humanidade como um todo, levando em consideração o pluralismo cultural e as esferas de autodeterminação individual e coletiva.

Por bioética, a professora Maria Helena Diniz (2014, p. 35) conceitua com propriedade:

A bioética seria, em sentido amplo, uma resposta ética às novas ações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos provocado pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução assistida, à eugenia (...).

Ainda coloca a autora:

A bioética emerge como novo domínio da reflexão que considera o ser humano em sua dignidade e as condições éticas para uma vida humana digna alertando a todos sobre as consequências nefastas de um avanço incontrolado da biotecnologia e sobre a necessidade de uma tomada de consciência dos desafios trazidos pelas ciências da vida (Idem, p. 30).

Nesse diapasão, tem-se que a bioética se relaciona às questões, na maioria das vezes, inéditas do avanço técnico-científico, que demandam uma nova postura quanto aos limites entre direitos e deveres na abordagem do ser humano.

Outra maneira de conceituar a bioética seria a de que ela pode ser considerada como a “ética da vida”, sendo um conjunto de pesquisas e práticas multidisciplinares, que tem por finalidade a resolução de conflitos éticos provocados pelos avanços biomédicos e biotecnológicos.

Portanto, se trata de disciplina que integra e harmoniza uma visão humanística às pesquisas de natureza técnico-científicas, se tornando um elo entre as questões humanas e às questões científicas, preservando a proteção aos direitos fundamentais em face das condutas humanas na área da ciência da vida.

Por conseguinte, é o entendimento de Christian de Paul Barchifontaine:

Bioética, ética da vida, da saúde e do meio ambiente é um espaço de diálogo transprofissional, transdisciplinar e transcultural na área da saúde e da vida, um grito pelo resgate da dignidade da pessoa humana, dando ênfase na qualidade de vida: uma proteção à vida humana e seu ambiente (2010, p. 24).

Outrossim, como acima mencionado, a bioética se insere na necessidade de descobrir quais são os novos valores ético-sociais que derivam dos avanços biotecnológicos e como eles são inseridos no ordenamento jurídico.

Para tanto, surge então o ramo do Biodireito que compreende o ramo do Direito que tem por preocupação regular as condutas dos homens ante os avanços científico-tecnológicos das ciências médicas, biomédicas e biológicas, preservando a dignidade da pessoa humana (SANTORO, 2012, p. 98).

Ou ainda, sob a perspectiva da microbioética (que cuida da relação entre médico e paciente), o biodireito é a normatização jurídica de permissões de comportamentos médico-científicos, e de sanções pelo descumprimento destas normas.

O papel fundamental do biodireito é o de harmonização dos interesses éticos e jurídicos, de modo que possa garantir o desenvolvimento da ciência no campo das pesquisas, sem que o desconhecimento seja limite único, além de zelar pela garantia dos direitos fundamentais do homem.

Insta ressaltar que o objeto do biodireito é a vida, permitindo a incorporação dos princípios da bioética no ordenamento jurídico e, trata-se de termo distinto da bioética, porquanto esta é sua fonte imediata, assim como a biotecnologia.

No contexto até então exposto, conclui-se que a bioética e o biodireito, nas palavras de Maria Helena Diniz “andam necessariamente juntos com os direitos humanos” (2014, p. 44), o que corrobora que, ambos devem ser entendidos como direitos fundamentais de quarta geração.

Outrossim, no contexto do Biodireito, encontram-se os direitos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana, à sua privacidade e à vida, tudo com base em uma elaboração que concentra o ideal dos direitos humanos fundamentados de maneira racional e legítima.

Posto isto, pode-se afirmar que o biodireito deve ter como base que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como que seria inadmissível o progresso científico visando acobertar crimes contra a dignidade humana e também que não se deve traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.

Estas são as grandes dificuldades enfrentadas pela bioética e pelo biodireito, posto que todos os dias novas questões surgem e, diante de novas situações, respostas são esperadas, respostas estas nem sempre encontradas diretamente nos textos legais, devendo-se, então, como na abordagem aqui trazida, sopesar direitos fundamentais para viabilizar uma melhor solução ética, moral e jurídica.

Por fim, tem-se os dizeres da professora Maria Helena Diniz a respeito da importância da bioética e do biodireito:

Todos os seres humanos, os aplicadores do Direito e em especial os médicos, os biólogos, os geneticistas e os bioeticistas devem intensificar sua luta em favor do respeito à dignidade humana, sem acomodações e com muita coragem, para que haja efetividade dos direitos humanos. A consciência destes é a maior conquista da humanidade, por ser o único caminho para uma era de justiça, solidariedade e respeito pela liberdade e dignidade de todos os seres humanos. A bioética e o biodireito estão inseridos nessa conquista por serem instrumentos valiosos para a recuperação dos valores humanos (DINIZ, 2014, p. 44-45).

### 1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Considerações

Consta do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>2</sup>, de 1948 que os direitos humanos são a expressão direta da dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>, sendo certo que o disposto no referido documento corrobora que o princípio da dignidade da pessoa humana não é somente um vetor, podendo ser considerado um superprincípio, ou seja, o princípio orientador de todos os demais, de acordo com doutrina dominante.

Assim, nas palavras da ilustre doutrinadora Flavia Piovesan: "A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, humanidade e sentido" (2015, p. 548).

Além disso, se trata de princípio fundante do Estado Democrático de Direito e do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo *status* de princípio fundamental, contido no artigo 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), afirmando que o Estado existe em função da dignidade humana, que deve ser o fim maior do Estado e da sociedade.

Inicialmente insta ressaltar que, em sua essência, pode-se dizer, simplesmente que a expressão dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesmo.

Posto isto, a dignidade da pessoa humana, como dito anteriormente, passa a ser o epicentro do ordenamento jurídico, sendo certo que todas as suas normas e interpretações consequentes devem focar em torno do indivíduo, em busca do humanismo delineado no texto constitucional.

Destarte, a dignidade da pessoa humana está vinculada a todos os direitos fundamentais, servindo de alicerce e informando seu conteúdo, com o escopo de conferir unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais.

---

<sup>2</sup> [http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm).

<sup>3</sup> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Neste sentido é que o princípio da dignidade influencia todos os demais direitos, como vida, liberdade, igualdade etc., de maneira que o direito à vida fica vinculado ao direito à vida digna.

É certo que há muitas abordagens acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, e, neste trabalho, será enfocada a dignidade sob a ótica da bioética e do biodireito.

Porém, mister se faz algumas colocações acerca deste princípio tão importante, ressaltando-se que se trata de um conceito aberto e vago, que vai se construindo permanentemente tendo em vista a evolução e modificação dos valores de determinada sociedade.

Outrossim, pode-se dizer que é incontroverso que a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, inerente à sua essência, sendo certo que se trata de característica que antecede ao próprio direito, sendo o papel deste último ser seu protetor.

Dessa forma, ao se afirmar que a dignidade é uma qualidade intrínseca ao ser humano, implica a existência de direitos fundamentais que o protege contra atos desumanos atentatórios à sua integridade física, psíquica e moral.

Destarte, com a promoção da dignidade da pessoa humana, tornando-se o fundamento dos direitos humanos, o direito à vida recebeu o acréscimo normativo da dignidade, como afirmado nas linhas anteriores.

Assim, nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 44), “a dignidade da pessoa humana pressupõe observância do direito à vida, à honra, ao nome, à limitação do poder (político ou econômico), às condições mínimas para uma existência com liberdade, autonomia, igualdade e solidariedade”.

Outrossim, é certo que a vida digna, protegida e almejada, possui como base o direito fundamental à vida, a dignidade da pessoa humana e a qualidade de vida.

Hodiernamente, porém, a abordagem da dignidade humana se faz, sobretudo pela negativa, pela banalidade do mal, por se estar em confronto com situações de indignidade ou ausência de respeito em situações que o exigiriam.

Assim, como afirma Luciano de Freitas Santoro, mencionando trecho de *Dworking* “as pessoas têm o direito de não ser vítimas da indignidade, de não ser tratadas de um modo que em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito” (SANTORO, 2012, 78).

É certo que o direito ao princípio da dignidade se encontra diretamente relacionado com o direito à vida, à medida em que não importa somente o fato de viver, mas sim, da forma e das condições de vida de uma pessoa.

Nesse ínterim é que o Estado, por meio de todo o ordenamento jurídico, tem como fim maior, a dignidade da pessoa humana, devendo garantir um conjunto mínimo (mínimo existencial) para o atendimento de suas necessidades básicas. Neste contexto é que se destaca sua importância nos direitos humanos, assim como a abordagem de novos problemas da bioética e do biodireito.

Insta ressaltar que, como princípio aberto que é, se molda de acordo com os valores de cada sociedade, podendo se afirmar que, atos que para alguns poderiam ser violadores da dignidade humana, em certas sociedades são absorvidos naturalmente, revelando que toda e qualquer sociedade tem seus próprios padrões e critérios sobre o que é ou não atentatório à dignidade.

Nesta esteira que é se encontra a discussão de diversos temas envolvendo a bioética e o biodireito, especialmente os que dizem respeito ao direito à vida, à liberdade, à autonomia da vontade, ao progresso científico e à tecnologia.

Na era contemporânea de complexidade de direitos, não há como se olvidar que constantemente há um verdadeiro choque entre valores e princípios, isto porque as situações são cada vez mais inusitadas e inovadoras, e nem sempre a busca por uma única solução é tão simples aos olhos da sociedade e do Direito.

Convém mencionar que, principalmente no âmbito da bioética e do biodireito há que se respeitar uma ética social, que, no campo da bioética, “se atualiza no acesso equitativo aos cuidados da saúde de qualidade apropriada para todos, respeitando a sua dignidade” (Barchifontaine, 2010, p.17).

Por estas razões é que a bioética deve se atentar para a garantia concomitante dos avanços tecnológicos da área da saúde e a dignidade, sendo o ideal que ambos caminhem *pari passu*, cabendo ao biodireito, então, especialmente pela inserção de valores éticos às normas, servir de garantidor desta relação.

Por isto dizer, insta ressaltar que, para a bioética e o biodireito, a vida humana não deve ser encarada apenas como uma questão de mera sobrevivência física, mas sim, de viver com dignidade, o que representa, a interpretação harmoniosa do contido no art. 218<sup>4</sup> e do art. 5º, inciso IX<sup>5</sup> da Constituição Federal com o artigo 1º, III<sup>6</sup> do mesmo texto, que apresenta a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ainda no que diz respeito ao assunto deste trabalho, o que se deseja enfatizar é que, muito mais do que simplesmente se falar em direito à dignidade, é falar-se em direito de dignidade de viver e também de morrer, posto que a morte é uma fase da vida pela qual todos passarão e, neste delicado momento, todos desejaremos ter uma passagem o mais digna possível.

#### **1.4 Morte: considerações e diferenciações importantes**

É certo que o direito à vida, mais especificamente, a uma vida digna, é parâmetro para toda a regulação no Direito, e assunto de farta discussão.

---

<sup>4</sup> **Art. 218 CF/88.** O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).

<sup>5</sup> **Art. 5º CF/88** 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: **IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

<sup>6</sup> **Art. 1º CF/88** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: **III** - a dignidade da pessoa humana;

Ao se falar em morte, por si só, já há certo desconforto, aversão, já que o tema muitas vezes é considerado um tabu, delicado que o é, uma vez que sempre implica na perda de um ente querido.

Nas palavras do padre Léo Pessini (2010, p. 17):

A morte nunca deixa de ser atual e nos provocar em termos de vida. Ela sempre nos visita, mansamente através de perda de entes queridos obrigando-nos a refletir sobre nossa própria vida finita, ou então, através de situações inusitadas e inesperadas que nos amedrontam.

Insta salientar que, a vida deve ser considerada sempre como um bem maior, posto que garantia constitucional que é, e, possuindo extrema importância a ponto de ser tutelada por outros ramos do Direito, como o Direito Penal, mas, quando se trata do encerramento da vida, as questões abordadas a seguir se tornam de extrema relevância.

Atualmente, por conta dos avanços tecnológicos da medicina, tem havido uma dificuldade de entender o fenômeno da morte, especialmente quando se reconhece que a pessoa se encontra enferma e em fase terminal da vida, tema que tem gerado grande discussão na sociedade.

Ressalte-se que o cerne de algumas das mais importantes discussões no ramo da bioética e do biodireito, é o desenvolvimento da tecnologia médica, o prolongamento da vida, às vezes sem limite, e o dilema entre a manutenção da vida e uma preocupação com a sua qualidade.

Assim, é certo que, foi o desenvolvimento da tecnologia que favoreceu a manutenção e prolongamento da vida, e então a indagação de até quando investir em tratamentos e quando interrompê-los.

Desta feita, por serem princípios de extrema relevância (dignidade e o direito à vida), principalmente no que diz respeito ao fim da vida de um paciente terminal, foco do presente trabalho, é que estão inseridos os dilemas relativos à eutanásia, à distanásia, ao suicídio assistido e ao morrer com dignidade (ortotanásia), institutos tratados a seguir.

### 1.4.1 Eutanásia

A palavra eutanásia, que deriva do grego, **eu** (bom) e **thánatos** (morte), pode ser entendida, em seu sentido literal como uma boa morte, uma morte sem dor.

Porém, trata-se de termo extremamente polêmico que nem sempre representa o sentido da “boa morte” da qual teve origem, posto que sua definição seria mais para tirar a vida do ser humano por considerações humanitárias, para aliviar a dor e o sofrimento, motivada por compaixão.

Inicialmente, coloca-se que, com relação à eutanásia, para sua caracterização, deve ocorrer um pedido voluntário e explícito do paciente. No entanto, para fins penais, como se verificará abaixo, ainda que não haja o consentimento, a prática continua como conduta penalmente punível, já que se trata de homicídio, ressaltando-se, pois, que este consentimento da vítima não afasta a ilicitude do ato.

Na eutanásia é dada ênfase à vida e ao sofrimento, à cessação do prolongamento quantitativo do tempo de vida a pedido de uma pessoa portadora de uma enfermidade incurável e dolorosa, podendo, inclusive, como vimos anteriormente, ser conceituada como uma “morte roubada”, a morte a pedido ou consentimento da vítima que padece de doença incurável ou muito penosa, tendo o fim de abreviar a agonia dolorosa ou prolongada.

Como colocado linhas acima, no ordenamento jurídico brasileiro a eutanásia é tida como crime, denominando-se homicídio piedoso, contido no código penal (CÓDIGO PENAL, 2013)<sup>7</sup> como homicídio com causa de diminuição de pena.

Desta maneira, o entendimento dos tribunais brasileiros é no sentido de que a eutanásia se enquadra como hipótese de homicídio privilegiado, ou seja, cometido por motivo de relevante valor moral e particular do agente, e, por isso, é causa de atenuação da pena prevista para o crime. (RTJSP, 41:346 e TJPR: Acrim 189, PJ, 32:201).

---

<sup>7</sup> Art. 121. Matar alguém: § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Há de se observar que o legislador brasileiro não criou um tipo autônomo para a eutanásia, ou seja, não há aceitação e nem exclusão de ilicitude dessa prática, que é inserida como hipótese atenuada de homicídio ou homicídio privilegiado.

A redução de um sexto a um terço é facultada àquele que matou compelido por motivo de relevante valor social ou moral, sendo, por esta razão, denominado de homicídio piedoso.

Desse modo, é certo que o valor moral do tipo do homicídio privilegiado (tratamento dado à eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro) diz respeito a interesses particulares do agente que, no caso da eutanásia, age, como acima mencionado, a pedido da pessoa portadora de uma doença incurável e dolorosa, mas que não terminal.

Assim, partindo-se do princípio que a vida é um bem jurídico indisponível, a eutanásia torna-se conduta criminosa, sendo considerada como homicídio privilegiado em razão de relevante valor moral.

Nesse íterim, cabe mencionar que existem várias maneiras de se praticar a eutanásia, cabendo diferenciar algumas de suas variações mais importantes como a eutanásia ativa e a eutanásia passiva.

A eutanásia ativa ocorre quando o tratamento terapêutico é administrado com objetivo de abreviar a vida do paciente. Pressupõe, portanto, uma conduta ativa por parte do médico ou profissional da saúde, em ministrar, por meio de um conjunto de ações, determinado medicamento ou substância para abreviar a vida de um paciente que possui uma enfermidade incurável e sofrida, mas não terminal.

Faz-se importante mencionar que na eutanásia ativa o médico intervém de uma forma consciente e direta na decisão do doente, realizando-a.

Já a eutanásia passiva consiste no ato médico de não dar ao doente nenhuma substância a fim de prolongar sua vida, provocando, pois, sua morte.

Portanto, nesta modalidade, se observa uma conduta omissiva, ou seja, o profissional da saúde deixa de administrar qualquer substância que tenha por objetivo prolongar a vida de um doente portador de enfermidade grave e incurável.

De modo geral pode-se afirmar que na eutanásia há dois polos: uma pessoa com moléstia incurável, com grande sofrimento e com desejo de morrer, e o médico ou pessoa que provoca a morte na eutanásia ativa, ou não prolonga a vida, na eutanásia passiva.

Nesse ínterim, convém ressaltar que existe uma linha muito tênue no que diz respeito às diferenciações de eutanásia, a distanásia e a ortotanásia, institutos a seguir abordados, posto que, na eutanásia há a abreviação do momento da morte, seja por conduta comissiva ou omissiva, desconsiderando o aspecto da terminalidade da vida do paciente, sendo necessário apenas o diagnóstico de uma doença incurável e, na ortotanásia, condição *sine qua non*, para sua ocorrência seria exatamente a terminalidade da vida.

#### **1.4.2 Suicídio Assistido (auto-eutanásia)**

Diferente da situação da eutanásia é o caso do suicídio assistido, tema tão polêmico e que merece considerações, ainda que não esteja, diretamente, ligado ao cerne deste trabalho.

Por suicídio assistido pode-se entender aquele realizado pelo próprio indivíduo, que dá fim a sua vida sem a intervenção direta de terceiro, apesar deste participar por razões humanitárias, prestando assistência material ou moral para a realização do ato.

Há, assim como na eutanásia, a participação de um terceiro que age por compaixão ou misericórdia, mas, no caso do suicídio assistido, o próprio paciente é quem põe fim à sua vida, sendo a participação do terceiro ligada ao auxílio para que a vítima consiga ceivar sua própria vida, consistindo na participação material, como por exemplo no fornecimento de objetos, podendo ainda, como dito linhas acima, consistir na participação moral, no induzimento ou instigação, como por exemplo no caso de instruir a vítima de como levar ao cabo sua intenção.

Dessa forma, no suicídio assistido, como o próprio nome diz, o paciente é apenas assistido em sua hora final, executando ele mesmo a conduta que o levará a morte, diversamente do homicídio consentido, quando apenas aguarda inerte que o médico coloque termo à sua vida.

Insta mencionar que auxiliar a pessoa à prática de suicídio é conduta criminosa no ordenamento jurídico brasileiro (CÓDIGO PENAL, 2013)<sup>8</sup>.

### 1.4.3 Distanásia

A distanásia, também conhecida por obstinação terapêutica ou ainda *medical futility*, pode ser entendida como o comportamento médico excessivo em lutar pela vida do paciente, retardando a morte natural inutilmente por meio de métodos terapêuticos injustificáveis em pacientes que se encontrem em estado de morte iminente e irreversível.

Ou seja, a distanásia caracteriza-se pelo excesso de medidas terapêuticas que não levam à cura ou salvação do paciente, somente lhe impondo sofrimento e dor por meio de tratamento fútil.

Só pela sua conceituação já se pode ter em mente que se trata de verdadeira prática de tortura ou tratamento cruel e degradante, posto que a vida deve ser o bem maior tutelado, mas não a vida a qualquer custo, desrespeitando-se, completamente, a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida do paciente.

Outrossim, é dever do médico abster-se de proceder com condutas que causem dano intencional ao seu paciente com o escopo de que estaria contribuindo para uma “melhor medicina”, ou seja, a medicina encontra barreiras no que diz respeito à atuação dos profissionais, que não podem atuar com o pretexto de prolongar a vida do paciente, lhe impondo tratamento inútil e que cause ainda mais sofrimento.

Insta mencionar, ainda, que no caso da distanásia são completamente abandonados os princípios da bioética da beneficência e não-maleficência, princípios que

---

<sup>8</sup> 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.

serão vistos em capítulo posterior, mas que, de uma maneira geral, indicam a necessidade de se abster de condutas que causem dano intencional ao paciente, devendo, o profissional da área da saúde agir somente para o bem.

#### 1.4.4 Ortotanásia

Etimologicamente, ortotanásia significa morte correta: *orto* (certo), *thánatos* (morte).

Significa o não prolongamento artificial do processo de morte além do que seria o processo natural, ou ainda, a morte no seu tempo certo, sem abreviação nem prolongamentos desproporcionais do processo de morrer, deixando o médico de intervir no prolongamento da vida do paciente além de seu período natural.

Assim, a ortotanásia nada mais é que a abstenção médica diante da comprovada morte iminente do paciente, não mais prolongando sua vida por meio de tratamentos inúteis, que apenas tardariam o inevitável.

Importante mencionar que, diferentemente dos casos de eutanásia, em que a terminalidade da vida não é pressuposto, na situação em que ocorre a ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte (paciente terminal), processo este que recebe uma contribuição do médico no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural, propiciando ao paciente e sua família assimilarem a morte de uma maneira menos dolorosa.

Por esta razão é que se entende que a “boa morte” ou a “morte correta”, diante de um quadro terminal, seria a aceitação da condição humana e o desejo de não receber um tratamento desproporcional aos seus resultados.

Na ortotanásia há um agir humanizado na hora da morte do paciente terminal, fornecendo-lhe, desta maneira, uma morte digna, e proporcionando-lhe, ainda que por breve período, um restante de vida digna.

Ainda nas palavras de Luciano de Freitas Santoro (2012, p. 133) “este mesmo respeito à dignidade impõe ao médico o dever de ministrar cuidados paliativos, propiciando

ao paciente que venha a falecer de forma tranquila, com o máximo de bem-estar global sem, no entanto, interferir no processo mortal”.

No entanto, para que se diferencie a eutanásia passiva da ortotanásia, insta mencionar que esta última possui requisitos imprescindíveis e inconfundíveis: o início do processo natural de morte e a ausência de qualquer possibilidade de salvar o paciente, ou seja, o doente deve se encontrar no processo de morte (sem qualquer possibilidade de reversibilidade do quadro) e, também, o consentimento prévio do doente ou, na impossibilidade deste, de seus familiares ou representantes.

Presentes, pois, os requisitos mencionados, o médico deve permanecer cuidando do paciente por meio dos cuidados paliativos, visando melhorar, na medida do possível, as condições do doente, aliviando-lhe as dores, deixando o processo natural da morte desenvolver-se, sem alterá-lo, somente buscando suavizar o sofrimento de todos os envolvidos.

Por isto é que, ao se suspender os tratamentos inúteis que busquem qualquer reversão do estado terminal do paciente e investir em cuidados paliativos, o médico admite que o paciente morra, inclusive e se possível, no seio de sua família, com apoio de seus familiares e, acima de tudo, recebendo medicamentos para aliviar seu sofrimento, tornando a passagem entre a vida e a morte mais digna e serena.

Exatamente por lidar com uma situação irreversível e extremamente delicada é que a ortotanásia deve ser discutida e consentida pelo paciente e seus familiares, devendo ser uma decisão conjunta, e, é justamente neste contexto que se insere o testamento vital, que será objeto de capítulo posterior.

## **1.5 Vida e Morte Dignas**

Busca-se incansavelmente a felicidade de viver plenamente com dignidade, e não apenas sobreviver, por isto, a importância da dignidade como princípio orientador de todos os demais direitos.

Partindo-se da premissa que a morte é uma dimensão de nossa existência humana, pois finitos e mortais que somos, assim como temos o direito de viver dignamente, temos

implícito o direito de morrer com dignidade, sem sofrimento ou prolongamento do processo da morte.

Assim, como o processo da morte é parte do viver, sendo seu encerramento, e havendo proteção constitucional à dignidade da pessoa e de sua vida, essa mesma dignidade deve ser estendida à morte, especialmente no que diz respeito aos pacientes terminais, e que irão encarar, juntamente com sua família, o doloroso processo de morrer, sendo desnecessário que este seja feito de maneira cruel e degradante para o próprio paciente, bem como aos seus familiares.

Do mesmo modo, a vida digna possui proteção constitucional que, por meio de interpretação extensiva e sistemática, abarca, por conseguinte, a morte digna.

Pois bem, como se observou pelo até então exposto, não se deve confundir o direito de morrer dignamente em razão de uma situação de terminalidade da vida com o direito à própria morte, já que o direito à vida se trata de proteção constitucional e de direito inviolável e indisponível.

Portanto, o direito à vida digna conduz ao direito à morte digna, isto é, demanda do médico e profissionais da saúde a continuidade da assistência e do cuidado com o paciente mesmo quando não mais houver chance de reversão do quadro da doença incurável e terminal, prestando-lhes os cuidados paliativos, para amenizar as suas dores, proporcionando-lhe um estado completo de bem-estar físico, psíquico, social e espiritual.

Outrossim, ao se falar em ortotanásia quando na hipótese de um doente terminal, poder-se-ia estar presente de uma aparente antinomia entre o direito à vida (a qualquer custo) e o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se como mais correto que ambos sejam conjugados e sopesados diante da situação apresentada no presente trabalho.

Deve-se observar que, essa possível antinomia pode ser resolvida utilizando-se o critério da ponderação ou harmonização de bens, já que, enquanto houver chance de cura, ainda que mínima, deve prevalecer o direito à vida, devendo o médico agir no sentido da cura a seu paciente, mas, quando se trata de situação de morte iminente, não podendo mais a vida ser preservada, deve-se adotar todas as medidas necessárias para o respeito

e promoção da dignidade, abstendo-se de tratamento inútil e que somente traria mais sofrimento ao paciente.

Nas palavras de Luciano de Freitas Santoro “A indisponibilidade do direito à vida e a obrigação ao respeito e promoção da dignidade da pessoa humana obrigam que o ser humano seja tratado com dignidade em todos os momentos, inclusive na sua hora final” (2012, p. 174).

Ainda preceitua o mesmo autor:

... a ortotanásia, por ser um comportamento omissivo quando do evento morte é iminente e inevitável, situa-se no conflito entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, porque há obrigação de se respeitar a vida, mas também o dever de garantir e promover a dignidade em todos os momentos, inclusive na hora da morte (2012, p. 141).

Assim, da mesma maneira em que a Constituição garante o direito à vida digna, em igualdade de direito, deve garantir, ao paciente terminal, o direito à dignidade de morrer, posto que, se o princípio da isonomia significar tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade, não é humano que se trate de maneira ordinária àquele que se encontra à beira da morte, devendo, exatamente pelas razões ora colocadas, possibilitar a ele, por meio da expressão de sua vontade, o desejo de ter respeitado os seus últimos momentos de vida de uma maneira digna, já que não é possível o investimento na sua cura, mas ainda é cabível o cuidado e o respeito no momento de sua morte.

Neste mesmo contexto, importa mencionar que o processo de morrer dignamente, na atualidade, tem sido cada vez mais incrementado com os avanços nos cuidados paliativos, ou seja, nos últimos cuidados com o paciente e sua família para uma transposição menos dolorosa e que garanta a todos a oportunidade de vivenciar os últimos momentos de vida de um ente amado, em um ambiente de tranquilidade e paz.

Por fim, diante das situações ora colocadas é que, repita-se, se insere o contexto do testamento vital como meio que o paciente terminal, ainda consciente, possa expressar seus últimos desejos diante de uma morte iminente e, desta maneira, assegurar a dignidade de sua passagem, devendo o médico e os familiares, respeitarem o momento em que é determinada a cessação de tratamento que prolongue a dor e o sofrimento (por

isto o testamento deve ser feito anteriormente à fase crítica da doença terminal), possibilitando que sejam investidos esforços nos cuidados paliativos, buscando seu conforto em um momento tão difícil.

## **2 Testamento Vital e os Enfrentamento à Luz da Bioética e Biodireito**

Neste capítulo será abordada a questão do testamento vital, tema atual, polêmico e que divide opiniões.

Como anteriormente dito, o presente trabalho não pretende questionar a validade jurídica do documento, mas sim, de apresentá-lo como meio de manifestação da vontade de um paciente terminal para que possa ter uma morte digna e, ter preservado, ainda que por breve período, um restante de vida digna, sempre que possível, juntamente com seus familiares.

Será abordada inicialmente a situação do paciente terminal, o seu direito a ter preservada dignidade, inclusive nos momentos finais de sua vida, sendo amparado por meio dos cuidados paliativos, que visam propiciar os cuidados necessários para uma passagem tranquila e menos dolorosa.

Serão abordados também os princípios da bioética atinentes ao tema, bem como a aceitação e rejeição do testamento vital em diversos países e, por fim, demonstrar-se-á que se trata de um documento que permite ao paciente e seus familiares, vivenciarem o doloroso momento da morte iminente de um ente querido, sendo-lhes preservado o direito fundamental máximo da dignidade, tanto da vida quanto da morte.

### **2.1 Terminalidade e Cuidados Paliativos**

Infelizmente, é perante a doença que a pessoa se expõe à situação de fragilidade, que provoca, na situação terminal, a consciência certa da mortalidade, da finitude da existência: questão complexa e delicada que é, deve ser analisada sob uma ótica mais profunda e humana.

É certo que muito se confunde, diante do tema apresentado no trabalho, a doença aguda, em que tudo deve ser feito, já que há a possibilidade de vida, e a doença terminal, em que a recuperação não é mais possível, por isto, a importância de se conceituar o paciente terminal.

A terminalidade ocorre quando se esgotam todas 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 possa reverter este quadro.

Ainda, insta salientar que, na literatura médica, paciente terminal é aquele que, na evolução de sua doença, é incurável ou não tem condições de ter prolongada sua vida apesar da disponibilidade de recursos, estando, pois, num processo de morte inevitável. Ou seja, o paciente terminal é aquele que não mais responderá a nenhuma medida terapêutica visando a cura da doença.

Mesmo que se admita o esgotamento de todos os recursos para a cura de sua doença e que o paciente se encaminha para o fim da vida, não significa que não há mais o que fazer, contexto em que se inserem os cuidados paliativos

Por meio dos cuidados paliativos se busca resgatar a possibilidade de reumanização do morrer, se opondo à idéia da morte a ser combatida a todo custo. Ou seja, a morte é vista como parte do processo da vida e, no adoecimento, os tratamentos devem visar à qualidade dessa vida e o bem-estar da pessoa, mesmo quando a cura não é possível.

A Organização Mundial da Saúde, em 2002 definiu o que seriam cuidados paliativos mencionando-os como “a abordagem que promove a qualidade de vida de pacientes e seus familiares diante de doenças que ameaçam a continuidade da vida, por meio da prevenção e o alívio ao sofrimento. Requer a identificação precoce, a avaliação e o tratamento impecável da dor e de outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual” (ORGANIZAÇÃO [...] )<sup>9</sup>.

Ou seja, os cuidados paliativos se inserem no contexto da terminalidade na medida em que, a partir do momento em que não mais é possível se investir na cura do paciente, a atenção e os cuidados devem ser com relação ao controle da dor e aos confortos físicos, psicológicos e espirituais do doente e de seus familiares.

---

<sup>9</sup> <http://www.who.int/en/>.

Diante do exposto, os cuidados paliativos são de extrema relevância, tendo como paradigma o cuidado, visando implementar a dignidade humana de viver durante a doença, inclusive nos seus últimos momentos, proporcionando, desta maneira, uma morte digna.

Por fim, dada a importância da temática no presente estudo, tem-se as belas palavras de Cecily Saunders citadas por Milena dos Reis Bezerra de Souza e Vera Anita Bifulco, que resumem a filosofia dos cuidados paliativos:<sup>10</sup>

Ao cuidar de você no momento final da vida, quero que você sinta que me importo pelo fato de ser você, que me importo até o último momento de sua vida e faremos tudo que estiver ao nosso alcance, não somente para ajudá-lo a morrer em paz, mas também para você viver até o dia de sua morte (SAUNDERS apud SOUZA; BIFULCO, 2010, p.73).

## 2.2 Testamento Vital

Por testamento vital, declaração prévia de vontade do paciente, diretivas antecipadas de vontade ou *living will* se entende o a expressão da vontade de uma pessoa visando determinar o tratamento que deseja receber, se portador de uma doença terminal ou de moléstia grave em progressão sem qualquer possibilidade de reversão, cujo fim inevitável é a morte.

O termo *living will*, cuja tradução literal para o português corresponde a testamento vital, surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) com o *Natural Death Act*, na Califórnia, tendo sido proposto pela primeira vez em 1967 pela Sociedade Americana para a Eutanásia e definido como o “documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida” (CLEMENTE; PIMENTA, S/D, *online*<sup>11</sup>)

Trata-se, pois, de termo feito quando a pessoa tem a notícia do diagnóstico e prognóstico de doença incurável e iminente morte e deseja, ainda em sã consciência, determinar qual momento que deseja (ou não) investir apenas nos cuidados paliativos, não se submetendo a tratamento inútil ou degradante que de nada terá efeito em termos de

---

<sup>10</sup> Reis, Milena dos e Bifulco, Vera Anita. **Planejando o futuro: como os cuidados paliativos podem ajudar o paciente com câncer in Câncer, uma visão multiprofissional.** Hezio Jadir Fernander Júnior .. [et al.] (coordenadores). Barueri: Minha Editora, 2010, pag. 373.

<sup>11</sup> [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1231](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231)

qualidade de vida, implicando, diretamente, como vimos no capítulo anterior, na preservação da dignidade da vida e na possibilidade de uma morte digna.

Ainda, deve-se atentar ao fato de ser um termo de expressão de forma livre, sendo unilateral e não solene, podendo ser feito por pessoa maior e capaz que consciente de sua decisão, deseja ver cessado o momento de investir em tratamentos médicos extremamente dolorosos que não implicarão em cura.

É certo que o instituto proposto não se confunde com o testamento civil, regido pelo código civil, já que suas disposições não serão de efeito *post mortem*, mas sim, anterior ao momento da morte, bem como não tem a finalidade de testar sobre bens, dispondo somente sobre a exigibilidade da continuidade do tratamento, os remédios que se deseja ou não receber, nomear pessoas para tomarem as decisões pertinentes ou as já estabelecidas pelo paciente, dentre outros cuidados de desejo pessoal, sendo tudo personalíssimo e revogável.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.995 de 09 de agosto de 2012, o testamento vital ou diretivas antecipadas deve ser entendido como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamento que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (RESOLUÇÃO..., 2012)<sup>12</sup>.

Assim, as instruções do testamento vital aplicam-se quando o paciente terminal já se encontra em estado permanente de inconsciência ou dano cerebral irreversível, que não possibilite que a pessoa recupere a capacidade de tomar decisões e expressar seus desejos, vinculando o médico, de acordo com a resolução acima citada.<sup>13</sup>

Dito isto, remetendo-se à ortotanásia, o testamento vital ou declaração prévia de vontade do paciente terminal, como manifestação de vontade, visa garantir ao enfermo evitar a prática da terapêutica obstinada (distanásia), na qual é submetido a um processo de morte sofrido e doloroso.

---

<sup>12</sup> [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf).

<sup>13</sup> Art. 2º. Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

Várias são as polêmicas em torno de tal instituto, sendo certo que, como dito nas linhas introdutórias, o presente trabalho não visa questionar a validade jurídica do testamento vital, mas tão somente apresentá-lo, sob a ótica da bioética e do biodireito, como instrumento para viabilizar uma morte digna e, diante de um quadro de terminalidade, um restante de vida digna, instrumento este que vários países já aceitam como forma de manifestação da autonomia da vontade do paciente visando garantir sua dignidade.

## **2.3 Princípios da Bioética Aplicados ao Tema**

Diante dos avanços tecnológicos e das discussões a respeito do início e do fim da vida, algumas questões ético-jurídicas vêm sendo analisadas à luz dos princípios da bioética e do biodireito, dentre eles o princípio da autonomia, da beneficência e o da dignidade da pessoa humana.

### **2.3.1 Princípio da Beneficência**

Inicialmente, coloca-se que a expressão beneficência deriva do latim *bonnum facere* (fazer o bem).

Por princípio da beneficência pode se entender por aquele em que o benefício das atividades dos profissionais que cuidam da área da saúde deve ocorrer sempre em razão do paciente (e da sociedade).

Nas palavras da ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz: “O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, evitando-se, na medida do possível, quaisquer danos” (2014, p. 39).

Tal princípio tem origem no juramento de Hipócrates (juramento solene feito pelos médicos, em sua formatura, em que juram praticar o bem) e se baseia, justamente na ideia da boa prática da medicina, ou seja, os profissionais da área da saúde, especificamente no presente trabalho, os médicos, devem atuar visando o melhor do paciente, empreendendo as melhores técnicas, tendo por fim a melhoria da qualidade de vida destes, e, com isto, o incremento da dignidade da pessoa humana.

Na relação médico-paciente, é certo que tal princípio é de extrema relevância, tendo em vista que o paciente, ao procurar o profissional da área de saúde, busca a cura para o seu mal, e o profissional, por sua vez, deverá empreender todos os esforços para não agravar o mal do paciente e para curá-lo da doença que o aflige.

O princípio da beneficência, então, impõe uma obrigação moral de agir; a prática médica deve sempre almejar o aumento dos benefícios e a redução dos prejuízos ao paciente.

Portanto, em se tratando de pacientes terminais, em que não há mais possibilidade de curar, os médicos devem sempre respeitar os limites do avanço tecnológico, não prolongando a vida a qualquer custo, atuando de maneira oposta, ou seja, devendo agir na busca de uma qualidade de vida enquanto ainda há e, de mesma maneira, propiciar uma morte digna.

### **2.3.2 Princípio da Não-Maleficência**

O princípio da não-maleficência se traduz em um desdobramento do princípio da beneficência, justamente por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere* (primeiro não prejudicar), axioma hipocrático (2014, p. 40).

Isto é, da mesma maneira que o princípio da beneficência afirma que se deve buscar o bem, o princípio da não-maleficência afirma que se deve evitar o mal.

Assim, a ação do médico visa sempre não causar prejuízo ou agravos à saúde do paciente, agindo de forma a não lhe causar ainda mais sofrimento, não lhe fazendo qualquer mal.

Nesse diapasão, tem-se as palavras de Luciano de Freitas Santoro:

Deste modo, determina o princípio da não maleficência que o médico não submeta intencionalmente o paciente a um dano e que o exponha a risco desnecessário através de condutas invasivas, intempestivas e mesmo iatrogênicas sem que haja qualquer benefício ao paciente (2012, P. 104).

Ainda preleciona o mesmo autor:

Portanto, esses dois princípios (beneficência e não maleficência) são fundamentais na análise do dever agir do médico, especialmente quando diante da hipótese que coloque a dignidade humana e o direito à vida em conflito, como ocorre quando a morte for iminente e inevitável (SANTORO, 2012, p. 104).

Assim, em casos de pacientes terminais, objeto do presente estudo, o médico, diante do princípio da não-maleficência, deve se abster de intervenções que tenham por escopo único o prolongamento da vida a qualquer custo, devendo, *contrario sensu*, atuar em consonância com o princípio da beneficência, aplicando todos os cuidados paliativos para aliviar a dor e o sofrimento do paciente e seus familiares, em especial, nos momentos que antecedem à morte.

### **2.3.3 Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre, Informado e Esclarecido**

Inicialmente cumpre destacar que a intervenção terapêutica contra a vontade do paciente, bem como a prática da distanásia ou o prolongamento da vida a qualquer custo, são um atentado contra sua dignidade, ainda mais quando se trata de um paciente em terminalidade da vida.

A pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida, sendo certo que sua decisão merece ser respeitada.

É certo que o termo autonomia está associado ao conceito de liberdade, de autodeterminação e a capacidade de o indivíduo tomar suas próprias decisões de maneira livre (sem coação), posto que ter autonomia significa que a pessoa tem liberdade de decisão sobre sua vida.

Nesse íterim, enquanto a autonomia significa autogoverno do sujeito em tomar decisões sobre sua própria vida, o respeito a essa autonomia, no contexto do presente trabalho, seria o reconhecimento de que cabe somente e tão somente ao paciente terminal a tomada de decisão de seu plano de vida (e de morte), fundamentado em seus próprios anseios e angústias, visando ter respeitado, ao máximo, seus últimos momentos de vida e sua morte, de uma maneira digna.

Desta feita, o respeito pela autonomia em fase de terminalidade da vida, conjugase com o princípio da dignidade humana à medida em que o profissional da saúde deve aceitar o ser humano como o fim em si mesmo, não somente objeto de manipulação de suas ações e descobertas que visam, ao máximo, prolongar a vida desta pessoa que sabe, morrerá, e que deseja morrer em paz.

Por conseguinte, a autonomia traz como conseqüências lógicas a liberdade e a informação, já que a pessoa primeiramente precisa ser informada sobre sua situação para que, posteriormente, possa se sentir livre para decidir de acordo com suas próprias convicções.

Estando informado sobre o diagnóstico e o prognóstico, o paciente terminal, repitase, personagem central deste trabalho, deve decidir, de acordo com suas próprias convicções pessoais, o momento em que não mais se submeterá a um tratamento que somente lhe cause mais dor e sofrimento.

Assim, pelo princípio da autonomia deve ser respeitada a capacidade de decisão desta pessoa em situação extremamente delicada, possibilitando que ela decida por si própria o que lhe for melhor.

Nesta esteira, coloca o autor Luciano de Freitas Santoro (2012, p. 101): “Permite-se assim a escolha do médico e da adoção da medida terapêutica, segundo suas próprias convicções, após ter recebido e compreendido as informações necessárias para a manifestação de sua vontade”.

Desta maneira, a fim de possibilitar que o paciente possa decidir livremente sobre o que entende melhor a si próprio, o médico deve se manifestar com o máximo de clareza nas informações prestadas, informando ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e o tratamento que entende mais adequado.

Entretanto, quando o médico está diante de um paciente que não tem condições de absorver as informações que lhe serão dadas, deve o profissional informar o responsável legal acerca da situação.

Outrossim, informar ao paciente sobre seu estado terminal abarca, além da própria notícia, um processo de assimilação e compreensão posteriores. Ou seja, necessário se faz o consentimento deste paciente acerca do quanto colocado pelo profissional médico, sendo certo que, como se verificará, este deve respeitar a autonomia de decisão do paciente, em especial no caso do presente trabalho, como forma de respeitar a dignidade da vida e da morte.

Ainda de acordo com o Código de Ética Médica, em seu artigo 31, é vedada a interferência na tomada de decisão do paciente e de seus familiares em caso de iminente risco de morte, quiçá, no caso de uma pessoa que já tem o diagnóstico de morte certa e que ocorrerá brevemente (CÓDIGO [...], S/D)<sup>14</sup>.

Da mesma maneira, se traduz em infração ao Código de Ética Médica o não consentimento informado, posto que, como já explanado, o médico deve ser o mais claro possível na avaliação do diagnóstico e no prognóstico, permitindo ao doente terminal e seus familiares decidirem qual o momento a se interromper os tratamentos que não mais levarão à cura e, por consequência, se investir nos cuidados paliativos com o restante da vida e o momento da morte, de maneira humana, auxiliados tanto pelo médico e uma equipe de profissionais, a fim de propiciar uma morte digna (CÓDIGO [...], S/D)<sup>15</sup>.

Por fim, é certo que o princípio da autonomia, faz com que tanto médico quanto paciente desenvolvam, de maneira eficaz e confiável, diálogos e entendimentos visando uma relação de forma respeitosa e correta do ponto de vista médico, social e ético.

No contexto do direito de morrer e, diante dos avanços da medicina no prolongamento da vida, não é incomum situações em que o indivíduo é posto em segundo plano, e os tratamentos nele empregados são tidos como fins em si mesmos, sendo que a intenção não é de evitar a morte, mas apenas e tão somente, de prolongar a vida, submetendo a pessoa a verdadeiro tratamento inútil, cruel e degradante.

---

<sup>14</sup> **Art. 31 Código Ética Médica.** Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. Disponível em:

[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)

<sup>15</sup> **Art. 34 Código de Ética Médica.** Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. Disponível em:

[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)

Nesse sentido é que o testamento vital e o princípio da autonomia e do consentimento informado estão inteiramente interligados, isto porque se trata da tradução da manifestação de vontade do paciente, após o referido devido consentimento informado sobre a finitude próxima de sua vida, de decidir qual o momento em que deseja cessar os tratamentos terapêuticos não mais úteis à cura, e sim, iniciar os cuidados e atenção com o momento de sua morte.

Portanto, ainda que não seja este o cerne do presente trabalho, não poderíamos deixar de mencionar a importância do princípio da autonomia e consentimento informado, posto que elementos indissociáveis do escopo do testamento vital, que é, repita-se, permitir ao doente terminal, ainda são (quando recebe o diagnóstico, está em tratamento ou ainda não está incapacitado mentalmente), de decidir, livremente, sobre o momento em que deseja não mais prolongar o sofrimento de sua vida e, desta forma, propiciar, ainda que por breves instantes, uma vida digna e, por consequência, uma morte digna.

#### **2.4 Testamento Vital e Sua Aceitação na Legislação Estrangeira**

É certo que os Estados Unidos da América<sup>16</sup> foram pioneiros no que diz respeito à positivação do testamento vital, sendo seguido por diversos outros países como a Alemanha<sup>17</sup>, Portugal<sup>18</sup>, Uruguai<sup>19</sup>, conforme se verificará em tópico a seguir

Assim, insta mencionar que em 4 de abril de 1997 foi redigida em Oviedo, Espanha, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina – também conhecida como Convênio de Oviedo, sendo certo que 35 países assinaram tal convenção e, destes, 23 a ratificaram, entre eles Portugal, Espanha e Suíça.

Para o presente trabalho, o artigo 9º do Convênio de Oviedo é de extrema relevância.

Assim dispõe o referido artigo 9º: *“A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se*

---

<sup>16</sup> Testamento vital nos Estados Unidos da América: <http://testamentovital.com.br/legislacao/estados-unidos/>

<sup>17</sup> Testamento vital na Alemanha: <http://testamentovital.com.br/legislacao/alemanha/>

<sup>18</sup> Testamento vital em Portugal: <http://testamentovital.com.br/legislacao/portugal/>

<sup>19</sup> Testamento vital no Uruguai: <http://testamentovital.com.br/legislacao/uruguai/>

*encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomado em conta” (CONVÊNIO [...] S/D<sup>20</sup>)*

Posto isto, como se trata de tema atual e polêmico tanto no cenário nacional quanto internacional, desenvolveremos um breve histórico de alguns países que já reconheceram o testamento vital.

#### **2.4.1 Testamento Vital nos Estados Unidos da América (EUA)**

É certo que nos Estados Unidos da América (EUA), a autonomia privada do paciente foi sendo gradativamente reconhecida, culminando com a formulação de um texto normativo denominado de Ato de Auto-Determinação do Paciente – *The Patient Self-Determination Act* (PSDA), aprovado pelo Congresso do país, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 1991.

O PSDA instituiu aos hospitais e médicos que informassem aos seus pacientes sobre os seus direitos de acordo com a lei do respectivo estado, já que cada estado norte-americano tem competência própria para legislar sobre o tema.

Portanto, pelo PSDA, o paciente deve ser informado sobre o seu direito de participar das decisões sobre os tratamentos ora empregado, dando a este o direito de aceitar ou recusar o tratamento, e também poder preparar uma diretiva antecipada.

Assim, entende o direito norte-americano que o direito ao testamento vital ou “procuração para questões da vida” é o reconhecimento da autonomia para as questões individuais e que não merecem ingerência do Estado sobre as decisões pessoais que buscam decidir o próprio destino.

Ainda, é certo que, além do PSDA, norma federal, outras 35 leis estaduais dispõem sobre o tema, cada uma delas com conceitos próprios sobre o que seja um paciente terminal.

---

<sup>20</sup> <http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf>

Outrossim, o conhecimento adquirido na experiência dos EUA é de grande importância, visto que, fora este o primeiro país a positivar a declaração prévia de vontade do paciente em estado terminal, sedimentando a discussões acerca do assunto o que propicia aos juristas brasileiros uma concepção sobre as vantagens e desvantagens advindas deste instituto diante de sua positivação.

#### **2.4.2 Testamento Vital na Alemanha**

Na Alemanha, a figura jurídica equivalente ao testamento vital ou diretivas de última vontade é denominada de *Patientenverfügungen*, que integra formalmente o Código Civil, desde 1 de setembro de 2009, quando lhe foi aditado os §§ 1901a-1904.

O Parlamento alemão aprovou, em 2009, a lei que regulamenta o testamento vital, sendo que os médicos alemães devem, por esta lei, respeitar a manifestação da vontade do paciente, fixada por escrito, ainda que isso possa importar em sua morte.

Assim, de acordo com a legislação alemã, o paciente tem o direito de decidir sobre seu tratamento médico até o final da sua vida, estipulando como quer ser tratado em caso de adquirir uma doença grave ou venha a sofrer um acidente que o incapacite de manifestar sua vontade, admitindo-se, ainda, a nomeação de uma pessoa de confiança do testador para tomar decisões sobre o seu tratamento de acordo com a vontade prévia do paciente.

Ainda pela lei alemã, caso o testamento vital não se adeque ao quadro atual da doença e não havendo ressalva por parte do paciente, por escrito, a equipe médica, juntamente com os responsáveis, tomará a decisão de forma conjunta e, em caso de discordância entre estes, o caso será levado a um tribunal, que dará a palavra final na situação.

#### **2.4.3 Testamento Vital em Portugal**

Inicialmente ressalte-se que a lei portuguesa trata a temática somente por testamento vital, a despeito do histórico norteamericano sobre os institutos e suas diferentes nomenclaturas.

A aprovação do testamento vital ou simplesmente “directivas antecipadas de vontade”, em Portugal se deu no ano de 2011, passando a legislação a permitir que a pessoa possa escolher quais tratamentos médicos está disposta a se submeter ou não, no final de sua vida.

De acordo com o projeto de lei aprovado, há a possibilidade de nomeação de um procurador de cuidados de saúde, que deve assegurar o cumprimento das instruções do paciente, caso este venha a ficar incapacitado em manifestar a sua vontade em relação aos tratamentos médicos.

O modelo português segue, basicamente, as mesmas diretrizes traçadas pelo modelo alemão, com a possibilidade de nomeação de um procurador para tratar das vontades do testador a respeito do tratamento médico, caso este fique impossibilitado de manifestar a sua própria vontade.

#### **2.4.4 Testamento Vital no Uruguai**

Somente a título de argumentação, o Uruguai foi um dos primeiros países do mundo a aprovar uma legislação específica sobre eutanásia no ano de 1934, possuindo, pois, uma leitura avançada e inovadora nas questões relativas à vida e sua disponibilidade.

Em 17 de março de 2009 aprovou a lei 18.473, que dispõe que toda pessoa maior de idade e psiquicamente apta, de forma voluntária, consciente e livre, tem direito de expressar antecipadamente sua vontade no sentido de não se submeter a futuros tratamentos ou procedimentos médicos que prolonguem sua vida em detrimento da qualidade da mesma, caso se encontre enferma em razão de patologia terminal, incurável e irreversível.

A mencionada lei, ao mesmo tempo que possibilita o doente se valer dos cuidados paliativos, é inovadora ao permitir que a pessoa também possa manifestar sua vontade no sentido de que não se opõe a aplicação de tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem sua vida, mesmo em detrimento da qualidade desta.

Ainda: constatado caso de aplicação da lei 18.473/2009, uma equipe médica deverá primeiramente comunicar o fato à Comissão de Bioética da instituição hospitalar que tem

o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para decidir pela realização ou não do pedido, ressaltando-se que, se não houver pronunciamento da Comissão dentro deste prazo, considera-se tacitamente aprovada a suspensão do tratamento.

Por fim, consta da referida lei, determinação dirigida às instituições públicas e privadas de prestação de serviço de saúde, no sentido de que deverão garantir o cumprimento da vontade do paciente.

#### 2.4.5 Testamento Vital e o Panorama Brasileiro

Tendo em vista que a matéria, até o presente momento, não fora positivada, deve, o intérprete do Direito e os profissionais da área da saúde sopesarem os princípios colocados em questão (direito a vida e dignidade da vida e morte).

Pelo Código de Ética médica vigente desde 13 de abril de 2010, o médico, diante das situações clínicas irreversíveis e terminais, deve evitar a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários, bem como deve propiciar aos pacientes sob sua atenção os cuidados paliativos apropriados (CÓDIGO..., 2010)<sup>21</sup>.

No mesmo código, em seu artigo 41, ao médico é vedado abreviar a vida do paciente ainda que a pedido deste (CÓDIGO..., 2010)<sup>22</sup>.

Muito embora haja disposições em normas éticas (e até em lei estadual do Estado de São Paulo) sobre a autonomia da vontade do paciente e, com relação ao dever do médico de observar a vontade do doente, a Resolução 1.995/2012 (RESOLUÇÃO..., 2012, *online*)<sup>23</sup> do Conselho Federal de Medicina foi inovadora e introduziu, oficialmente, o

---

<sup>21</sup> **Código de Ética Médica. Capítulo I (Princípios fundamentais). XXII** – Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção os cuidados paliativos apropriados. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)

<sup>22</sup> **Capítulo V** (Relação com pacientes e familiares). É vedado ao médico – **Art. 41**. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122)

<sup>23</sup> **Resolução nº 1995/2012** - 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. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas

testamento vital (diretrizes antecipadas de vontade) na pauta de discussões da bioética e biodireito brasileiros, resolução esta a qual serão mencionados os principais tópicos.

A presente resolução dá conta de que poderão declarar previamente a sua vontade os pacientes capazes de se manifestar livre e autonomamente, conscientes dos seus atos e dos possíveis resultados que dele poderão advir, bem como de haver a possibilidade um procurador agir em nome do paciente.

De acordo com o texto do Conselho Federal de Medicina (2012, *online*), o testamento vital (ou diretrizes antecipadas de vontade) tem efeito *erga omnes*, devendo os familiares e, principalmente os profissionais da área da saúde, mais precisamente, o médico, obedecerem o tanto quanto disposto, estes últimos sob pena de infração ética, conforme vimos.

Assim, a vontade do paciente é soberana, podendo sofrer modificações enquanto este estiver lúcido para tanto.

O médico responsável pelo paciente, ciente da vontade antecipada declarada por ele, deve registrá-la no prontuário, isto para sua proteção em eventual discordância com os familiares e/ou responsabilização com implicações jurídicas.

Assim, diante do exposto, a resolução apontada, embora seja a única disciplina normativa acerca do assunto, ainda que não positivada, vincula a classe médica e sofre limitações decorrentes por conta de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse ínterim, houve questionamento da constitucionalidade dessa resolução por meio da Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500, em que se teve por decidido que

---

antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

diante do vazio legislativo, o testamento vital não encontra vedação no ordenamento jurídico brasileiro.

O Conselho Nacional de Justiça (editou em maio de 2014 o Enunciado nº 37 na I Jornada de Direito da Saúde, no qual dispõe que

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Da mesma forma, tem-se o Enunciado nº 527 da V Jornada de Direito Civil:

É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado 'testamento vital', em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar sua vontade.

No mesmo sentido, o Enunciado nº 533 da VI Jornada de Direito Civil dispõe:

O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

Porém, muito embora se tenha entendido pela constitucionalidade da resolução do Conselho Federal de Medicina, o testamento vital carece de respaldo jurídico, posto que, como dito anteriormente, não regulamentado por legislação própria, sendo, portanto, assunto de árduas discussões tanto na área do direito privado quanto em outras áreas do Direito, como o biodireito (e a bioética) inserido no contexto dos direitos difusos e coletivos.

## **2.5 Testamento Vital: instrumento para viabilizar vida e morte dignas em pacientes terminais**

Não há como se olvidar que a vida humana é um valor que deve ser defendido por todos, porém, como até então afirmado, há situações em que o direito à vida deve ser conjugado com o princípio da dignidade humana de viver e, por conseguinte, de morrer.

É certo que a vida não deve se resumir apenas a seu caráter biológico, devendo integrar os elementos psíquicos e espirituais de cada pessoa, sendo que a concepção do direito à vida deve se dar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o que, vale igualmente, para o momento da morte na situação do paciente em fase terminal.

Nesse interim, quando se fala em testamento vital como expressão do direito de morrer dignamente, não significa negar a própria vida.

A defesa sempre será pela vida com dignidade, mas, quando esta não se apresenta mais em condições dignas de sua continuidade, deve-se investir nos cuidados com a hora da morte (cuidados paliativos), visando abrandar o sofrimento do paciente e seus familiares.

Diante da situação de irreversibilidade do quadro terminal, há que ser ponderado o direito à vida a qualquer custo, pois que já não presente a dignidade de viver, e, desta forma, cabe a preocupação com a dignidade de morrer, posto que, como apresentado neste trabalho, a morte é um processo que faz parte da vida e, se é garantido o direito à vida digna, garante-se, por conseguinte, o direito à morte digna, o que implica no cuidado e respeito com o paciente terminal em seus últimos momentos.

Cumprindo por fim esclarecer que o testamento vital, muito embora disponha sobre os últimos momentos de vida de um paciente terminal, pode ser feito por uma pessoa que não esteja doente, visando assegurar que se respeite sua vontade no momento em que não mais poderá manifestá-la, tendo-se em conta a certeza da morte iminente, com a finalidade de se assegurar a dignidade do restante de sua vida, garantindo-se, assim, uma passagem à morte do mesmo modo, digna.

O escopo deste trabalho, como já ratificado, não é discutir a validade jurídica do testamento vital no ordenamento brasileiro, mas apresentá-lo, como instrumento, já aceito em diversos outros ordenamentos, que visa assegurar o respeito à dignidade da vida e da morte diante da terminalidade, ocasião em que devem prevalecer o respeito e o cuidado com a qualidade de vida restante do paciente, em detrimento do tratamento da cura a qualquer custo.

Dessa maneira, é que entendemos que o testamento vital tem a finalidade de assegurar a manifestação pela escolha por uma morte digna, priorizando o fundamento da dignidade da pessoa humana contido na Constituição brasileira (BRASIL, 1988) e previsto no preâmbulo e artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (ASSEMBLEIA [...], S/D<sup>24</sup>).

---

<sup>24</sup> [http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)

## Conclusão

Longe de trazer respostas, deve-se ter em mente a certeza de que o campo da bioética e do biodireito continua aberto; a cada dia novas questões são trazidas à debate, demandando constante estudo.

Nesse ínterim, na atualidade somos “bombardeados” por inovações biotecnológicas, com relação à terapêutica e às várias possibilidades de intervenção nos processos da vida humana.

Diante do cenário atual, mister se faz garantir que o Direito, conjuntamente com a Ciência em geral, possa enfrentar e harmonizar os conflitos decorrentes do avanço biotecnológico, de modo que a atividade científica possa desenvolver-se naturalmente e que possa fazer o que é moralmente desejável.

Assim, no presente trabalho discorreu-se sobre os direitos humanos e suas gerações, esclarecendo que a bioética (e, por conseguinte, o biodireito) se trata de quarta geração (ou dimensão).

Nesse contexto, observou-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esta entendida como uma característica intrínseca ao próprio ser humano e, protegida na ordem jurídica nacional e internacional.

Ressaltou-se que da mesma forma que se deve buscar, incansavelmente, a dignidade de viver, em casos de pacientes terminais, em que a morte é certa e iminente, deve-se, igualmente, proteger a dignidade de morrer, processo que encerra a vida.

Assim, entende-se que, se durante todo o desenvolvimento da pessoa foi garantida a dignidade, deve-se ter em vista que ao término da vida, ela também deve ser observada, sob pena de violação desta garantia.

Por conseguinte, o presente trabalho conclui que os profissionais da área da saúde devem ser “humanos” quanto à delicadeza da terminalidade da vida, buscando tratar o doente, e não a doença, considerando-o como pessoa, e não como instrumento de uma terapêutica invasiva.

Nesse contexto diferenciaram-se os institutos da eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia, este último termo em que se insere a figura do testamento vital.

A fim de contextualizar o testamento vital e ligá-lo ao princípio da dignidade, verificou-se o que se entende por terminalidade e cuidados paliativos, termos deveras importantes quando se trata de morte iminente e dignidade de morrer.

Dessa forma, conceituou-se testamento vital como sendo a expressão de vontade de uma pessoa visando determinar o tratamento de que deseja receber se portador de uma doença terminal ou de moléstia grave em progressão sem qualquer possibilidade de reversão, cujo fim inevitável é a morte.

Diante deste conceito, trouxemos os princípios da bioética atinentes ao tema, como a beneficência, não-maleficência, autonomia da vontade e consentimento informado, bem como uma visão geral do testamento vital em alguns países que já o aceitam e em que é normatizado.

De outro lado, colocou-se que no Brasil, a questão do testamento vital não fora regulamentada juridicamente, tendo a Resolução nº 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, sido inovadora no sentido de trazer a discussão para o campo da bioética e do biodireito e, muito embora tenha sua constitucionalidade garantida, por enquanto, só vincula os familiares e o médico em relação a vontade do paciente. É necessário, pois, que haja um regramento próprio ao testamento vital como sinônimo de que fora aceito pela comunidade jurídica.

Por fim, conclui-se que o escopo do presente trabalho fora apresentar o testamento vital (ou declaração prévia de vontade) como um instrumento, já aceito por diversos países, que se presta a garantir a continuidade/manutenção, ainda que por tempo determinado, de uma vida digna, bem como se constate como direito igualmente amparado à uma morte digna, preservando-se, ainda que em curto tempo, a qualidade de vida, e, considerando sempre que, a partir do momento em que não há mais meios para reverter o quadro de morte, deve-se investir na qualidade do restante da vida, bem como em assegurar que a morte ocorra de modo mais natural e menos doloroso para o paciente e os que lhe são próximos.

## Bibliografia

AITH, Fernando. **Morte Digna: Direito Natural do Ser Humano**. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/80048/83947>>. Acesso em 12 abr 2015.

ASSEMBLEIA Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso em 10 jun 2015.

BARCFontaine, Christian de Paul. *Bioética e início da vida*. In **Dignidade da vida humana**. Alfredo Domingues Barbosa Migliore et al (coordenadores). São Paulo: LTr, 2010.

BIFULCO, Vera Anita; FERNANDES JUNIOR, Hezio Jardim; BARBOSA, Alessandra Bigal (coordenadores). **Câncer: uma visão multiprofissional**. Barueri: Minha Editora, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. **Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.283-305.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988. **Constituição da República Federativa de 1988**. 1988.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução nº1995/2012. Brasília, 9 ago.2012. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf) >. Acesso em 10 de março de 2015.

BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 2009. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> >. Acesso em 20 de março de 2015.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; PIMENTA, Waldemar J. D. *Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias?* Disponível em: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 32, ago 2006. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1231](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231). Acesso em 17 maio 2015.

**CÓDIGO PENAL**. Vade Mecum OAB e concursos / obra coletiva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

**CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA**, 2010. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=category&id=9&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122) . Consulta em 20 de ago de 2015.

**CONVENIO SOBRE LOS** Derechos Humanos y la Biomedicina. [S/L; S/D]. Disponível em: <http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf> Acesso em 21 de jul de 2015.

**I JORNADA DE Direito da Saúde**. Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SA%C3%A9DE.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SA%C3%A9DE.pdf). Acesso em 18 de ago de 2015.

**VI JORNADA DE Direito Civil.** Conselho Nacional de Justiça, 2013, Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view> Acesso em 18 de ago de 2015.

**V JORNADA DE Direito Civil.** Conselho Nacional de Justiça, 2012, Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf> . Acesso em 18 de ago de 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 9. ed. rev., aum. e atualizada com o código de ética médica. São Paulo:Saraiva, 2014.

DIRETIVAS Antecipadas de vontade. Disponível em <http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>. Acesso em 10 maio 2015.

FERREIRA, Carolina Sousa de Araujo e MARTINS, Camila Araújo. **O testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro e direito comparado.** Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/o-testamento-vital-no-ordenamento-juridico-brasileiro/129867/>>. Acesso em 30 mar 2015.

LEÃO, Thales Prestrêlo Valadares. Testamento vital: direito de morrer naturalmente. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3626, 5 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24638>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA. Manual de Direitos Humanos. 3ª ed. São Paulo:Atlas, 2014.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa; SCQUALQUETE, Ana Claudia; LIMA, Cíntia Rosa Pereira, BERGENSTEIN, Gilberto (coordenadores). **Dignidade da Vida Humana.** São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.who.int/en/>> Acesso em 18 de ago de 2015

PESSINI, Léo. *Vida e morte: uma questão de dignidade.* In: **Dignidade da vida humana.** Alfredo Domingues Barbosa Migliore .et al (coordenadores). São Paulo: LTr, 2010.

PIOVESAN, Flavia. Temas de Direitos Humanos. 8ª ed. São Paulo:Saraiva, 2015.

REIS, Milena dos; BIFULCO, Vera Anita. *Planejando o futuro: como os cuidados paliativos podem ajudar o paciente com câncer* In: FERNANDES JÚNIOR, Hezio Jadir. et al **Câncer, uma visão multiprofissional.** Barueri: Minha Editora, 2010.

RESOLUÇÃO CONSELHO FEDERAL de Medicina nº 1.995, de 09 de agosto de 2012. Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf), acesso em 08 de jul de 2015.

ROCHA, Andréia Ribeiro; BUONICORE Giovana Palmieri; SILVA, Anelise Crippa, PITHAN, Lívia Haygert; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. Declaração Prévia de vontade do paciente terminal: Reflexão Bioética. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/790/859](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/790/859)>. Acesso em 01 de abr de 2015.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal**. 1ª ed (ano 2010), 2ª reimp/Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Thiago do Amaral. **Testamento vital como instrumento assecuratório do direito a morte digna**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14219](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219). Acesso em 01 abr 2015.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Sociedade: Desafios da Dignidade Humana. Disponível em <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-desafios-da-dignidade-humana>. Acesso em 14 de abr de 2015

SCQUALQUETE, Ana Claudia Silva. Sistema constitucional das crises. Os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2004.