

CURSO DE DIREITO

Guilherme Soares dos Santos

TESTAMENTO VITAL E DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE

Capão da Canoa

2016

Guilherme Soares dos Santos

TESTAMENTO VITAL E DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como condição para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dra. Karina Meneghetti Brendler.
Prof. Dr. João Miguel Back

2016

**TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO
PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, considero o Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Guilherme Soares dos Santos, adequado para ser inserido na pauta semestral para defesa de Monografia do Curso de Direito.

Capão da Canoa, junho de 2016.

Guilherme Soares dos Santos

Acadêmico

Prof. Karina Meneghetti Brendler

Orientadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, e acima de tudo, agradeço a minha família, que me deu apoio, a auxílio na confecção deste trabalho. Que me aconselhou e se dispôs em todos os momentos a me ajudar e a manter o foco para que fosse feito o melhor trabalho possível.

Aos meus amigos do Topicaço, Zeyla Bonaldo, Willlian Garcia (uruga), Gustavo Oliveira (xarope) e Gabriel Falcão (mike), que me deram força e me auxiliaram também na confecção deste trabalho, ajudando também a manter o foco e dando conselhos nas madrugadas, e que também me ajudaram a ficar em casa finais de semana para que fosse elaborado o melhor trabalho de conclusão possível.

Ao meu amigo Igor Vendrusculo que, sabendo das dificuldades que o tempo me impôs, ajudou de todas as formas nas madrugadas para deixar meu trabalho em ordem, fornecendo inclusive café para que eu pudesse manter o foco no trabalho.

Aos meus demais amigos de modo geral que me ajudaram com mensagens de apoio, não me deixando desistir deste tema que é pouco conhecido, inclusive me auxiliando com materiais para a confecção deste.

Por último, mas não menos importante, a minha orientadora Karina Meneghetti Brendler que dispôs tempo e material para a conclusão desta monografia tem, através deste, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

A bioética é matéria de extrema importância e pouco abordada no âmbito judicial. A evolução da medicina tem obrigado as demais disciplinas a evoluírem, principalmente o direito, que vem para dar respaldo e até para normatizar diversas medidas tomadas, baseadas todas nesse grande avanço tecnológico. O direito tem papel fundamental para que esse avanço da medicina possa ser totalmente usufruído de forma legal. Nesta linha de raciocínio, é importante que seja garantida a vontade do paciente, ou seja, o seu poder de autonomia nas decisões referentes a tratamentos médicos futuros que lhe serão impostos. O presente trabalho pretende analisar e entender a importância do testamento vital, mesmo que este não tenha legislação específica. O Testamento Vital vem com intuito de dar maior respaldo e justiça no que tange a autonomia do paciente, bem como para que o ser humano não seja obrigado a se submeter a algum tipo de tratamento futuro que possa lhe causar maior sofrimento. A evolução da medicina tornou necessária a evolução do poder judiciário brasileiro, que passa a decisões judiciais baseando-se na bioética e observando os requisitos de validação das diretivas antecipadas da vontade dos pacientes que sofrem de alguma doença terminal. O método de pesquisa utilizado nesta investigação foi o hipotético-dedutivo, o qual mescla um estudo prévio do assunto, com o qual se formula uma hipótese, com a busca de embasamento, através do processo dedutivo, para a concretização do referido pensamento.

Palavras-chave: Bioética. Diretivas antecipadas da vontade. Testamento Vital.

ABSTRACT

Bioethics is a matter of extreme importance and little addressed in the judicial level. The evolution of medicine has compelled the other disciplines to evolve, especially the right, who came to give support and even to regulate various measures taken, all based on this technological breakthrough. The right has a fundamental role for this medical breakthrough can be fully enjoyed in the formal legal. In this line of thought, it is important to be guaranteed the patient's will, in other words, its power autonomy in decisions regarding future medical treatments that will be imposed. The present work aims to analyze and understand the importance of the living will, even if it has no specific legislation about. The living will is with the purpose of give greater support and justice with respect for patient autonomy, and that the human being is not required to undergo some kind of future treatment that can cause you greater suffering. The advances of the medicine has required the evolution of the Brazilian judiciary, that pass judgments based on the bioethics and observing the validation requirements of advance directives of the will of patients suffering from some terminal disease. The research method used in this research was the hypothetical-deductive, which merges a previous study of the subject, with which formulates a hypothesis, with the search for foundation through deductive process, for the realization of that thought.

Keywords: Bioethics. advance directives of will. Living will.

.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	BIOÉTICA E DIREITO.....	09
2.1	Princípios Bioéticos	11
2.2	A Medicina, o Direito e o dever de esclarecimento e consentimento	14
2.3	Suicídio assistido, distanásia, ortotanásia, eutanásia.....	15
3.	OS TESTAMENTOS E O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	20
3.1	O testamento vital.....	24
3.2	Surgimento do testamento vital.....	26
3.3	Os requisitos para o testamento vital.....	26
3.4	Prazo de validade do testamento vital.....	27
3.5	Eficácia do testamento vital.....	28
3.6	O testamento vital e sua validade no Brasil.....	29
3.7	O testamento vital no exterior.....	30
4	ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O TESTAMENTO VITAL.....	36
4.1	Nova Resolução do Conselho Federal de Medicina.....	40
4.2	Jurisprudência brasileira acerca das diretivas antecipadas da vontade.....	42
4.2.1	Conselho Nacional de Justiça.....	45
4.2.2	Proposta legislativa.....	46
4.3	Os pressupostos das diretivas antecipadas da vontade.....	48
4.4	Das declarações prévias da vontade.....	49
5	CONCLUSÃO.....	51

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar a importância da bioética e com ela o avanço da medicina, trazendo à tona um tema pouco conhecido, o testamento vital, as diretivas antecipadas da vontade, e assim procurar estudar também a importância deste testamento no ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo desta monografia abordou-se que a bioética é tema pouco abordado no ordenamento jurídico pátrio, e por muitas vezes desconhecido ou até esquecido para maioria das pessoas. Diante de um quadro de extrema evolução na medicina, a bioética vem como um avanço do direito, para dar respaldo a matérias de extrema importância. Salienta-se também a importância de um ordenamento jurídico atualizado a fim de regularizar algumas matérias, nesse grande avanço tecnológico da medicina em que se vive.

O presente estudo pretende focar também na grande importância da relação entre médico e paciente, dando ênfase à vontade do paciente. Destaca-se que a autonomia do paciente deve sempre ser respeitada. Cumpre salientar a falta de leis específicas acerca deste tema, sendo necessária uma grande observação das resoluções e diretivas do Conselho Federal de Medicina, passando também por documentos que dão respaldo a vontade do paciente quando esse não puder mais expressá-las.

O segundo capítulo dedicou-se a verificar como o testamento vital tem grande importância para muitos países, o presente estudo pretende também comparar a aplicação deste testamento no ordenamento jurídico externo, e a sua aplicação no Brasil, passando também por sua parte histórica, tendo como seu primeiro registro nos Estados Unidos, onde ficou conhecido como *living will* .

O testamento vital no exterior apresenta alguns requisitos, que são seguidos no âmbito jurídico brasileiro. Ocorre que no Brasil ainda não há uma lei específica, em relação às diretivas antecipadas da vontade. Sendo assim o testamento vital que é um documento redigido por um paciente com doença terminal, ainda em gozo de suas faculdades mentais, descreve neste documento, que se recusa a submeter-se a algum tipo de tratamento com o intuito de prolongar sua vida.

E, finalmente no terceiro capítulo, abordou-se que no Brasil já há decisões fundamentadas em cima das resoluções de Código Federal de Medicina, bem como sendo respeitados os requisitos necessários para a confecção de um testamento vital.

É necessário um estudo mais aprofundado do tema, uma vez que algumas decisões judiciais confundem ainda o testamento vital, com o simples direito de recusa a algum tipo de tratamento do paciente. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, o qual mescla um estudo prévio do assunto, com o qual se formula uma hipótese, com a busca de embasamento, através do processo dedutivo, para a concretização do referido pensamento.

2 BIOÉTICA E DIREITO

A bioética é uma matéria que sofre influência de várias áreas, como por exemplo, Sociologia, Biologia, Medicina, Psicologia, Teologia, Direito. A bioética nasce junto com o grande avanço tecnológico principalmente na área da medicina e da biologia, tendo como sua principal referência e maior ponto a ser respeitado, a dignidade ética e moral do ser vivo, sendo a dignidade da pessoa humana o ponto principal da bioética, pode-se concluir que a bioética vem com a grande tarefa de acompanhar o avanço da medicina, uma vez que o direito necessariamente precisa acompanhar essa evolução para normatizar e regularizar as grandes descobertas médicas.

A palavra 'bioética' designa um conjunto de pesquisas, de discursos e práticas, via de regra pluridisciplinares, que têm por objeto esclarecer e resolver questões éticas suscitadas pelos avanços e a aplicação das tecnociências biomédicas. (...) A rigor, a bioética não é nem uma disciplina, nem uma ciência, nem uma nova ética, pois sua prática e seu discurso se situam na interseção entre várias tecnociências (em particular, a medicina e a biologia, com suas múltiplas especializações); ciências humanas (sociologia, psicologia, politologia, psicanálise...) e disciplinas que não são propriamente ciências: a ética, para começar; o direito e, de maneira geral, a filosofia e a teologia. (...) A complexidade da bioética é, de fato, tríplice. Em primeiro lugar, está na encruzilhada entre um grande número de disciplinas. Em segundo lugar, o espaço de encontro, mais o menos conflitivo, de ideologias, morais, religiões, filosofias. Por fim, ela é um lugar de importantes embates (enjeux) para uma multidão de grupos de interesses e de poderes constitutivos da sociedade civil: associação de pacientes; corpo médico; defensores dos animais; associações paramédicas; grupos ecologistas; agrobusiness; indústrias farmacêuticas e de tecnologias médicas; bioindústria em geral.¹

O precursor da bioética foi o mundialmente conhecido Van Rensselaer Potter um bioquímico norte americano que, professor de oncologia na Universidade de Wisconsin-Madison. Potter buscava integrar numa mesma ciência os valores éticos, humanos, biológicos e ecológicos, nascendo então o termo bioética.

Eu proponho o termo Bioética como forma de enfatizar os dois componentes mais importantes para se atingir uma nova sabedoria, que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos.²

¹ HOTTOIS, G. SCHRAMM, F. R.;e BRAZ, M. Introdução à Bioética; Disponível em <<http://www.ghente.org/bioetica>>. Acesso em 18 mai. 2016.

² POTTER V.R.;, SCHRAMM, F. R.;e BRAZ, M.; Introdução a Bioética. Disponível em <<http://www.ghente.org/bioetica>>. Acesso em 18 mai. 2016.

A bioética surgiu na década de 70, sendo apenas um reflexo dos avanços tecnológicos da ciência, principalmente da medicina, destaca-se que os avanços e incentivo nos estudos da bioética se dão de alguns acontecimentos históricos, como os experimentos que eram feitos com humanos na época do Nazismo.

Segundo Potter, a bioética passou por três estágios. A primeira delas foi a bioética ponte, que nada mais era do que uma ponte que ligava dois temas que jamais haviam se comunicado ou caminhado juntos, a ciência e a humanidades, ou seja, uma ponte que ligasse as ciências biológicas e a ética. A segunda fase foi denominada por Potter como Bioética Global, onde pode-se dizer que foi considerado a bioética como um sistema ético global, sendo utilizada a bioética ponte também para unir a ética médica com a ética ambiental. A terceira fase da bioética surge através de alguns dilemas que foram surgindo ao passar do tempo em relação às próprias éticas em geral, e Potter chegou a conclusão de que uma ponte que ligasse apenas a ética médica e a ética ambiental, não seria o suficiente. A terceira fase da bioética é caracterizada como uma nova ciência ética, que simplesmente englobava a humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural e que potencializa o senso de humanidade.³

O direito sempre buscou normas e regras para regular o comportamento das pessoas e o convívio entre elas. O Estado em si impõe diversas normas para controlar o comportamento e a conduta das pessoas entre si e perante o próprio Estado.

Ocorre que muitas vezes o direito não se adapta rapidamente aos fatos do momento, por este motivo muitas vezes algumas situações novas, não encontram algum tipo de norma na esfera jurídica, existindo as tão conhecidas e citadas lacunas no direito. Isso vem ocorrendo atualmente, com os avanços tecnológicos na parte médica e biológica, podendo ser citado vários casos, mas um dos casos que talvez tenha mais chamado a atenção foi a clonagem da ovelha Dolly, na Escócia.

Salienta-se que por mais que não se tenha regulamentações jurídicas específicas acerca dos temas até aqui narrados, a bioética encontra respaldo em alguns ramos do direito, como no Direito Constitucional, no Direito Penal e no Direito Civil.

³ BORBA M. N.; HOSSNE W. S.; Bioética e Direito: biodireito? Implicações epistemológicas da bioética no direito. Disponível em <<http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/78/Art04.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2016.

Sempre que for necessária alguma medida judicial referente ao avanço tecnológico da medicina e biologia entre outras, poderá basear suas decisões nos princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do corpo humano e direito absoluto à vida.

Talvez o Direito Civil seja o que mais tem relação com a bioética, especialmente na área do direito de família, tendo como maior exemplo as questões da reprodução artificial.

O Direito Penal também tem uma grande relação com a bioética, na questão da responsabilização e penalização de alguns casos, como por exemplo os óvulos que não são utilizados na reprodução artificial.

2.1 Princípios bioéticos

A bioética surgiu com um grande papel no meio social e também no meio jurídico, e desde o seu surgimento, incorporou quatro princípios: a beneficência, a não-maleficência, a justiça e a autonomia.

A beneficência é também conhecida como a bioética do bem. Ela tem como características, a necessidade de se estipular o que é o chamado bem para o paciente, a não aceitação do paternalismo na beneficência médica, e a talvez a mais importante das características, que é a autonomia do paciente em decidir o que é melhor para si mesmo, ou seja, qual tipo de tratamento será melhor para sua pessoa e por fim a utilização da justiça, que na parte da saúde fica concretizada na simples disponibilização desta área para todos da sociedade, a chamada equidade, que garante a prioridade dos mais excluídos da sociedade em usufruir da saúde fornecida pelo governo. ⁴

O princípio da beneficência nada mais é do que fazer o bem para o outro, Segundo José Roberto Goldim:

O Princípio da Beneficência é o que estabelece que devemos fazer o bem aos outros, independentemente de desejá-lo ou não. É importante distinguir estes três conceitos. Beneficência é fazer o bem, Benevolência é desejar o bem e Benemerência é merecer o bem.⁵

⁴ HERRERA, P. A. *Suicídio assistido no direito brasileiro*: Aspectos gerais. Disponível em: <<http://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/185634010/suicidio-assistido-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 20 mai. 2016.

⁵ GOLDIM J. R. *Princípio da beneficência*: Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/benefic.htm>>. Acesso em 20 mai. 2016.

A autonomia é o poder que o paciente tem em junto com o médico decidir, quais tratamentos aplicar, quais métodos quer que sejam usados para assim tratar de sua patologia, uma vez que todas as intervenções menos as de urgência, devem ter o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Destaca-se que o médico tem papel fundamental neste momento, pois serve também para sanar todas as dúvidas dos pacientes.

Sendo assim fica evidente que a autonomia, que é o poder do paciente em consentir com o tratamento, caminha junto com a beneficência, que é um dever do médico. Claro que para essa decisão do paciente sempre deve ser observado sua capacidade, uma vez que se o paciente sofrer de algum tipo de limitação mental, a decisão ficará por conta de seu representante legal⁶

Sendo a autonomia do paciente, desrespeitado, pode-se considerar que está sendo violado um direito ético e legal do paciente.

Para Norberto Bobbio,

[...] os direitos nascem quando aumenta o poder do homem sobre o homem que acompanha inevitavelmente o processo tecnológico (a capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens) - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências⁷.

O art. 5, inciso II, da constituição da República Federativa do Brasil já afirma também o poder da autonomia das pessoas perante quaisquer tipos de decisões: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

O princípio da autonomia está consagrado também no Código Civil e no Código Penal. A questão da responsabilidade civil do médico se configura junto ao princípio da obrigação da reparação do dano, que está transcrito junto ao art. 186 do Código Civil, e também junto ao art. 927 do Código Civil, que diz que:

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁶ JOSE, G. F. D. *O princípio da beneficência na responsabilidade civil do médico*. Disponível em <http://www.ibemol.com.br/sodime/artigos/BIOETICA_DIREITO_MEDICO.htm>. Acesso em 20 mai. 2016.

⁷ BOBBIO, N. *A Era Dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus,1992.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁸

O princípio da não-maleficência tem como regra principal que o médico deve sempre causar o menor prejuízo a saúde de seu paciente, para que depois possa começar o tratamento para melhorar a saúde deste. Sendo assim deve sempre ser observada uma forma de primeiro não prejudicar, pois a finalidade é reduzir o sofrimento dos pacientes.⁹

O princípio da justiça tem como maior ponto a equidade, ou seja, o médico tem a obrigação ética de tratar cada paciente da mesma forma, e do melhor jeito possível. O profissional deve deixar de lado aspectos sociais, culturais religiosos financeiros, ou qualquer outro tipo de aspecto que possa de alguma forma dar privilégios para algumas pessoas. Daisy Gogliano, já versava que o médico deve sempre respeitar a dignidade da pessoa humana, acima de qualquer outro tipo de princípio.¹⁰

[...] toda e qualquer terapêutica médica tem por fundamento e por pressuposto o respeito à dignidade humana, na tutela de direitos privados da personalidade e na relação médico-paciente, em que sobreleva o direito ao respeito da vontade do paciente sobre o tratamento; o direito do doente ou enfermo à dignidade e à integridade (físico-psíquica); o direito a informação que se deve fundar no consentimento esclarecido; o direito à cura apropriada e adequada; o direito de não sofrer inutilmente, na proporcionalidade dos meios a serem empregados, na diferenciação que se impõe entre terapêutica ineficaz e terapêutica fútil, isto é, na utilização de uma terapia racional e vantajosa, que não conduza a uma terapia violenta e indigna¹¹

Fica claro que o desejo do paciente sempre deve ser respeitado, mas em primeiro lugar o médico tem a obrigação de submeter o melhor tratamento para o paciente, independente de quaisquer outros fatores, deverá primeiramente utilizar de tratamento que não vão agravar o estado atual da pessoa, e em segundo lugar tentar o melhor tipo de tratamento para o paciente. Muito importante também sempre haver

⁸ BRASIL. *Código Civil Lei Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002*, artigo 186, 927.

⁹ ENGELHARDT H. T. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 156-160.

¹⁰ CONSELHO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE CIÊNCIAS MÉDICAS. *Diretrizes éticas internacionais para a pesquisa biomédica em seres humanos*. São Paulo. Centro universitário São Camilo. Loyola, 1998, p. 27-29.

¹¹ GOGLIANO, D. *Manual de ética em ginecologia e obstetrícia: Princípios bioéticos*. São Paulo: CREMESP. Site do CREMESP: Conselho regional de medicina do Estado de São Paulo. Disponível em <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53>. Acesso em 18 mai.2016.

uma comunicação entre estes dois, médico e paciente, para assim inclusive evitar problemas futuros como ações judiciais de cunho indenizatório.

2.2 A medicina, o direito e o dever de esclarecimento e consentimento

Com o grande avanço na medicina, não foi só o contexto médico que teve que se adaptar, a parte jurídica também teve que acompanhar essa evolução, pois muitas vezes deve o ordenamento jurídico caminhar junto com a evolução da medicina, até mesmo para regular o direito de cada pessoa para com sua própria vida. Pelo fato de muitas vezes o ordenamento jurídico atual, não conseguir solucionar alguns problemas que envolvam a medicina, são sempre criadas normas para facilitar e solucionar os conflitos referentes ao avanço da própria medicina.

Cabe destacar-se que mesmo com grandes avanços da medicina e do direito conseqüentemente, deve sempre ser respeitada a dignidade da pessoa humana, transcrito no art. 1º, III da Constituição Federal.

Art. 1º 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.¹²

Uma vez que mesmo que a pessoa com todo o avanço médico tenha o poder e a possibilidade de tomar decisões sobre si mesmo e sobre outros, como é o caso da relação entre médico e paciente, deverá sempre ser respeitando a dignidade da pessoa humana.

É claro e evidente que atualmente vem aumentando muito o número de ações indenizatórias de paciente e seus familiares contra médicos, e muitas dessas ações só existem pela grande falta de comunicação entre médicos e pacientes.

Direito a informação está consagrado no artigo 5º, XIV da Constituição Federal, e é tido como decorrente do princípio da boa fé objetiva.

¹² BRASIL. Constituição da Republica Federativa Brasileira de 1988, art. 05 XIV.

O dever de informar tem validade, antes, durante e depois do contrato. As informações a que o fornecedor está obrigado a cumprir devem ser todas verdadeiras, completas, no sentido que deve demonstrar todos os elementos que serão consentidos pela outra parte, clara e eficiente, e deve ser compreensível para o consumidor.¹³

Como o dever à informação visa sempre a informação de forma clara para todos, no sentido do que será feito e como será feito, deverá sempre ser de fácil entendimento para todos, e, em caso de descumprimento deste contrato, imediatamente há a sua ineficácia, como uma das medidas de proteção ao consumidor.¹⁴

O direito a informação é tão importante que caso haja algum dano causado por esta falta de informação ou até mesmo informação defeituosa, o fornecedor deverá indenizar a outra parte independente de culpa. Uma das excludentes dessa responsabilidade, é o risco de desenvolvimento, que nada mais é que a demonstração, após ser fornecido ou dado o produto ou serviço, que este era inadequado ou até mesmo inseguro. Neste caso o fornecedor não irá ser responsabilizado.¹⁵

2.3 Suicídio assistido, distanásia, ortotanásia e eutanásia.

A maioria dos seres humanos não tem o desejo de morrer, mas existem também pessoas que passam por certas situações, em que o sofrimento é tão grande que optam pela própria morte.

Como já citado, o avanço tecnológico da medicina, vem conseguindo prolongar a vida de muitas pessoas. Ocorre que para alguns estar prolongando a vida é também estar prolongando o seu sofrimento. Dificilmente se encontra uma pessoa gozando de plena saúde física e mental que deseja morrer; geralmente a morte é uma escolha de pessoas que estejam sofrendo de doenças terminais, doenças incuráveis, preferindo

¹³ ENGELHARDT, H. T. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 361-366.

¹⁴ CABRAL, F. B. *Reflexões sobre o direito à informação dos pacientes no Brasil e nos Estados Unidos*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/13851/reflexoes-sobre-o-direito-a-informacao-dos-pacientes-no-brasil-e-nos-estados-unidos/1>>. Acesso em 23 mai. 2016.

¹⁵ POLICARPO, S. N. *O risco de desenvolvimento e a responsabilidade do fornecedor*. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12402>. Acesso em 23 mai. 2016.

sua própria morte ao ter q viver em função de aparelhos ou qualquer outro meio artificial.

Deste modo o suicídio assistido separa em uma linha muito tênue, as questões do ordenamento jurídico, uma vez que deve se respeitar e saber equilibrar, o direito a vida e a morte de cada pessoa, devendo ser levado em consideração o direito a proteção da vida, que é a prioridade, mas também levando em consideração o direito a dignidade da pessoa humana, uma vez que prevê que deve-se suspender qualquer tipo de procedimento que vá prolongar a vida de uma pessoa mas de forma agonizante.

O suicídio assistido ocorre quando alguém que quer tirar sua própria vida, não consegue fazer isto sozinha, e assim pede auxilio para outra pessoa. De qualquer modo a pessoa que auxilia no suicídio compactua com a vontade da vítima de se matar.

Qualquer pessoa pode auxiliar no suicídio assistido, basta encorajar ou possibilitar, seja alcançando-lhe algum tipo de droga ou qualquer outro meio que possa causar a morte de uma pessoa.

O suicídio assistido, embora seja cometido pela própria vítima é considerado crime no Brasil, pois a solicitação ou até mesmo o consentimento do ofendido não afastam a ilicitude da conduta.

Desde o ano de 1997 nos Estados Unidos, mais precisamente no estado do Oregon, existe uma lei que possibilita que os habitantes, solicitem o auxilio para se suicidar. Outro país que também permite este tipo de procedimento é a Suíça, onde não é necessário que um médico faça o auxilio, bem como também não é necessário que a vítima esteja em estado terminal.¹⁶

A distanásia por sua vez, é o prolongamento do processo de morte através de todos e quaisquer tipos de tratamento, com o único intuito de prolongar a vida biológica do paciente, em horas ou até em dias. Visa apenas o prolongamento da vida, podendo até aumentar o sofrimento ta pessoa, mas busca mesmo assim dar mais tempo de vida para o paciente.¹⁷

É também chamada de intensificação terapêutica ou até mesmo como obstinação terapêutica, e se refere sempre ao paciente em estado terminal. Cabe

¹⁶ NICÉSIO, R.G. *Suicídio assistido*. Biomedicina Brasil. Disponível em <<http://www.biomedicinabrasil.com/2011/06/suicidio-assistido.html>>. Acesso em 24 mai. 2016.

¹⁷ GARRAFA, V; PESSINI, L. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 398-400.

destacar também que nesses casos a morte é inevitável. Médicos, paciente e familiar, devem ter em mente que é lícito consentirem em apenas utilizar os meios normais que a medicina oferece, e que a recusa dos meios excepcionais ou até mesmo desproporcionais, não caracteriza algum tipo de suicídio, tampouco uma omissão do profissional.¹⁸

Sendo assim a distanásia caracteriza-se pelo prolongamento da morte do paciente em estado terminal, sendo utilizado qualquer tipo de tratamento, não levando em consideração o sofrimento e agonia que esta pessoa irá passar somente o prolongamento de sua morte.¹⁹

A ortotanásia por sua vez visa apenas aliviar o sofrimento do paciente em estado terminal. Consiste apenas na suspensão de tratamentos que prolonguem a vida deste paciente. Essa suspensão de tratamento, não cura tampouco melhora a enfermidade do paciente. A ortotanásia também é conhecida como eutanásia passiva, ela também adota os procedimentos paliativos, com o único intuito de controlar ou até mesmo amenizar a dor e o sofrimento do enfermo.²⁰

Este procedimento pode ser considerado como o meio termo entre a eutanásia e a distanásia. Ortotanásia segue a ideia da morte certa, não sendo tendo como função prolongar tampouco antecipar a morte do ser humano.

A ortotanásia é a responsável pelos cuidados paliativos do paciente, que nada mais é do que buscar ao máximo amenizar o sofrimento físico e mental do paciente em estado terminal; sendo assim a prioridade é apenas em relação ao bem estar do paciente, uma vez que este já apresenta um quadro irreversível. Sendo assim a morte passa a ser vista como algo natural, enfatizando a aceitação desta condição, buscando apenas a dignidade da pessoa que está em estado terminal, não fazendo a passar por procedimentos que busquem prolongar sua vida e que aumentem o seu sofrimento e agonia.

No Brasil no ano de 2006 foi publicada pelo Conselho Federal de Medicina a resolução número 1.805 que visava regulamentar a ortotanásia. Refere que:

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva

¹⁸ Ibidem, p. 397-399.

¹⁹ Ibidem, p. 397-400.

²⁰ BARCHIFONTAINE, C. P. e PESSANI, L. *Bioética, alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 291-296.

de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal²¹.

O Ministério Público Federal por sua vez apenas no ano de 2010 autorizou o uso do procedimento da ortotanásia sendo ela inserida no novo código de ética médica.

Por fim eutanásia é conhecida como “a boa morte” ou ainda como “a morte sem dor”. A eutanásia sustenta a teoria da direito do doente incurável de pôr termino à vida quando sujeito a intoleráveis sofrimentos físicos ou psíquicos.

Este procedimento é definido pela conduta de tirar a vida de um paciente em estado terminal, visando acabar com o sofrimento deste, e obviamente antecipando sua morte. No Brasil este tipo de conduta poderá ser considerada homicídio, uma vez que é proibida a prática de eutanásia no país.²²

Em alguns países como Holanda e Bélgica é permitida a prática da eutanásia, sempre nos casos em que o paciente está em estado terminal, ou que seja portador de doença incurável. Em alguns outros países os pacientes podem fazer um requerimento que diga que eles não querem que seja feito a tentativa de ressuscitação nos casos de parada crítica dos órgãos. Destaca-se ainda que a eutanásia é o ato pelo qual o paciente expressa sua própria vontade de querer cessar com sua vida ou tentar continuar lutando por ela; obviamente esta decisão deverá ser tomada quando ainda tenha plenas condições de expressar sua vontade.²³

No Brasil a prática deste procedimento é caracterizado como assassinato. Entretanto quando é realizado a pedido da vítima ou visando o alívio do sofrimento deste paciente, a pena deste crime reduz para 3 a 6 anos de reclusão.

Sendo assim, destaca-se que a prática do procedimento da eutanásia é proibida no ordenamento jurídico brasileiro, mas ela visa somente antecipar a morte do paciente de doença terminal ou doença incurável, fazendo com, que este não passe por mais nenhum tipo de tratamento que possa lhe causar algum tipo de sofrimento.

²¹CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006 Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 20 mai. 2016

²² BARCHIFONTAINE, C. P.; PESSINI, L. Bioética, alguns desafios. São Paulo: Loyola, 1998, p. 287-289.

²³ MOLINARI, M. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. Disponível em <<http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>>. Acesso em 25 mai. 2016.

3 OS TESTAMENTOS E O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Muitas pessoas não pensam em sua morte e conseqüentemente não pensam no que pode ocorrer com seu patrimônio após a morte, mas como se sabe, há diversos

tipos de testamentos que servem para demonstrar o caminho dos bens ou herança de uma pessoa que vem a falecer.

Testamento, na definição de Pontes de Miranda, “[...] é o ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos [...]”²⁴

Maria Berenice Dias, define os testamentos como: “[...]é de tal ordem o alcance do princípio da autonomia da vontade que é respeitada mesmo depois da morte[...]”²⁵

São regulados pelo nosso código civil alguns tipos de testamentos; testamento público, testamento particular, testamento cerrado, marítimo e militar.

O testamento público está transcrito nos artigos art. 1864 a 1867 Código Civil:

Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Art. 1.865. Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias.

Art. 1.866. O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.

Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.²⁶

Este testamento deve ser escrito por um tabelião, a escrituração irá ser feita de acordo com o que o testador indicar: o testador irá falar para o tabelião o que escrever do testamento, deverá levar duas testemunhas no dia em que for fazer seu testamento

²⁴ PEDROSO, André. *Falando em Testamento*. In: Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. vl. 56. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 59.

²⁵ Dias, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013 p. 352.

²⁶ BRASIL. *Código Civil brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, artigos 1864, 1865, 1866, 1867.

público, depois do tabelião ler o testamento para o testador e suas testemunhas, todos devem assinar.

Já o testamento cerrado é um documento fechado, quase que secreto. Ele é feito pelo testador, e encontra-se regulado pelos arts.1.868 a 1.875 do Código Civil, os quais afirmam que:

Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;
II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as paginas.

Art. 1.869. O tabelião deve começar o auto de aprovação imediatamente depois da última palavra do testador, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou para ser aprovado na presença das testemunhas; passando a cerrar e coser o instrumento aprovado.

Parágrafo único. Se não houver espaço na última folha do testamento, para início da aprovação, o tabelião aporá nele o seu sinal público, mencionando a circunstância no auto.

Art. 1.870. Se o tabelião tiver escrito o testamento a rogo do testador, poderá, não obstante, aprová-lo.

Art. 1.871. O testamento pode ser escrito em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu rogo.

Art. 1.872. Não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler.

Art. 1.873. Pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.

Art. 1.874. Depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue.

Art. 1.875. Falecido o testador, o testamento será apresentado ao juiz, que o abrirá e o fará registrar, ordenando seja cumprido, se não achar vício externo que o torne eivado de nulidade ou suspeito de falsidade.²⁷

Desta forma, o testamento será escrito pelo testador ou por seu rogo, este testamento deverá ser aprovado pelo tabelião e a aprovação deverá ser feita na frente de duas testemunhas. Após isso o tabelião vai lavrar o auto de aprovação no próprio testamento, e lerá apenas o auto de aprovação. Terminada a leitura todos assinam.

²⁷ BRASIL. *Código Civil brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, artigos 1.868, 1.869, 1.870, 1.871, 1.872, 1.873, 1.874, 1.875.

Já o testamento particular está previsto nos artigos 1876 a 1880 do Código Civil, dispõe:

Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Art. 1.877. Morto o testador, publicar-se-á em juízo o testamento, com citação dos herdeiros legítimos.

Art. 1.878. Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, o testamento será confirmado.

Parágrafo único. Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade.

Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Art. 1.880. O testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam.²⁸

Este testamento deverá ser escrito pelo próprio testador e também assinado por este. Deverá conter no mínimo três testemunhas presentes. O testador deverá ler o testamento para as testemunhas que, após a leitura, também assinam o testamento particular.

Os testamentos marítimo e aeronáutico são aqueles alencados nos artigos 1888 a 1892 do Código Civil, os quais afirmam que:

Art. 1.888. Quem estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, pode testar perante o comandante, em presença de duas testemunhas, por forma que corresponda ao testamento público ou ao cerrado.

Parágrafo único. O registro do testamento será feito no diário de bordo.

Art. 1.889. Quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente.

Art. 1.890. O testamento marítimo ou aeronáutico ficará sob a guarda do comandante, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, contra recibo averbado no diário de bordo.

Art. 1.891. Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

²⁸ BRASIL. *Código Civil brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Artigos 1.876, 1.877, 1.878, 1.879, 1.880, 1.888, 1.889, 1.890, 1.891, 1.892.

Art. 1.892. Não valerá o testamento marítimo, ainda que feito no curso de uma viagem, se, ao tempo em que se fez, o navio estava em porto onde o testador pudesse desembarcar e testar na forma ordinária.

É de se notar que, o testamento marítimo, deve ser feito dentro de um navio de bandeira brasileira, não podendo ser um navio particular. O testamento aeronáutico deve ser feito dentro de uma aeronave comercial ou militar. Os referidos testamentos deverão ficar com o comandante até o momento em que o navio ou a aeronave chegue a um porto ou aeroporto, e depois serão entregues ao responsável administrativo do local.

De outra banda, o testamento Militar, que é aplicado somente para os militares, é prescrito nos artigos 1893 a 1896 do Código Civil, que preveem que:

Art. 1.893. O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas.

§ 1º Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que de graduação ou posto inferior.

§ 2º Se o testador estiver em tratamento em hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento.

§ 3º Se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir.

Art. 1.894. Se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de seu punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas ao auditor, ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes neste mister.

Parágrafo único. O auditor, ou o oficial a quem o testamento se apresente notará, em qualquer parte dele, lugar, dia, mês e ano, em que lhe for apresentado, nota esta que será assinada por ele e pelas testemunhas.

Art. 1.895. Caduca o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja, noventa dias seguidos, em lugar onde possa testar na forma ordinária, salvo se esse testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente.

Art. 1.896. As pessoas designadas no art. 1.893, estando empenhadas em combate, ou feridas, podem testar oralmente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas.

Parágrafo único. Não terá efeito o testamento se o testador não morrer na guerra ou convalescer do ferimento.²⁹

Assim, o testador deverá estar servindo as forças armadas, sendo necessário que este esteja em exercício da função. O testamento militar pode ser público, militar escrito, ou nuncupativo.

²⁹ BRASIL. *Código Civil brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* artigos 1.893, 1.894, 1.895, 1.896.

Certo é que existem diversos tipos de testamento que as pessoas fazem para que depois de sua morte seus bens ou herança tenham um caminho já traçado, e todos estes são regulamentados pelo Código Civil pátrio. Entretanto, uma nova figura vem surgindo: o testamento vital, que será abordado a seguir.

3.1 O testamento vital

A biomedicina atualmente está muito avançada, e assim vem sanando grandes problemas e dúvidas em relação aos limites do corpo humano. A tecnologia avançou de tal modo que se a pessoa não puder mais responder por si, mas que se tenha assinado um “contrato” já está valendo o que está escrito nele e assim obviamente não se contesta o desejo da pessoa.

Fala-se muito na dignidade da pessoa viva, mas fica a dúvida em relação às pessoas mortas, ou até mesmo aquelas que continuam vivas, mas não podem mais transmitir suas vontades, também nos casos das pessoas que não querem se submeter a alguns tipos de tratamentos médicos. Paira a dúvida: não seria desumano simplesmente fazer algum tipo de intervenção cirúrgica sem nem ao menos saber se essa pessoa gostaria de fazê-lo?

É de notório saber que existem muitos tipos de testamentos que tem efeito após a morte, mas poucos sabem da existência do chamado Testamento Vital, que surte efeitos ainda quando a pessoa está viva.

Destaca-se que o Conselho Federal de Medicina discorre através de sua resolução de 1995/2012 que a pessoa com doença crônico-degenerativa, em casos terminais, deve ter a vontade de morrer respeitada, independente da vontade de sua família, assim, a referida resolução, em seus arts. 1º, 2º e 3º, prevê que:

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 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.³⁰

Neste caminho entra o testamento vital, que pode ser visto como uma relação entre o médico e o paciente, que serve para resguardar a vontade do paciente, antes que este entre em estado de total incapacidade.

O testamento vital é muito importante também para o médico, pois assim será eximido de certas responsabilidades, no sentido de aplicar ou não certos tratamentos.

O testamento vital nada mais é que um documento, redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade.

3.2 O surgimento do testamento vital

O testamento vital ou, também chamado, declaração antecipada da vontade, surgiu nos Estados Unidos, mais precisamente em Chicago nos anos 60, conhecido como *living will*. Nesse sentido, é importante ressaltar que:

Esta divisão foi feita, pela primeira vez, em 1990, pela Patient Self-Determination Act (PSDA), uma lei norte-americana considera a primeira lei do mundo a tratar sobre diretivas antecipadas. Nesta, fica claro que o testamento vital é uma espécie de diretiva antecipada utilizada quando a incapacidade do paciente for resultado de uma doença fora de possibilidades terapêuticas (também nominado de doença terminal). Em contrapartida, o

³⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012

Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

mandato duradouro, outro tipo de diretiva antecipada previsto na PSDA, é utilizado em caso de incapacidade permanente ou temporária, e refere-se à nomeação de um procurador de saúde, que decidirá em nome do paciente, no caso de incapacidade deste.³¹

Louis Kutner, advogado que sempre lutou pelos direitos humanos, foi o primeiro autor do testamento vital. Kutner acompanhou a história de um amigo próximo que fora acometido por uma doença que se prolongou por muitos anos e, sensibilizado com a história deste amigo e refletindo sobre se as pessoas teriam o direito de expressar seus desejos e vontades sobre o final de seus tratamentos, ele criou o primeiro testamento vital.

Atualmente 50 estados dos Estados Unidos reconhecem o testamento vital ou algum outro documento que expresse a vontade das pessoas em relação aos seus tratamentos. Existem também outros países que aceitam o testamento vital ou que tenham alguma lei específica para este testamento, é o caso da Alemanha Inglaterra Holanda, entre tantos outros. No Brasil atualmente não existe lei específica para este documento.

3.3 Os requisitos para o testamento vital

O testamento vital, não está previsto em nenhuma legislação específica, apenas em algumas resoluções, mas o estudo do instituto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros pode nos trazer algumas ideias de como se proceder com relação a ele. São eles: É necessário que o indivíduo seja pessoa capaz, seguindo os critérios do Código Civil; Deve ter 18 anos, mas, tendo autorização judicial, o menor de 18 anos pode fazer o seu próprio testamento vital.

Mesmo não existindo uma legislação específica entende-se que o registro em tabelionato é de extrema importância para que o direito deste seja garantido e também respeitado, e para ter eficácia o testamento vital precisa ficar junto com o prontuário médico do paciente. Com relação a sua validade o testamento vital valerá até que o seu autor o revogue.

³¹ DADALTO, Luciana. *Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)*. n.28. Revista de Bioética y Derecho. Mai. 2013. p. 61-71. Obtido em: <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

3.4 Prazo de validade do testamento vital

Diversos doutrinadores defendem a tese de que o testamento vital precisa obrigatoriamente de um prazo de validade, com a alegação que se trata de um documento dinâmico e que não pode ser esquecido depois de feito, e também pelo fato de que a medicina está sempre avançando; sendo assim algum tipo de doença que na época é considerada incurável pode ser descoberto algum tipo de cura para esta.³²

Uma das grandes divergências em relação ao prazo de validade do testamento vital é que as declarações prévias de vontade do paciente em estado terminal são em sua essência, revogáveis, também pela sua total desnecessidade, uma vez que a qualquer momento o paciente que o confeccionou pode revogar esta manifestação.³³

Em relação ao que se diz sobre o avanço da medicina, cumpre destacar que o testamento vital, segue alguns limites, quais sejam:

[...]a inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, de disposições contraindicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos que já tenham sido modificados pela ciência médica. Desta feita, a simples verificação de que a Medicina avançou e que determinado tratamento ou não tratamento disposto no testamento vital não é mais utilizado/ recomendado revoga tacitamente a disposição, não havendo, portanto, razão em se prever prazo de validade para o instituto.

Deste modo fica evidente que é desnecessário a fixação de prazo de validade referente ao testamento vital, claro, se este for elaborado da forma correta e respeitado seus requisitos, assim como respeitados os limites deste testamento.

3.5 Eficácia do testamento vital

Cumpre informar que nos Estados Unidos o testamento vital ganha validade só após 14 dias sua feitura, pois no país norte americano este prazo foi considerado o suficiente para que o outorgante se arrependa de sua decisão, e também a qualquer momento dentro destes 14 dias o outorgante poderá revogar sua decisão.³⁴

³² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3 ed. São Paulo: Atlas: 2015, p. 190.

³³ Ibidem

³⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 190.

Por este motivo defende-se a tese que no Brasil o testamento vital passe a ter eficácia, a partir de sua inscrição no prontuário médico, pois mesmo que ele seja oponente, a partir de sua lavratura de escritura pública ele terá validade. Salienta-se que sua validade médica se dá depois de escrito no prontuário médico, e deve ser providenciada pelo médico após ser informado de preferência pelo Registro Nacional de Testamento Vital, acerca da feitura deste testamento pelo paciente que descobriu ser portador de doença terminal. O outorgante necessariamente se compromete a prestar todos os esclarecimentos devidos ao médico, entregando-lhe cópias. O outorgante deve saber também da importância do Registro Nacional de Testamento Vital, que serve para dar maior segurança para o seu documento.³⁵

Destaca-se que os familiares, bem como cônjuge, companheiro ou até mesmo o procurador do paciente, estão totalmente vinculados a este testamento, uma vez que devem respeitar a vontade do paciente, ou seja, devem observar o que o paciente pôs no testamento e apenas respeitar sua vontade. O médico também tem papel muito importante no testamento vital elaborado pelo paciente, e também está muito vinculado a este, uma vez que o médico pode valer-se das questões de objeção de consciência, tendo respaldo no artigo 5º VI da Constituição Federal Brasileira: [...]é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;[...].³⁶

Isso acontece caso o profissional tenha um fundamento muito importante para não realizar a vontade do paciente. Nos casos em que o médico que recebe o testamento vital se recusa a efetuar-lo, claro com um grande fundamento, o paciente que está acamado por uma doença terminal e que deseja ver suas vontades respeitadas, deverá imediatamente procurar um novo médico. Deverá este aceitar, efetuar as diretrizes do testamento vital, e também respeitar a vontade do paciente. Diante a realização ou não de algum tipo de tratamento.

3.6 O testamento vital e sua validade no Brasil

³⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 191.

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

Como já mencionado, não existe legislação específica no Brasil acerca do tema testamento vital. Pelo fato da presente omissão, busca-se a solução nos princípios da nossa constituição, quais sejam:

Os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) e da Autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III), são arcabouços suficientes para a defesa do testamento vital, vez que o objetivo deste instrumento é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de terminalidade da vida.

O testamento vital nada mais é que a expressão da vontade, da autonomia do paciente, o que serve para garantir sua dignidade, pois garante a pessoa decidir a quais tratamento ou não deseja ser submetido caso esteja acamado por uma doença terminal, preservando sua vontade e assim esta será mantida e respeitada, tirando assim também o risco do paciente ser submetido a tratamentos que não o curarão e só prolongarão seu sofrimento.³⁷

O art. 15 do Código Civil diz “[...] ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento medico ou intervenção cirúrgica [...]”³⁸. Assim, pode-se entender que a declaração da vontade do paciente no testamento vital seria um modo de impedir que a pessoa fosse submetida a algum tipo de tratamento que pudesse por sua vida em risco.

Pode-se concluir que mesmo não havendo uma lei específica para o testamento vital, o ordenamento jurídico brasileiro já apresenta suportes para a validação das diretivas antecipadas da vontade, também chamadas de testamento vital, e também demonstra que o artigo infra citado, ganha respaldo com o testamento vital, sendo este um instrumento garantidor, deste dispositivo, uma vez que defende a autonomia do paciente, não o obrigando a passar por intervenções cirúrgicas, ou tratamentos médicos que possa só lhe causar um sofrimento maior.

No Estado de São Paulo, há uma lei popularmente conhecida como Lei Mario Covas, o então governador do referido estado, Lei numero 10.241/1999, que dispõe sobre os direitos dos usuários de serviços e das ações de saúde. A referida lei no seu inciso XXIII do seu artigo 2º, informa o direito do paciente de recusar algum tipo de tratamento que seja doloroso ou extraordinário, para tentar prolongar a vida, esse

³⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 179.

³⁸ BRASIL. *Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. artigo 15.

direito também é assegurada pelo estado de Minas Gerais, Lei nº 16.279/2006, e também pelo estado do Paraná, em sua Lei nº 14.254/2003.³⁹

Por mais que se tratem de leis estaduais, demonstra um grande avanço e uma grande importância no âmbito jurídico, mas deve-se também destacar que estas leis asseguram a autonomia do paciente quando ele ainda pode declarar sua vontade, deste modo se dá mais valor ainda para a confecção do testamento vital, uma vez que caso o paciente esteja inconsciente ou impossibilitado de manifestar sua vontade, sua vontade será respeitada através do testamento vital.

Diante dos fatos narrados, percebe-se várias normas referentes ao testamento vital e a autonomia do paciente, uma vez que há as resoluções do Código Federal de Medicina, das decisões judiciais onde foi reconhecido a constitucionalidade das diretivas antecipadas da vontade e também do enunciado 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, e assim fica evidente uma tentativa de validação do testamento vital em âmbito brasileiro.⁴⁰

Sendo assim o testamento vital pode ser considerado válido no Brasil pois ele segue alguns princípios constitucionais, e também já há resoluções e até decisões de tribunais de justiça valorizando o testamento vital.

3.7 Testamento vital no exterior

Sabe-se então que no Brasil o testamento vital é ainda um tema pouco discutido, pouco conhecido inclusive. Sabe-se também que no ordenamento jurídico brasileiro não há uma lei específica que trate deste assunto. Cabe salientar que no exterior o testamento vital é bem conhecido, em alguns países já existem leis acerca deste tema, e em alguns onde não existe lei específica, existem estudos referentes a essas diretrizes.⁴¹

O testamento vital apareceu pela primeira vez no final da década de 1960 nos Estados Unidos, e foi batizado de living will. Existem relatos que o testamento vital teria aparecido pela primeira vez no ano de 1967 e teria sido proposta pela Sociedade Americana para a Eutanásia sendo conhecida como um documento de cuidados

³⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180.

⁴⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107.

⁴¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.106-107.

antecipados pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção a vida.⁴²

O primeiro modelo de living Will, foi feito por Luiz Kutner no ano de 1969, esse documento basicamente se baseava no consentimento e livre esclarecimento. Kutner neste documento inclusive acrescentou uma cláusula ao termo de consentimento livre e esclarecido, onde o paciente poderia assinar dizendo que se recusaria submeter-se à algum tipo de cirurgia mais radical, caso este estivesse com alguma doença sem cura, ou se não pudesse mais responder por seus atos.⁴³

A legislação Norte Americana não permitia a eutanásia, tampouco o suicídio assistido, mas permitia que caso alguma pessoa fosse diagnosticado com um quadro de doença incurável, ela tinha o direito de morrer como desejava. Kutner defendeu a tese que respeitar o desejo do paciente, que encontravam-se em quadros clínicos sem cura, no que toca a recusa de algum tipo de tratamento, não se enquadrava nos casos de eutanásia, uma vez que não eram utilizados os mesmo meio de preservação a vida.⁴⁴

Sendo assim o documento que ficou conhecido como living will nada mais era que um testamento no qual as pessoas com doenças incuráveis, fizessem esclarecendo que, recusariam-se a algum tipo de tratamento, tendo dado inclusive esta ideia ao seguidores da religião Testemunha de Jeová, que se utilizassem deste documento para esclarecer que se recusariam a fazer tratamentos ligados a transfusão de sangue.

Os Estados Unidos possuem um sistema judiciário regido pela *common law*, que nada mais é do que a legislação é criada através de jurisprudências. O primeiro registro de um caso prático do *living will*, aconteceu no ano de 1976, quando a americana Karen Ann Quilan, entrou em coma, por causas desconhecidas, em seguida seus pais adotivos ficaram sabendo através dos médicos que tratava-se de um quadro irreversível, diante do fatos os pais da menina solicitaram o desligamento dos aparelhos respiratórios, o que foi negado de imediato pelos médico, logo assim os representantes da menina acionaram o poder judiciário, baseando-se em conversas que a menina teria expressado sua vontade através de conversas, que

⁴² Ibidem, p. 181.

⁴³ Ibidem

⁴⁴ Ibidem. p. 107.

caso entrasse em coma e ficasse viva apenas por uso de aparelhos, que os desligassem.⁴⁵

Destaca-se que a autorização foi negada em primeira instância. Em segunda instância, a Corte de Nova Jersey, cidade onde morava a paciente, solicitou que o Comitê de Ética do Hospital St. Clair avaliasse o quadro da menina. Um comitê teve de ser criado, pois na época não existia. Em nota o comitê informou que se tratava de um caso irreversível, e no dia 31/03/1976 a Suprema Corte de Nova Jersey, concedeu a família de Karen o direito de solicitar o desligamento dos aparelhos respiratórios. Karen veio a falecer nove anos após o desligamento dos aparelhos, depois de ter uma pneumonia.⁴⁶

O caso de Karen gerou grande repercussão e no mesmo ano o Estado da Califórnia aprovou o que ficou conhecido como Natural Death, uma lei que dava garantias ao paciente de se recusar a submeter-se a algum tipo de tratamento médico, e também protegiam o médico em futuro casos de ações judiciais que os familiares poderiam ajuizar, contra o profissional por ter seguido uma orientação do paciente.⁴⁷

No ano de 1991 foi aprovado o Patient Self-Determination, primeira lei federal que reconheceu o direito a autodeterminação dos pacientes. Esta lei traz como instituição as diretivas antecipadas, em documentação informando sobre quais tratamentos médico se submeter ou não, uma espécie de living will.⁴⁸

Na Austrália do Sul em 1995 foi aprovado o Ato para Consentimento para Tratamento Médico e Cuidados Paliativos, que nada mais é que uma lei que dá respaldo aos pacientes a terem chamado consentimento para tratamento médico.

A segunda parta desta lei se dividia em seis sessões. A primeira delas falava sobre quem tinha a competência para tomar algum decisão sobre o próprio tratamento, e seguia um critério que só as pessoas com mais de 16 anos teriam essa condição. ⁴⁹

A segunda sessão abordava o tema sobre a recusa de tratamento, que poderia ser feito por meio do testamento vital, onde só poderia ser feito por maiores de 18

⁴⁵DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109

⁴⁶Ibidem, p. 110-111.

⁴⁷Ibidem

⁴⁸Ibidem. p.112.

⁴⁹DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.116.

anos. Nesse testamento podia também conter informações sobre a suspensão de tratamentos em caso de doenças terminais.⁵⁰

A terceira informava sobre o mandato duradouro, que também só era permitido por maiores de 18 anos de idade, ela restringe as decisões que o procurador poderia tomar, de modo que o procurador não teria poder de escolha em relação a suspensão de tratamentos ou até algum uso de droga para aliviar a dor. Nota-se que nessa sessão o Poder Judiciário poderia rever algum tipo de decisão tomada pelo procurador do paciente, sempre por solicitação do médico ou por alguma pessoa interessada no caso, a decisão judiciária não poderia ser revista nos casos em que o paciente estivesse em final de vida, e falava ainda sobre uma pena para o procurador caso descumprisse com a determinação do paciente.

A quarta sessão tratava unicamente dos tratamentos aplicados em crianças, onde a opinião destas tinha respaldo parente os tratamentos a seguir pelo profissional da área de medicina.⁵¹

A quinta parte falava sobre os tratamentos de urgência, informava que o médico deveria fazer o máximo para salvar a vida do paciente, aplicando-lhe todos os tipos de tratamentos possíveis pra chegar a seu fim, a menos que este já tivesse manifestado sua vontade em relação a que tratamento não ser submetido, ou que tivesse um procurador de saúde.⁵²

Já a sexta sessão tratava única e exclusivamente das formalidades legais perante a Diretiva Antecipada da Vontade, sendo criado inclusive um registro nacional de acesso ao outorgante ao médico e ao procurador do paciente.⁵³

A lei da Austrália do Sul é muito detalhada, trazendo inclusive situações diferenciadas, como a validade da opinião das crianças e seus procuradores perante os tratamentos a serem seguidos, e também a peculiaridade de que tipo de atitude proceder nos casos de emergência, deixando claro que se tiver um documento ou o paciente já ter expressado de algum outro meio sob quais tratamentos não seguir, ou até mesmo seu procurador o informando, o médico deveria seguir a vontade destes.

No ano de 1997, foi redigida em Oviedo na Espanha, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das

⁵⁰Ibidem

⁵¹Ibidem, p. 117.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

Aplicações da Biologia e da Medicina. Destaca-se que a convenção tinha 47 membros, mas só 35 destes assinaram. Diante do tema abordado, ou seja, o testamento vital, o artigo 9º da convenção refutava-se a falar especialmente da vontade do paciente.⁵⁴

É de destacar-se um ponto desta convenção, onde menciona-se que os desejos expressados pelo paciente anteriormente, não eram obrigatoriamente seguidos pelo profissional da medicina, um dos motivos era o próprio avanço da medicina. Essa orientação era fundamentada na possibilidade de se passar um longo período de tempo, entre a manifestação do paciente e o momento onde deveria ser usado este documento, criando-se assim inclusive uma grande discussão a cerca da existência de um certo prazo para as diretivas antecipadas.⁵⁵

Menciona-se que a Convenção de Oviedo é posterior as leis dos Estados Unidos, destaca-se também que as questões de positivação das leis da autonomia dos pacientes terminais na Europa foi um movimento nacional, no qual englobou 47 países da Europa, e nos Estados Unidos o tema nasceu primeiramente a nível estadual, para depois se tornar federal.⁵⁶

Apenas o países da Finlândia, Holanda, e a Hungria, já tinham a algum tempo legislação específica em relação as Diretivas Antecipadas da Vontade, antes da Convenção de Oviedo. Destaca-se que posterior a Convenção de Oviedo, a Bélgica foi o primeiro país a formalizar e legislar a cerca do tema, isso aconteceu somente no ano de 2002, logo em seguida a Espanha também o fez, em novembro do mesmo ano, a Inglaterra e o País de Gales, reconheceram as Diretivas Antecipadas da Vontade, perante lei, no ano de 2005, a Áustria, a reconheceu no ano de 2006, a Alemanha no ano de 2009, e Portugal no ano de 2012.⁵⁷

A França por sua vez tem legislação específica referente ao testamento vital desde 2005. Não é considerado um país que reconhece o testamento vital, pois ele não vincula o médico às informações constantes no documento.⁵⁸

⁵⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 119

⁵⁵ Ibidem. p.119.

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Ibidem. pg. 120.

⁵⁸ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 119

A Itália através de seu Conselho Nacional para Bioética ressaltou e consagrou o artigo 9º da Convenção de Oviedo, pois este busca o melhor resultado ético, utilizando o menor número de normas referentes ao tema.⁵⁹

Seja através de Conselhos ou até de convenções, o tema testamento vital é muito recente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, seja ele na Europa ou nos Estados Unidos. O certo é que com o avanço da medicina, o ordenamento jurídico dos países do exterior, tem se obrigado a acompanhar essa evolução, seja ele a nível estadual ou até federal, chegando a conclusão de que o desenvolvimento do testamento vital, tem se tornado algo imprescindível nesta evolução, da medicina e do direito.

4 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O TESTAMENTO VITAL

⁵⁹Ibidem. pg.122.

Em 2006, mais precisamente no dia 28 de novembro, o Conselho Federal de Medicina, editou a Resolução nº 1.805, que durante a permissão do médico. Em limitar ou suspender o tratamento que prolongue a vida de pacientes que estiverem em fase terminal. Entretanto, sempre deve ser observado. Os tratamentos que aliviem ao máximo a dor e sofrimento dos pacientes.⁶⁰

A Resolução nº 1.805 do Conselho Federal de Medicina possui três artigos, sendo que os dois primeiros falam do mérito da norma, e o terceiro volta às atenções para critérios formais. De acordo com a Resolução:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.⁶¹

Entretanto é importante frisar que esta norma apenas vincula a comunidade médica. Destaca-se que a sua aprovação foi parar na 14ª Vara Federal do Distrito Federal. Isso porque o Ministério Público Federal do Distrito Federal, ajuizou uma ação pública no dia 09 de maio de 2008, contra o Conselho Federal de Medicina, onde questionava a Resolução nº 1.805 de 2006, uma vez que o Conselho Federal de Medicina, não teria o poder de regulamentar como uma conduta ética, uma conduta que no âmbito penal é considerada crime.

Sobre o tema, Luciana Dadalto, leciona que:

Conforme se depreende da leitura de decisão que deferiu a antecipação de tutela concedida pelo Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, há urna latente confusão entre os conceitos de eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. A

⁶⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 155.

⁶¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Diário Oficial da União, Brasília, 28 nov. 2006. Seção I, p. 169. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm >. Acesso em: 25 mai. 2016.

decisão faz referência aos filmes "Mar Adentro" e "Menina de Ouro", bem como a "Declaração sobre a Eutanásia", documento religioso elaborado pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, nos anos 1980, para exemplificar a amplitude do tema. Todavia, tais exemplos são totalmente descabidos, vez que o primeiro filme refere-se a um caso de suicídio assistido e o segundo, a um caso de eutanásia, assim como a Declaração Sobre a Eutanásia. Em contrapartida, a Resolução do CFM trata da ortotanásia. O Magistrado, entretanto, reconhece que: [...] a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos a disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento angústia para o doente e sua família.⁶²

Em relação a tal reconhecimento, entendeu-se que as circunstâncias expostas, não se enquadravam a prática da ortotanásia como conduta típica criminal a qual se refere o artigo 121 do Código Penal, o qual prevê que:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 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.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Femicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o

⁶² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 158.

agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990)

§ 4o No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012)

§ 7o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio⁶³

Assim, analisando pela ótica do sistema legislativo brasileiro que, para o processo penal, em específico, estabelece que não pode haver crime sem lei anterior que a tipifique (*Nullum crimen sine lege*)⁶⁴, pode-se perceber que não existe, no artigo supracitado, o tipo específico que tornaria crime a prática da ortotanásia, não podendo ser considerada uma conduta ilícita.

Diante do exposto, analisando o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se defender a ortotanásia por ser uma prática que se depreende aos princípios constitucionais, o da dignidade da pessoa humana e o da autonomia privada.⁶⁵

Após o ajuizamento desta ação civil pública, o Conselho Federal de Medicina, aprovou um novo código de ética médica no ano de 2009, onde estabeleceu-se entre seus princípios fundamentais, que diante de alguma situação clínica onde o estado atual do paciente é irreversível e terminal, o médico irá evitar a realização de

⁶³ BRASIL. Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991 *Código Penal*. Artigo 121.

⁶⁴ Estabelece o artigo 1º do Código Penal que "não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal." BRASIL. *Código Penal*. artigo 1.

⁶⁵ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 159.

tratamentos desnecessários, e irá proporcionar aos pacientes neste estado, toda atenção necessária e os cuidados paliativos.⁶⁶

Posterior a aprovação do Novo Código de Ética Médica o Ministério Público Federal do Distrito Federal, apresentou as alegações finais favoráveis a tese apresentada e defendida pelo Conselho Federal de Medicina, o juiz na sua sentença julgou improcedente o pedido, declinando sua decisão nas seguintes premissas:

1. o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1805/2006, que não versa sobre direito penal e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares;
2. a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal a luz da Constituição Federal;
3. a edição da Resolução nº 1805/2006 não determinou modificação significativa no dia-a-dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, não gerando, portanto, os efeitos <lanosos propugnados pela inicial;
4. a Resolução nº 1805/2006 deve, ao contrário, incentivar os médicos a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica;
5. os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal não devem ser acolhidos, porque não se revelarão úteis as providências pretendidas, em face da argumentação desenvolvida.⁶⁷

Em decisão liminar o magistrado suspendeu a eficácia da Resolução, afirmando em sua sentença que a medicina, fez uma era super-protetora, paternalista que concentrava toda sua atenção para doenças e não para o doente, focando sempre a cura sob qualquer circunstância, visando o bem estar do ser humano.⁶⁸

Sendo assim percebe-se que o juiz notou o verdadeiro avanço da medicina, no que tange aos cuidados paliativos, ou seja, focando principalmente nas questões médicas, para poder saber lidar com as situações jurídicas que envolvem pacientes em estado terminal.⁶⁹

Destaca-se que o conceito médico é de extrema importância para que seja feito o estudo da validade do testamento vital perante o ordenamento jurídico brasileiro, visto que de nada adianta haver algumas disposições referentes ao testamento vital, se não poderão ser postas em prática pelos profissionais da medicina, por irem contra os princípios brasileiros de ética em relação a tratamento dos pacientes terminais.⁷⁰

⁶⁶DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 163.

⁶⁷ Ibidem. pg. 162 e 163.

⁶⁸ Ibidem. pg. 160

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 163.

4.1 Nova resolução do Conselho Federal de Medicina

No ano de 2012 o Conselho Federal de Medicina, aprovou uma nova resolução, a Resolução 1.995, que falava sobre as diretivas antecipadas da vontade no Brasil. Este foi a primeira regulamentação sobre as diretivas antecipadas da vontade no Brasil.⁷¹

Nesta resolução o Conselho Federal de Medicina, discorre sobre o respeito à vontade dos pacientes com doenças terminais, conforme conceito da ortotanásia, e não possuindo qualquer tipo de relação com a eutanásia, esta resolução seguia este conceito pelo simples fato de não ir contra as disposições do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a eutanásia é proibida e a ortotanásia é legalizada.⁷²

Tratando da parte jurídica, destaca-se que esta resolução, não legalizou juridicamente as diretivas antecipadas da vontade, uma vez o Conselho Federal de Medicina não possui o poder de legislar, sendo assim a resolução não tem força de lei.

Em relação às formalidades, o Conselho Federal de Medicina, ainda como um órgão de classe, não tem a competência de exigir que as diretivas antecipadas da vontade sejam registradas em cartório, mas para a pessoa que redigiu as diretivas antecipadas, é de extrema importância, pois pode vir a servir como uma garantia de que suas vontades serão seguidas, é uma forma de segurança jurídica.⁷³

Indo de encontro com os procedimentos do exterior acerca das diretivas antecipadas da vontade, a presente resolução em seu artigo segundo, estabelece que o médico deverá registrar no prontuário médico do paciente, as informações que este lhe passou a cerca das diretivas antecipadas da vontade.

O médico tem um papel muito importante, não fazendo só o papel de transcrever a vontade dos pacientes. Destaca-se que o médico assume o papel de esclarecer tudo para o paciente, principalmente em relação a quais tratamentos serão feitos ou mesmo necessários. O médico tem o papel de conversar com o paciente e sanar todas e quaisquer dúvidas referentes a tratamento e procedimentos, para que

⁷¹ Ibidem

⁷² Ibidem. p. 164

⁷³ Ibidem. p. 165

assim o paciente tenha o entendimento e consiga expressar melhor suas vontades nas diretivas antecipadas.⁷⁴

No dia 31 de janeiro de 2012, novamente foi ajuizada uma ação civil pública, desta vez pelo procurador da República de Goiás, com o intuito de declarar inconstitucional a Resolução 1995/2012, com o argumento que extravasava o poder regulamentar que o Conselho Federal de Medicina tinha, justificando também que colocava em risco a segurança jurídica e também que excluía a família do paciente de decisões que lhes eram de direito e que estabelecia um instrumento que não era idôneo referentes ao registro das diretivas antecipadas da vontade.⁷⁵

Em relação a competência do Conselho Federal de Medicina, o Ministério Público Federal do Distrito Federal, também se baseou neste argumento para o ajuizamento da ação de inconstitucionalidade da Resolução nº 1805/2006. O magistrado por sua vez em sentença declarou que a presente resolução não se enquadra e não trata de direito penal, que não descrimina coisa alguma, apenas isenta o médico de qualquer dúvida referente a sua ética e disciplina, caso ele descida seguir os procedimentos que se enquadrem na ortotanásia, e deste modo não é compatível a alegação que diz que o Conselho Federal de Medicina não tem poder normatizador.⁷⁶

Pode-se observar que a Resolução nº 1995/2012, em momento nenhum tem intuito de alterar ou até mesmo de promulgar alguma lei, este também não trata de direito penal, sendo assim não pretende afirmar o que é crime ou o que não, é muito menos descriminalizar algum tipo de conduta, ela apenas assegura que a vontade do paciente seja respeitada, e que o profissional da medicina encarregado dos cuidados desse paciente, não seja contestado por suas atitudes, tampouco responsabilizado em alguma futura ação de indenização, e nem que seja contestado sua ética profissional.

Em decisão proferida no dia 15 de março de 2013, em linhas gerais do Juiz Federal Jesus Crisótomo de Almeida afirmou que a Resolução é constitucional, pois segue o princípio da pessoa humana, uma vez que dá ao paciente em estado terminal

⁷⁴ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p.166.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem. p. 166-167.

a garantia de receber os cuidados paliativos, e não promover a este contra sua vontade o prolongamento de seu sofrimento, através de algum tipo de tratamento.⁷⁷

O Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento com o intuito de recorrer da decisão proferida, no entanto no dia 02 de abril de 2014 o juiz Eduardo Pereira da Silva, reconheceu a inconstitucionalidade da Resolução, mas fez as seguintes observações:

[...] A Resolução não regulamenta apenas as diretivas antecipadas de vontade de pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia. Afirma o MM. Juiz que as Diretivas Antecipadas de Vontade valem para qualquer paciente que venha a ficar impossibilitado de manifestar sua vontade. Apontou a necessidade de legislação sobre o tema. Afirma que a família e Poder Público podem buscar o Poder Judiciário caso se oponham as Diretivas Antecipadas do paciente, bem como caso queiram responsabilizar os profissionais de saúde por eventual ilícito.⁷⁸

Diante do exposto fica evidente que a presente Resolução é de suma importância para as pessoas, mais precisamente para os pacientes de doenças terminais, pois lhes dá a oportunidade de explanar sobre suas vontades de não serem submetidas a algum tipo de tratamento futuro que possa lhes causar sofrimento. Fica mais evidente também a necessidade do ordenamento jurídico brasileiro ter alguma lei específica em relação ao assunto e assim seguir o exemplo de países no exterior, onde as diretivas antecipadas da vontade, e o próprio testamento vital, são completamente aceitas e muito utilizadas.

4.2 Jurisprudência brasileira acerca das diretivas antecipadas da vontade

No ano de 2013 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgou a Apelação Civil nº 70054988266, derivada ação de Alvará Judicial para Suprimento de Vontade do Idoso, proposta pelo Ministério Público, na cidade de Viamão (RS). Trata-se do direito de um idoso que se recusou a amputar um membro necrosado. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu então que:⁷⁹

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra

⁷⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 170-171.

⁷⁸ Sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0001039-86.

⁷⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p.173.

em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida.⁸⁰

Tratou-se do primeiro acórdão que diante de um caso concreto analisou o testamento vital. Ocorre que analisando o caso em si, o paciente em momento algum redigiu um testamento vital, simplesmente fez uma manifestação de recusa de tratamento. Não pode ser considerado um testamento vital, uma vez que o paciente não estava em estado terminal de vida.⁸¹

O paciente encontrava-se com o pé necrosado e seria necessário sua amputação. Ocorre que este recusou o citado procedimento. O Ministério Público por sua vez entrevistou, pois se tratava de um idoso que não tinha familiares, sendo assim o órgão ministerial solicitou ao poder judiciário a realização da amputação do membro do idoso, tendo em vista que caso não o fosse feito levaria o paciente a óbito. Este pedido foi fundamentado na incapacidade do idoso haja visto que o mesmo apresentava quadro de depressão.⁸²

Em primeira instância o pedido foi negado, e justificado que não havia provas o suficiente de que o idoso estava correndo risco de morte. Constatou também que por mais que o idoso apresentasse quadro de depressão este ainda possuía capacidade para recusar o tratamento proposto.

Logo após o Ministério Público apelou, e novamente perdeu, pois o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu da mesma forma que o juiz de primeiro grau, e veio a respeitar a vontade do paciente.⁸³

⁸⁰(Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

⁸¹Ibidem.

⁸² DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 174.

⁸³ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 174.

Cabe destacar que a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, baseou sua decisão respeitando a vontade do paciente, entendendo que se tratava de um testamento vital, que necessita de três requisitos, quais sejam:

[...](1) a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, isto é, antes da fase crítica; (2) o paciente deve estar plenamente consciente; (3) deve constar que a sua manifestação de vontade deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assistem.⁸⁴

Para o âmbito jurídico e o reconhecimento do testamento vital, bem como para o respeito com a opinião do paciente, esta decisão foi muito importante, mas cabe fazer algumas ressalvas, por exemplo a distinção do respeito da vontade do paciente com o testamento vital.

Verifica-se que em momento algum nos autos do processo constatou-se a real situação da saúde do paciente, uma vez que em momento algum diz que a doença do paciente está lhe ameaçando a vida. Com as informações constantes, verifica-se que trata-se apenas de um caso de recusa de tratamento, não tendo qualquer tipo de ligação com o fim de sua vida, diante disso estariam ausentes os pressupostos para um testamento vital.⁸⁵ Além disso, o paciente informou sua recusa ao tratamento no momento crítico, ou seja, logo após o quadro clínico informar a infecção e a necessidade de amputação, para que um dos requisitos do testamento vital fosse respeitado, teria o paciente de informar esta vontade antes de estar presente o quadro infeccioso.⁸⁶

Deve ser observado também que o paciente apresentava quadro de depressão, sendo assim o após saber do quadro clínico ele pode ter tomado a decisão de não fazer a amputação, e em momento algum esta doença foi levada em consideração pelos magistrados; o mais preocupante é que não fora feito acompanhamento psicológico com este paciente, sendo assim a depressão pode ter causado esta vontade de não viver mais no paciente.⁸⁷

Destaca-se que o que era pra ser um marco positivo no ordenamento jurídico brasileiro, acabou sendo até um retrocesso, uma vez que foi dada uma sentença baseada nas diretivas antecipadas da vontade, onde na verdade apenas se tratava

⁸⁴ Ibidem

⁸⁵ Ibidem, p. 175.

⁸⁶ Ibidem, p.176.

⁸⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 176.

de um caso de recusa de tratamento de um paciente. Sendo assim deve ser redobrado os cuidados em decisões desse cunho, uma vez que abre possibilidades de novos erros e novos ajuizamentos de ações, referindo-se uma simples recusa de tratamento a um testamento vital, que tem como requisito os cuidados que a pessoa quer se submeter em caso de doenças terminais ou quando estiver fora de possibilidade de tratamento.

4.2.1 Conselho Nacional de Justiça

Nos dias 14 e 15 de maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça realizou a I Jornada de Direito e Saúde, da qual resultou a aprovação de quarenta e cinco enunciados sobre a saúde.⁸⁸

O Enunciado nº 37 dispõe acerca das diretivas antecipadas da vontade:

[...]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[...]⁸⁹

Segundo a autora Luciana Dadalto, há um grande equívoco em relação a nomenclatura:

Acontece que o enunciado aprovado vai de encontro aos estudos sobre o tema. Primeiramente, começa fazendo uma confusão de nomenclatura: não existe Diretiva Antecipada de Vontade ou Declaração Antecipada de Vontade. O que existe é Diretiva Antecipada de Vontade e Declaração Prévia de Vontade do Paciente em fim de vida (nome mais correto para o Testamento Vital, que é uma espécie de Diretiva Antecipada de Vontade).⁹⁰

Destaca-se que o presente enunciado trata apenas das questões da manifestação da vontade do paciente, em relação a algum tipo de tratamento médico, onde na verdade as diretivas além da vontade do paciente também tratam sobre os cuidados do médico, ou seja, mais uma resolução feita sem ter o pleno conhecimento do assunto.

⁸⁸ Ibidem. p. 177.

⁸⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de justiça em 15 de maio de 2014. São Paulo/SP. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em 31 mai. 2016.

⁹⁰ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 177.

Vale destacar que o enunciado do Conselho Nacional de Justiça, em momento algum cita a figura do procurador ou representante do paciente, deixando a dúvida de qual a importância de seu papel nos casos relatados.⁹¹

Sendo assim o enunciado, mais uma vez foi feito de forma equivocada e não esclareceu dúvidas referentes as diretivas antecipadas da vontade, como prazo de validade, necessidade de alguma lei, idade e capacidade para poder fazer um testamento vital, entre outras.

4.2.2 Proposta legislativa

O testamento vital mesmo não tendo lei específica, obteve segurança jurídica pelos princípios da Constituição Federal, sendo assim este se torna capaz e válido, inclusive já havendo determinações judiciais em relação a isto.

No entanto, segundo Dadalto, há um grande problema referente as formalidades deste documento. Entende que se torna imperioso o respeito à autonomia do paciente, que seja criada uma lei federal referente ao tema, regulamentando o testamento vital, e nessa lei seja englobado a criação de um Registro Nacional de Testamento Vital, bem como estes deverão ser lavrados em cartório de notas.⁹²

Foi elaborado um Projeto de Lei nº 524 de 2009 relativos às diretivas antecipadas da vontade. Esse Projeto de Lei se baseia em leis já existentes dos Estados Unidos, Espanha, Portugal e Argentina, esse projeto lei propõe as seguintes obrigações:

Art. 1º Fica instituído no Brasil o direito a feitura de Diretivas Antecipadas de Vontade nos termos desta lei.

Art. 2º E assegurado a toda pessoa capaz, o direito a redigir diretivas antecipadas, separadas ou conjuntamente, nas quais se inserem o testamento vital e o mandato duradouro.

§ 1º Testamento vital é um documento escrito por uma pessoa capaz, no pleno exercício de suas capacidades, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade, acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido caso se torne um paciente em terminalidade de vida, esteja em EVP ou com uma doença crítica fora de possibilidades terapêuticas e esteja impossibilitado de manifestá-la.

§ 2º Mandato duradouro é a nomeação de um procurador de cuidados de saúde, cujas atribuições consistem em expressar a vontade do paciente,

⁹¹ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 178.

⁹² *Ibidem*. p. 192.

acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido, quando estiver em estado de terminalidade.

§ 3º A capacidade será aferida, via de regra, de acordo com a lei civil, entretanto, o Poder judiciário poderá ser provocado pelo interessado em redigir diretivas antecipadas, a se manifestar acerca do discernimento de indivíduos tidos, pela lei civil, como incapazes, a fim de garantir a esses o direito de redigi-las.

§ 4º O estado de terminalidade é o quadro clínico fora de possibilidades terapêuticas e cuja morte é iminente.

§ 5º O EVP é o quadro clínico de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral.

§ 6º A doença crônica fora de possibilidades terapêuticas é aquela cujo quadro clínico importa em diminuição das capacidades funcionais do paciente e não possui possibilidades terapêuticas.

Art. 3º E facultado ao outorgante o direito de redigir um testamento vital contendo cláusula de nomeação de procurador, hipótese em que o mandato duradouro será incorporado ao testamento vital

Parágrafo único: O outorgante poderá nomear como seu procurador qualquer pessoa, com ou sem vínculo de parentesco, desde que o procurador seja civilmente capaz e aceite o múnus.

Art. 4º As diretivas antecipadas serão feitas no Cartório de Notas, por escritura pública.

Art. 5º O tabelião responsável pelo Cartório de Notas em que as Diretivas Antecipadas de Vontade forem lavradas deverá, em um prazo de quarenta e oito horas, contados do registro, enviá-las ao Registro Nacional de Testamento Vital, criado para tal fim.

Art. 6º Compete ao Ministério da Saúde criar o Registro Nacional de Testamento Vital, em prazo máximo de um ano, a contar da publicação desta lei.

§ 1º O Registro Nacional de Testamento Vital deverá ser informatizado e deve dispor de uma página na internet contendo informações detalhadas sobre o documento, modelos de documentos e registro de todos os documentos.

§ 2º O outorgante poderá, a qualquer momento, consultar seu Testamento vital, mediante senha. Contudo, qualquer alteração no documento só poderá ser realizada em cartório de notas.

§ 3º Os médicos que estiverem tratando do paciente terminal terão acesso ao Registro, mediante senha.

§ 4º Os hospitais, nos quais o paciente terminal estiver internado, terão acesso ao Registro mediante senha.

Art. 7º As diretivas antecipadas devem ser redigidas de forma clara, dispondo especificamente sobre os tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido, a fim de não causar interpretações díspares. Para tanto, todos os hospitais públicos devem criar um comitê especializado no assessoramento de pessoas que desejam redigir suas declarações prévias.

Art. 8º Para efeitos do Testamento vital serão válidas apenas disposições de recusa de tratamentos fúteis, entendidos como tratamentos que visam apenas prolongar a vida do paciente, sem apresentar qualquer benefício quanto a qualidade de vida.

Art. 9º E permitido ao paciente dispor sobre suspensão de hidratação e alimentação.

Art. 10º. Não serão eficazes disposições que versem sobre suspensão ou não aplicação de medicamentos que aliviam a dor.

Art. 11. As diretivas antecipadas podem ser revogadas e/ou modificadas a qualquer tempo pelo outorgante.

Art. 12. As diretivas antecipadas obrigam todos os profissionais de saúde, os hospitais e os parentes do outorgante.

§ 1º Os profissionais de saúde tem direito a objeção de consciência. Neste caso, deverão encaminhar o paciente para outro profissional.

§ 2º Caso não exista outro profissional, não será possível que o médico se valha da objeção de consciência.⁹³

Com esta lei todo paciente em estado terminal ganharia uma certeza a mais de que suas vontades referente a tratamentos seriam respeitadas, sendo assim é de extrema importância o presente Projeto de Lei.

Diante deste projeto de lei baseado nas leis do exterior, as diretivas antecipadas da vontade e o testamento vital, ganhariam respaldo nacional, o que facilitaria em muito os casos de pacientes com doenças terminais, bem com também ao judiciário uma vez que já fora observado alguns equívocos em relação à algumas decisões.

4.3 Os pressupostos das diretivas antecipadas da vontade

As diretivas antecipadas da vontade, nada mais são que o conjunto de declarações prévias de vontade do paciente que está acamado com algumas doenças terminais.⁹⁴

Muitos médicos são contra algum tipo de modelo referente às diretivas antecipadas da vontade, pois percebe-se um espírito paternalista do médico que acaba por até mesmo impedir este profissional que trabalha com os cuidados paliativos, assumir um papel de não ser o grande responsável por qual tratamento utilizar no paciente.⁹⁵

A adoção de algum ou de vários modelos de diretivas antecipadas da vontade, é algo que irá acontecer, pois a tendência é que as diretivas antecipadas da vontade deixem de serem feitas já nos hospitais ou até mesmo em consultas, a tendência é que estas sejam feitas em casa e até em cartórios. Deste modo o médico não terá mais o papel principal nas consultas.

Cumprir informar que o Brasil, diferente de todos os países que tem implantado as diretivas antecipadas da vontade, começou a discussão em relação a elas com, a Resolução nº 1995/2012, quando os demais países começaram a abordar o tema com discussões sociais. Esta inversão de certo modo deu o poder dos médicos de elaborar

⁹³ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 192-196.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*. p.196.

as diretivas antecipadas da vontade, quando na verdade deveria ser única e exclusivamente do paciente.⁹⁶

Os médicos têm grande importância na hora da elaboração de diretivas antecipadas da vontade, mas devem apenas prestar auxílio ao paciente, esclarecendo dúvidas referentes a tratamentos, não deve recomendar a feitura das diretivas antecipadas para o paciente, esta deve ser uma escolha pessoal, e o médico apenas um orientador destas.

4.4 Das declarações prévias da vontade

Os modelos norte-americano e das comunidades autônomas espanholas, buscou explanar cinco pontos na formulação de um modelo de Declaração Prévia de Vontade de um paciente no fim de sua vida, quais sejam:

- a) Valores e desejos: cujo objetivo é deixar claro quais são os valores que fundam a vida do paciente e quais são os desejos destes, a fim de nortear as decisões da equipe médica e do procurador nomeado.
- b) Decisões sobre o fim de vida: para quais são os estados clínicos nos quais o paciente deseja recusar tratamentos/procedimentos e quais os tratamentos/procedimentos recusados pelo outorgante.
- c) Outras disposições: disposições gerais acerca do local onde o outorgante gostaria de passar seus últimos momentos de vida, do enterro ou cremação, e do reconhecimento da função do documento.
- d) Diretrizes para a equipe médica: informa a equipe se o paciente possui um médico de confiança e esclarece sobre o objetivo do documento e da plena consciência do paciente acerca do papel da equipe e das limitações.
- e) Revogação: manifestação de ciência da possibilidade de revogação do documento a qualquer tempo.

A grande discussão se dá uma vez que o modelo aqui proposto está completamente diferente pelo utilizado nos Estados Unidos e nas comunidades autônomas espanholas, pois estes são formalizados, sendo um formulário onde o paciente apenas deve preencher a quais tratamentos médicos não quer ser submetido, sem a possibilidade de discorrer sua vontade ou de adaptar a declaração prévia de vontade⁹⁷

Estes formulários são baseados nos termos de consentimento e livre esclarecimento, e são muito utilizados das áreas assistenciais dos Estados Unidos, e

⁹⁶ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p.197.

⁹⁷ DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2015, p.198.

também são trazidas para o Brasil. Estes formulários são parecidos com contratos de adesão, pois há diversas cláusulas que o paciente deve concordar ou não.⁹⁸

Sendo assim, é de suma importância um modelo de Declaração Prévia de Vontade do paciente em fim de vida no Brasil, para poder melhor orientar os pacientes que têm o desejo de redigir um documento deste. Claro, sempre sendo observado para que possa atender ao melhor interesse do paciente. É muito indicado também a presença de um advogado pois como já exposto, este documento se assimila muito a um contrato de adesão sendo assim necessário o estudo de todas as cláusulas, e também da presença de um médico de confiança do outorgante.

5 CONCLUSÃO

A bioética vem como uma grande importância no momento atual em que vive a medicina, uma vez que essa passa por grandes evoluções tecnológicas, e com esse avanço o direito precisa evoluir junto. O direito caminha do lado da medicina neste contexto, necessitando normatizar e controlar esse grande avanço da medicina.

⁹⁸ Ibidem. p. 199.

A bioética surgiu na década de 70, sendo apenas um reflexo dos avanços tecnológicos da ciência, principalmente da medicina. Destaca-se que os avanços e incentivo nos estudos da bioética se dão de alguns acontecimentos históricos, como os experimentos que eram feitos com humanos na época do Nazismo

Ao longo dos anos a bioética passou também por várias evoluções, sempre para acompanhar o avanço da ciência.

Com este avanço da bioética e da medicina, a autonomia da vontade dos pacientes de doenças terminais começou a ter maior respaldo e respeito. Com algumas divergências entre médicos e familiares o paciente começou poder decidir sobre se submeter a algum tipo de tratamento ou não.

Num contexto global, começa o surgimento do testamento vital e das diretivas antecipadas da vontade, vindo para dar ainda mais respaldo para a autonomia do paciente terminal, sendo este um documento redigido por um paciente ainda com pleno gozo de suas faculdades mentais, determinando qual tipo de tratamento quer ou não ser submetido quando não puder mais expressar suas vontades.

O testamento vital muito conhecido e utilizado no exterior vem ganhando seu espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que as vezes de forma equivocada, o testamento vital vem com grande força para auxiliar no que tange a autonomia do paciente. O médico por sua vez tem papel fundamental no momento em que um paciente vai fazer algum tipo de documento referente as diretivas antecipadas da vontade, uma vez que este tem o papel de sanar dúvidas do paciente, mas nunca induzi-lo a fazer ou não este documento.

Atualmente não existe lei específica referente ao testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro; ele apenas é assegurado por princípios constitucionais, muito embora tenham algumas resoluções referentes ao tema.

Já há decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, referente a autonomia da vontade do paciente, ocorre que há ainda um grande desconhecimento a cerca do tema testamento vital, uma vez que a referida decisão baseia-se no testamento vital, mas em momento algum estão presentes os requisitos para ser considerado este documento.

Muito embora já se vislumbre um grande avanço das diretivas antecipadas da vontade no Brasil, ainda há muito a se evoluir e estudar acerca deste tema, o projeto de Lei nº 524/2009 vem com muita força para que se tenha uma lei específica, e assim

aumentar ainda mais o poder de autonomia do paciente, e também servirá muito para o crescimento da bioética e conseqüentemente do testamento vital no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARCIFONTAINE, C. P. e PESSINI, L. *Bioética, alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira* de 1988.

BRASIL. *Código Civil brasileiro* Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. artigo 186 e artigo 927.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CABRAL, F. B. *Reflexões sobre o direito à informação dos pacientes no Brasil e nos Estados Unidos*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/13851/reflexoes-sobre-o-direito-a-informacao-dos-pacientes-no-brasil-e-nos-estados-unidos/1>>. Acesso em 23 mai. 2016.

CONSELHO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE CIÊNCIAS MÉDICAS. *Diretrizes éticas internacionais para a pesquisa biomédica em seres humanos*. São Paulo. Centro universitário São Camilo: Loyola, 1998.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Diário Oficial da União, Brasília, 28 nov. 2006. Seção I, p. 169.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ENGELHARDT H. T. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

GARRAFA, V. e PESSINI L. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 1998.

GOGLIANO, D. 1993. CREMESP, *Manual de ética em ginecologia e obstetrícia: Princípios bioéticos*. São Paulo: CREMESP. Site do CREMESP: Conselho regional de medicina do Estado de São Paulo. Disponível em <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53>. Acesso em 18 mai. 2016.

HERRERA, P. A. *Suicídio assistido no direito brasileiro: aspectos gerais*. Disponível em: <<http://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/185634010/suicidio-assistido-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 20 mai. 2016.

HOTTOIS, G. SCHRAMM, F. R.; e BRAZ, M. Introdução à Bioética; Disponível em <<http://www.ghente.org/bioetica>>. Acesso em 18 mai. 2016.

JOSE, G. F. D. *O princípio da beneficência na responsabilidade civil do médico*. Disponível em <http://www.ibemol.com.br/sodime/artigos/BIOETICA_DIREITO_MEDICO.htm>. Acesso em 20 mai. 2016.

JURISPRUDÊNCIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

Dias, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013

MOLINARI, M. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. Disponível em <<http://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>>. Acesso em 25 mai. 2016.

NICÉSIO, R.G. *Suicídio assistido*. Biomedicina Brasil. Disponível em <<http://www.biomedicinabrasil.com/2011/06/suicidio-assistido.html>>. Acesso em 24 mai. 2016.

PEDROSO, André. *Falando em Testamento*. In: Miranda, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Volume 56. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

POTTER V.R., SCHRAMM, F. R.; e BRAZ, M.; *Introdução a Bioética*. Disponível em <<http://www.ghente.org/bioetica>>. Acesso em 18 mai. 2016.