

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL**

**TESTAMENTO VITAL: ANÁLISE DE SUA VALIDADE NO ORDENAMENTO  
JURIDICO BRASILEIRO**

Isabella Barbosa Dantas

Presidente Prudente/SP  
2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL**

**TESTAMENTO VITAL: ANÁLISE DE SUA VALIDADE NO ORDENAMENTO  
JURIDICO BRASILEIRO**

Isabella Barbosa Dantas

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil para obtenção do grau de especialista sob orientação do Prof. Pedro Augusto de Souza Brambilla.

Presidente Prudente/SP  
2020

**TESTAMENTO VITAL: ANÁLISE DE SUA VALIDADE NO ORDENAMENTO  
JURIDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do grau de especialista em  
Direito Civil e Processo Civil.

Pedro Augusto de Souza Brambilla

Gisele Caversan Beltrami Marcato

Renato Tinti Herbella

Presidente Prudente, 05 de março de 2020.

“Não temas, porque eu sou contigo; não te assombres, porque eu sou o teu Deus; eu te fortaleço, e te ajudo, e te sustento com a minha destra fiel”.

Isaías 41:10

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, Aquele que é digno de todo o meu amor, coração, respeito e gratidão, que me concedeu o dom da vida e que me sustenta, todos os dias, me dando forças para enfrentar as dificuldades do mundo, e capacidade para elaborar trabalhos como este. Sem Ele e sem a sua misericórdia, eu não chegaria até aqui.

Agradeço ao meu orientador Pedro Augusto de Souza Brambilla, ser humano incrível, que com seu conhecimento me conduziu neste feito de forma paciente, atenciosa e dedicada. Sem medir esforços, sempre está disposto a me auxiliar. Obrigada, professor, por tudo!

Aos meus pais, Valdir Dantas de Figueiredo e Rosângela Barbosa da Silva Dantas, minha base, estrutura e fortaleza. Aqueles que sempre fizeram o possível e impossível por mim, que torcem, sonham e vibram com minhas conquistas. Sou eternamente grata a Deus por me conceder a honra de ser filha de pais tão maravilhosos e abençoados, pessoas que são exemplos para mim, devo tudo que sou a eles e meu amor por eles é infinito.

A minha irmã, Lorena, que sempre acreditou em mim, no meu potencial e sempre torceu pelas minhas conquistas, minha confidente e, por muitas vezes, meu amparo, agradeço a Deus por ser irmã de uma pessoa de luz como ela. Amo muito!

A minha amada e querida “vó” Guiomar, que sempre coloca meu nome em suas orações, mulher de fé, guerreira, de força inabalável, minha Rainha, meu amor e minha admiração pela pessoa incrível que ela é.

Ao meu namorado, por sempre torcer por mim e acreditar na minha capacidade, agradeço aos meus amigos e todos aqueles que direta e indiretamente contribuíram para a elaboração deste trabalho, me dando forças e apoio.

## RESUMO

O presente trabalho busca estudar a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo diante da falta de legislação específica sobre o tema. Espécie de diretiva antecipada de vontade, o testamento vital, é uma declaração feita antecipadamente pela pessoa sobre cuidados com a saúde, para que possa surtir efeitos ainda em vida, quando esta estiver acometida por uma doença ameaçadora e for incapaz de tomar decisões. Com base nesta ideia, através do método dedutivo, o trabalho se destina a analisar várias temáticas, principalmente, o direito a vida e morte dignas com base na dignidade da pessoa humana e o respeito a autonomia privada do paciente, para isso, o estudo visita institutos da bioética e biodireito, traça noções sobre eutanásia, distanásia, suicídio assistido, ortotanásia, cuidados paliativos e tratamentos extraordinários. A pesquisa traz apontamentos sobre o assunto no Direito Estrangeiro, bem como, pontua normas constitucionais e infralegais existentes atualmente no sistema jurídico que dão respaldo para o instituto do testamento vital aqui no Brasil, além de tratar de aspectos técnicos para a elaboração desta declaração.

**Palavras-Chave:** Testamento Vital. Diretiva Antecipada de Vontade. Dignidade da Pessoa Humana. Morte Digna. Autonomia Privada.

## ABSTRACT

This study aimed to study the validity of “Living Will” in Brazilian legal system, even in the face of the lack of specific legislation on the subject. A kind of advance directive will, the “Living Will”, is a statement made in advance by the person about health care, so that it can have effects still in life, when he is affected by a threatening illness and is unable to make decisions. Based on this idea, with deductive method, the study aims to analyze several themes, mainly, the right to dignified life and death based on the human dignity and respect for the patient's private autonomy. For this, the study visits institutes of bioethics and bio-law, traces notions about euthanasia, dysthanasia, assisted suicide, orthothanasia, palliative care and extraordinary treatments. The research brings notes on the subject in Comparative Law, as well as points out constitutional and infra-legal norms currently existing in the legal system that support the institute of the “Living Will” in Brazil, in addition to dealing with technical aspects for the preparation of this declaration.

**Keywords:** Living Will. Advance Directive Will. Human Dignity. Worthy Death. Private Autonomy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2 BIOÉTICA, BIODIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: NOÇÕES ELEMENTARES</b> .....	11
2.1 Pontos Históricos da Ética Médica e dos Direitos Humanos: Breves e Fundamentais Considerações.....	13
2.2 Dos Princípios Norteadores da Bioética.....	16
2.2.1 Princípio do respeito pelas pessoas (autonomia).....	16
2.2.2 Princípio da beneficência .....	17
2.2.3 Princípio da não-maleficência .....	18
2.2.4 Princípio da justiça .....	18
2.3 A Dignidade da Pessoa Humana .....	19
2.4 O Direito de Liberdade da Pessoa Humana .....	21
2.5 Do Direito a Vida e a Morte com Dignidade .....	22
<b>3 ASPECTOS DA TERMINALIDADE DA VIDA E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ELEMENTOS ESSENCIAIS</b> .....	24
3.1 Direito a Autonomia: Da Autonomia de Vontade para a Autonomia Privada .....	24
3.1.1 A autonomia na relação médico-paciente .....	26
3.1.2 Autonomia para consentir .....	29
3.2 Eutanásia, Distanásia, Suicídio Assistido e Ortotanásia .....	30
3.2.1 Eutanásia .....	31
3.2.2 Distanásia .....	32
3.2.3 Suicídio assistido .....	33
3.2.4 Ortotanásia .....	34
3.3 Cuidados Paliativos e Tratamentos Extraordinários .....	35
3.3.1 Nutrição e hidratação artificial .....	37
3.3.2 Sedação paliativa .....	38
3.3.3. Extubação paliativa .....	39
3.4 Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV).....	40
<b>4 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA</b> .....	46
4.1 O Testamento Vital nos Estados Unidos da América .....	46
4.2 O Testamento Vital na Espanha .....	49
4.3 O Testamento Vital em Portugal .....	50
<b>5 A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL</b> .....	52
5.1 Constituição Federal e Legislação Infraconstitucional .....	52
5.2 Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) .....	57
5.2.1 Resolução 1.805/06 do CFM .....	57
5.2.2 Resolução 1.995/12 do CFM .....	59
5.2.3 Resolução 2.232/2019 do CFM .....	64
5.3 Enunciados de Jornadas .....	65
5.4 Apelação Cível 70054988266 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul .....	66
<b>6 ASPECTOS TÉCNICOS DO TESTAMENTO VITAL</b> .....	69
6.1 Natureza Jurídica .....	69
6.2 Formalidades e Segurança Jurídica .....	77



6.3 Discernimento e Capacidade .....	80
6.4 Prazo de Validade e Revogação .....	83
6.5 Testamento Vital: Conteúdo e Limites .....	84
6.5.1 Conteúdo do testamento vital válido .....	84
6.5.2 Limites do testamento vital .....	88
6.6 Análise do Substitutivo do Projeto de Lei 149/2018 .....	89
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>98</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>100</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho voltou seus olhos para a análise da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro mesmo diante da ausência, atualmente, de legislação específica sobre o assunto no Brasil. Tal tema fora escolhido e estudado em razão da importância das temáticas que esse instituto abrange para a Sociedade Democrática atual que vivemos, já que cuida de um assunto muito sensível e ainda visto de forma muito tímida, que é a morte.

Partindo do pressuposto de que o testamento vital é uma diretiva antecipada de vontade em que o sujeito, com discernimento, elabora atestando sobre as terapêuticas e tratamentos médicos que deseja ou não se submeter quando estiver acometido por uma doença ameaçadora de vida e incapaz para decidir, o trabalho se dedicou a analisar inúmeras temáticas que estão contidas na ideia do testamento vital.

Sendo assim, nessa apreciação acadêmica, através do método dedutivo, foi realizada, inicialmente, abordagem a respeito de noções elementares sobre bioética, biodireito e princípios constitucionais. Tratou-se de breves considerações históricas da ética médica e dos direitos humanos com o intuito de analisar o avanço da medicina e suas técnicas e, conseqüente, necessidade de mudanças de paradigmas na relação médico-paciente que teve seu cerne no respeito à dignidade da pessoa humana. Neste contexto, tratou-se ainda de princípios norteadores da bioética e que são importantes para o estudo do testamento vital. Ademais, teceu-se apontamentos sobre a dignidade da pessoa humana, direito de liberdade e direito a vida e morte dignas (duas faces de uma mesma moeda).

Posteriormente, foi realizada análise sobre aspectos da terminalidade da vida e sobre as diretivas antecipadas de vontade como um todo, passando pelo estudo da autonomia de vontade, autonomia privada, autonomia na relação médico-paciente e autonomia para consentir. Estudou-se, ainda, as diferenciações entre os termos eutanásia, distanásia, suicídio assistido e ortotanásia, de modo a evitar todo e qualquer tipo de confusão que os institutos possam gerar, principalmente, no tocante a legalidade do testamento vital, visto que ao tratar de morte, ele não dá respaldo para práticas que são terminantemente proibidas no sistema jurídico brasileiro. Cuidou-se, ainda, de tecer considerações sobre cuidados paliativos, os

quais possuem grande importância para a ideia do testamento vital e sobre tratamentos extraordinários.

Em seguida, foi traçado apontamentos sobre o tratamento do tema no Direito Comparado, trazendo menções acerca da legislação pioneira sobre testamento vital, qual seja, a Patient Self Determination Act (PSDA), dos Estados Unidos da América, que intitulou o instituto como “Living will”, nomenclatura que foi traduzida livremente como “Testamento Vital”, o que, por sua vez, acabou por gerar algumas incongruências, já que ele não possui a mesma finalidade que o testamento tradicional do Direito Civil. Além disso, passou-se, ainda, pela análise da regulamentação do assunto na Espanha e em Portugal.

Após, o trabalho cuidou de tratar da validade do testamento vital no Brasil, mesmo diante do vácuo legislativo sobre o tema, trazendo, então, normas constitucionais e infralegais existentes no nosso ordenamento e que dão respaldo legal e jurídico para o instituto, passando também pela análise de Resoluções do Conselho Federal de Medicina, Enunciados de Jornadas, tratativa do tema no Poder Judiciário, principalmente, com a Apelação Cível 70054988266 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Foi realizada, também, análise sobre aspectos técnicos do testamento vital, como sua natureza jurídica, passando pela apreciação de aspectos acerca dos fatos jurídicos e da escada ponteano sobre existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, bem como tratou sobre formalidades, segurança jurídica do documento, aspectos sobre a (in)capacidade e discernimento do testador, possibilidade ou não de revogação do testamento, bem como seu conteúdo e limites. Por fim, foi avaliado o substitutivo do projeto de Lei 149/2018, que trata de diretivas antecipadas de vontade e está em trâmite no Senado Federal.

Ao final, foi feita uma conclusão no tocante a todo estudo realizado sobre o tema e destrinchado em todas as laudas a seguir expostas.

## **2 BIOÉTICA, BIODIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: NOÇÕES ELEMENTARES**

A análise do instituto jurídico do testamento vital envolve, primeiramente, a discussão, ainda que superficial, acerca do avanço tecnológico e científico da medicina e o surgimento, nesse contexto, da chamada bioética.

A sociedade mundial tem passado nos últimos anos por uma onda de evolução significativa, com o surgimento de novas aparelhagens, medicamentos e tratamentos, que possibilitam a qualidade, o prolongamento da vida e a cura de doenças graves, antes vistas como incuráveis. Ademais, cresce gradativamente a intensidade dos estudos, pesquisas e análises acerca da vida. Nesse sentido, Volnei Garrafa (1998, p. 99):

Os avanços alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico nos campos da biologia e da saúde, principalmente nos últimos trinta anos, têm colocado a humanidade frente a situações até pouco tempo inimagináveis. São praticamente diárias as notícias provenientes das mais diferentes partes do mundo relatando a utilização de novos métodos investigativos e/ou de técnicas desconhecidas, a descoberta de medicamentos mais eficazes, o controle de doenças tidas até agora como fora de controle.

Ocorre que esse desenvolvimento da ciência médica gera consequências tanto positivas, quanto negativas. Na busca incansável pelo maior tempo de vida do paciente com o aprimoramento da medicina, muitas vezes questões éticas acabam sendo esquecidas, principalmente, nos casos de terminalidade da vida, em que, talvez, o raciocínio da longevidade não seja o mais pertinente. Como pondera Mayana Sales Moreira (2015, p. 16) “os grandes feitos do homem e do progresso conquistado, começaram a passar a sensação de superioridade e inexistência de limites. O conhecimento passou a ter valor absoluto, esquecendo-se do valor humano”.

Ainda nesse sentido entre os dois lados da evolução, Volnei Garrafa (1998, p. 99) afirma que:

Se, por um lado, todas estas conquistas trazem na sua esteira renovadas esperanças de melhoria da qualidade de vida, por outro criam uma série de contradições que necessitam ser analisadas responsavelmente com vistas ao equilíbrio e bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida no planeta.

Observa-se que o avanço tecnológico e científico tomou proporção tamanha, que ainda que tenha trazido incontáveis benefícios à vida humana, a forma como as pesquisas e análises se desenvolveram, gerou uma preocupação ética com os limites dos recursos a serem utilizados. Até porque, dentro deste panorama em que a ciência se expande cada vez mais, a morte passa a ser vista até mesmo como uma intrusa, daí a tentativa de evitá-la a todo e qualquer custo.

Utilizando mais uma vez Mayana Sales Moreira (2015, p. 17-18), ela aponta que:

A evolução da tecnologia na área da saúde desrespeitou, em muitas situações, os mandamentos éticos elementares. As pesquisas em seres humanos são um grande exemplo do problema ético que nasceu juntamente com o surgimento do novo aparato tecnológico à disposição da medicina. Se de um lado era possível observar resultados positivos oriundos dessas pesquisas, de outro se percebia de forma cristalina que os meios empregados não respeitavam a dignidade das pessoas a ela submetidas.

Foi neste contexto de evolução em que o valor humano começou a ser prejudicado e dar espaço para o valor egocêntrico do conhecimento, que passou a ser discutido acerca da necessidade da ética caminhar em conjunto com a tecnologia, de modo a impor limitações às pesquisas, análises e estudos, pensando sempre em preservar a dignidade da pessoa humana, como fundamento basilar que é previsto na nossa Constituição Federal. Nesse sentido, Letícia Ludwig Moller (2010, p. 17):

O temor de que as novas tecnologias não fossem utilizadas em benefício do homem e da humanidade, mas para a promoção e o aumento de poder de alguns, trouxe a percepção da necessidade de impor-se alguns limites ao desenvolvimento tecnológico e às realizações das ciências. É nesse contexto, verificado a partir do segundo pós-guerra, que surge a bioética, ética aplicada que se ocuparia da prática das ciências da saúde, a exemplo da questão acerca do uso eticamente correto das novas tecnologias, buscando soluções para situações problemáticas e controversas referentes à vida, à saúde e à morte.

Ademais, além de experimentos com seres humanos, é possível perceber um grande estudo acerca do prolongamento da vida, muitas vezes de modo artificial e sem respeitar as vontades próprias do paciente em estado terminal, até porque a sociedade alimenta um sentimento negativo perante o evento morte.

Nesse cenário de preocupação com as proporções do avanço tecnológico na área da saúde e a necessidade de aplicação da ética, é que surge a

chamada bioética, como aponta Mayana Sales Moreira (2015, p. 22) “foi, portanto, a preocupação recém-surgida da sociedade com os avanços científicos descontrolados e ilimitados que culminou com o nascimento da Bioética”.

A análise da bioética caminha por alguns acontecimentos históricos de grande relevância para a ciência médica e o respeito à condição humana.

## **2.1 Pontos Históricos da Ética Médica e dos Direitos Humanos: Breves e Fundamentais Considerações**

Como já pontuado, ao passo em que a tecnologia avançava, as preocupações com os limites da ciência também tomavam forma. Nesse contexto, alguns eventos históricos se perfazem como importantes para o entendimento da ética médica e da proteção dos direitos do homem.

Os anos da Segunda Guerra Mundial revelaram atrocidades e barbáries em vários setores da sociedade, motivo pelo qual o mundo passou a vivenciar um momento de reflexões na busca de soluções para o caos que havia sido instalado. Neste cenário, pontua-se que uma das áreas que foi afetada pela crueldade característica desse período de guerra, foi a área da saúde, em que experimentos médico-científicos, realizados em seres humanos que eram tratados como cobaias, mostrou a extrema maldade e desrespeito com os direitos do homem e principalmente da sua dignidade. Nesse sentido, Ticiania Garcia Fernandes Vieira (2018, p. 38):

Naquele instante, o mundo tomava conhecimento de que não eram apenas os soldados e seus tanques que aterrorizavam as pessoas, muitas das vítimas do nazismo podiam ser encontradas em ambientes hospitalares, nas mãos de médicos e enfermeiros, não para serem cuidados e tratados em suas enfermidades, mas sim para serem tratados como cobaias e submetidos a toda sorte de experimento.

Foi diante desta situação que vinte e três médicos nazistas, conforme aponta Aline Albuquerque (2013, p. 02), foram julgados pelo Tribunal de Nuremberg na Alemanha, sob a acusação de crimes relacionados à investigação científica e médica envolvendo seres humanos, crimes estes que relevam a mais extrema crueldade da falta de humanidade daqueles que começaram colocar a ciência acima do homem.

Os primeiros passos em prol do respeito e proteção da dignidade do homem e seus direitos começaram a ser dados com o então Código de Nuremberg, o qual elencou parâmetros principiológicos calcados na ética como forma de direcionar as pesquisas e experimentos médicos, reprimindo as atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Aline Albuquerque (2013, p. 03) pontua que:

Pode-se observar que o Código de Nuremberg foca a proteção do sujeito da pesquisa, impondo a observância de sua atuação voluntária e livre de pressões, diretas e indiretas. Ainda, enfatiza que, embora existam riscos no desenrolar da pesquisa, deve haver equilíbrio entre os benefícios para o sujeito e eventuais danos. Por fim, a condução da pesquisa impõe o respeito à integridade física e mental daquele que envolve.

Fica evidente a preocupação, neste momento, com o consentimento livre e informado do paciente envolvido na pesquisa ou experimentação, a fim de que seja preservado a sua vontade, desvinculada de qualquer pressão psicológica e desrespeito a sua integridade, sendo tratado como sujeito e não mero objeto científico.

Aline Albuquerque (2013, p. 04), menciona ainda, como referencial dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela ONU (Organização das Nações Unidas), em 1948, a qual reconhece a dignidade da pessoa humana como elemento basilar de uma sociedade e inerente da condição humana, da qual é inseparável. Nesse sentido, a autora preleciona (2013, p. 04):

Nessa primeira fase da história da correlação entre a ética em pesquisa e os direitos humanos, constata-se sua aproximação no que concerne ao contexto histórico do seu surgimento, valores compartilhados e modos de conformação prática. O Código de Nuremberg, o primeiro documento internacional da ética em pesquisa, e o Direito Internacional dos Direitos Humanos são reflexos da percepção da malignidade humana que emerge da Segunda Guerra Mundial; ambos trazem em seu corpo o princípio da dignidade humana, na condição de elemento central, e valores comuns, como a proteção da integridade física e mental e a autodeterminação pessoal [...].

Destarte, tem-se os primeiros elementos históricos que dão forma ao tratamento do homem com dignidade, respeito e proteção, em todas as áreas de sua vida, incluindo, como preceitua o estudo em questão, a área da ciência médica e seus tratamentos em seres humanos.

Posteriormente, a Associação Médica Mundial (AMM) instituiu em 1964 a Declaração de Helsinque que, conforme Ticiania Garcia Fernandes Vieira (2018, p.

39) elencou trinta e cinco diretrizes de como as pesquisas envolvendo seres humanos deveriam ocorrer, sendo que, neste documento, a autonomia e autodeterminação do paciente ganha uma relevante proteção, de forma que é tratada como um direito e dever de respeito do médico.

Entretanto, mesmo com as instruções contidas nestes documentos, situações de desrespeitos ainda continuam acontecendo, foi quando em 1974, conforme pontua Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (1998, p. 82), o governo e o Congresso norte-americano constituíram a “Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental” com o intuito de que fosse realizado um estudo e elaborado um relatório em que fosse identificado os princípios éticos básicos norteadores dos experimentos humanos na ciência. Desta pesquisa surgiu o Relatório de Belmont com três princípios tidos como fundamentais, são eles, o respeito pelas pessoas (autonomia), a beneficência e a justiça, que serão posteriormente analisados.

Nos dizeres de Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (1998, p. 84):

O Relatório Belmont, um documento brevíssimo por sinal, inaugurou um novo estilo ético de abordagem metodológica dos problemas envolvidos na pesquisa em seres humanos. Desde o mesmo não se analisa mais a partir da letra dos códigos e juramentos, mas a partir destes três princípios, com os procedimentos práticos deles conseqüentes.

Percebe-se que houve mudanças de paradigmas com o surgimento deste Relatório, uma vez que as questões da área da saúde, passaram a ser analisadas por um viés não mais puramente codificado, com regras a serem seguidas, mas sim por um viés valorativo, de ponderação, em que a operacionalização fosse mais facilmente alcançada com esses princípios.

Seguindo, ainda, os ensinamentos de Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (1998, p. 84), o Relatório Belmont tratava das questões éticas levantadas pela pesquisa em seres humanos, sem alcançar o campo da prática clínica e assistencial (ética aplicada). Foi a obra “Principles of Biomedical Ethics” de Beauchamp e Childress que tratou da aplicação dos princípios na área clínicoassistencial, tirando o enfoque dos códigos e juramentos, transformando-se na principal fundamentação teórica do novo campo da ética biomédica, criando, um quarto princípio chamado de “não-maleficência”, tendo como base a teoria de David



Ross, eticista inglês, que em 1930 escreveu o livro “The Right and the Good”, onde trata dos deveres atuais e “prima facie” pelo que não há entre os princípios qualquer hierarquia.

Sendo assim, importante pontuar neste momento os princípios basilares que foram levantados nesses estudos e que devem servir de parâmetro para a atuação médica e científica.

## **2.2 Dos Princípios Norteadores da Bioética**

Este tópico se destina a tratar especificamente dos princípios basilares da Bioética e que refletem grande importância para a temática em estudo, são eles: princípio da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e princípio da justiça.

### **2.2.1 Princípio do respeito pelas pessoas (autonomia)**

Trata-se do princípio que está mais correlato com o instituto do testamento vital, visto que faz alusão ao fato do sujeito, paciente, uma vez informado, tomar suas próprias decisões, ou seja, agir conforme suas próprias vontades, desde que esclarecido e informado acerca do tratamento, dos riscos e benefícios. Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (1998, pq. 83) acerca deste princípio preleciona:

O respeito pelas pessoas incorpora pelo menos duas convicções éticas: 1) as pessoas deveriam ser tratadas com autonomia; 2) as pessoas cuja autonomia está diminuída devem ser protegidas. Por pessoa autônoma, o Relatório entendia o indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e agir sob a orientação desta deliberação. A autonomia é entendida num sentido muito concreto, como a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem coação externa [...]. Deste princípio derivam procedimentos práticos: um é a exigência do consentimento informado e o outro é o de como tomar decisões de substituição, quando uma pessoa é incompetente ou incapaz, isto é, quando não tem autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate.

Tal princípio está intimamente ligado com a proteção da dignidade da pessoa humana, que ganhou força com a repulsa pelos tratamentos cruéis e degradantes que a Segunda Guerra Mundial revelou. A ideia de prestigiar a autonomia do paciente coloca o homem como o cerne da questão, já que recairá

sobre a sua própria escolha se sujeitar ou não ao tratamento médico-científico. Nesse sentido, Ticiania Garcia Fernandes Vieira (2018, p. 40):

O princípio de respeito pelas pessoas é considerado o cerne do estudo Belmont e traz, em seu bojo, a ideia de que o indivíduo é único e deve ser tratado conforme a sua singularidade. Preceitos como capacidade, liberdade e dignidade estão intimamente ligados ao conceito de autonomia. Assim, estabelecer uma pesquisa onde as pessoas envolvidas não têm capacidade de gerenciar suas escolhas e liberdade para se posicionar conforme seus interesses é, sem dúvida, uma ofensa à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, um desrespeito a esse princípio.

Esse princípio é importante para o estudo do instituto do Testamento Vital, já que leva em consideração a palavra do próprio paciente que, muitas vezes, por estar sujeito a um tratamento que prolonga sua vida de modo artificial e doloroso, prefere optar pelo momento da morte, de forma digna e respeitosa.

### **2.2.2 Princípio da beneficência**

Primeiramente importante esclarecer que tal princípio não faz menção à caridade. A ideia de beneficência exprime o agir em benefício do outro de modo a evitar a ocorrência de danos, maximizar benefícios e minimizar possíveis prejuízos. Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (1998, p. 84) sobre este princípio:

No princípio da *beneficência*, o *Relatório Belmont* rechaça claramente a ideia clássica da beneficência como caridade e diz que a considera de uma forma mais radical, como uma obrigação. Nesse sentido, são formuladas duas regras como expressões complementares dos atos de beneficência: a) não causar dano e b) maximizar os benefícios e minimizar os possíveis riscos.

Este princípio se refere ao bem estar do paciente na prática médica e pensar em bem estar é entender que em qualquer fase do tratamento, o sujeito tem que ser preservado na sua dignidade, de modo que, muitas vezes, essa dignidade encontra seu amparo no evento morte. Nessa linha de argumento Délio José Kipper e Joaquim Clotet (1998, p. 46) “[...] o bem geral da humanidade não deveria ser aduzido como justificativa de uma pesquisa que desrespeitasse ou abusasse de uma vida humana, como poderia acontecer num paciente terminal ou num feto”.

Por fim, pontua-se aqui que este princípio se difere da não-maleficência, o qual foi incorporado à bioética principiológica com os estudos de Beauchamp e Childress que será tratado a seguir.

### **2.2.3 Princípio da não-maleficência**

Referido princípio, apesar de dever ser interpretado de forma diversa do princípio da beneficência, a análise deles ocorre em conjunto, até mesmo porque ele foi desmembrado do próprio princípio da beneficência pelos estudiosos Beauchamp e Childress em sua obra “Principles of Biomedical Ethics”, sendo assim, a ideia transmitida por este princípio é de uma negativa frente aos danos, o “não causar danos”. A respeito da não-maleficência Délio José Kipper e Joaquim Clotet (1998, p. 46) assevera que segundo interpretação feita por Beauchamp e Childress:

[...] não-maleficência ou a obrigação de não causar danos, e beneficência ou a obrigação de prevenir danos, retirar danos e promover o bem. As exigências mais comuns da lei e da moralidade não consistem na prestação de serviços senão em restrições expressas geralmente de forma negativa, por exemplo, não roubar. No mais das vezes, o princípio de não-maleficência envolve abstenção, enquanto o princípio da beneficência requer ação. O princípio de não-maleficência é devido todas as pessoas, enquanto que o princípio da beneficência, na prática, é menos abrangente.

Vale mencionar aqui ainda, que assim como o princípio da beneficência, a não-maleficência também não é absoluta e, portanto, é um paradigma a ser seguido pelos profissionais da área de atuação médica que, muitas vezes, será relativizado frente a situação concreta do paciente.

### **2.2.4 Princípio da justiça**

Este princípio se aproxima muito da ideia de igualdade material de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na proporção de suas desigualdades, servindo como parâmetro para os profissionais durante tomadas de decisão para que distribua os riscos de forma imparcial. Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (1998, p. 84):

No terceiro princípio, o da justiça, os membros da Comissão entendem justiça como sendo a “imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios”. Outra maneira de entender o princípio de justiça é dizer que “os iguais devem ser tratados igualmente”. O problema está em saber quem são os iguais. Entre os homens existem diferenças de todo tipo e muitas delas devem ser respeitadas em virtude do princípio de justiça, por exemplo, ideal de vida, sistema de valores, crenças religiosas, etc. Não obstante, existe um outro nível em que todos devemos ser considerados iguais, de tal modo que as diferenças nesse nível devem ser consideradas injustiças – neste particular a Comissão não deixou nada claro.

A ideia que este princípio transmite é justamente a de não estabelecer diferenças no tratamento de pacientes, de forma a dar atendimento equânime e justo para os enfermos.

Os princípios mencionados aqui serviram de parâmetro para a ciência médica e foram um grande marco da bioética principiológica, ganharam grande repercussão e relevância e evoluíram dentro do estudo da medicina.

Pertinente esclarecer que foram traçados alguns apontamentos considerados pertinentes a temática do trabalho, sem o escopo de esgotar o assunto, sendo assim, o próximo passo é análise de elementos constitucionais que são de suma importância para o estudo do instituto do Testamento Vital.

### **2.3 A Dignidade da Pessoa Humana**

Tratada como um fundamento da República Federativa do Brasil, prevista logo no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana ascendeu no pós Segunda Guerra Mundial com as atrocidades que a época evidenciou, como já mencionado alhures, este período foi extremamente caótico e clamou por mudanças de paradigmas, onde o respeito a dignidade do homem foi primordial. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso (2014, p. 61) pontua acerca da incorporação da dignidade da pessoa humana no pós Guerra.

Em que pese as inúmeras interpretações que o instituto da dignidade da pessoa humana pode apresentar, algumas ideias tem influência em seu estudo e são importantes para a temática do testamento vital, sendo assim, é possível colacionar alguns pensamentos Kantianos, os quais ditam o valor do ser humano que deve ser tratado como fim em si mesmo e não como meio para que outros fins sejam atingidos (imperativo categórico). Nesse sentido, Luis Roberto Barroso estudando Kant (2014, p. 71-72):

As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Assim é a natureza singular do ser humano. Portanto, as coisas têm um preço de mercado, mas as pessoas têm um valor interno absoluto chamado de dignidade. Como consequência, cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa.

Apesar da abstração das ideias que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana, é possível perceber que ela carrega em seu seio o respeito pela condição humana, pela qual não se estipula valores quantitativos, mas sim qualitativos, a qualidade de ser humano requer que este seja dotado de condições existenciais mínimas para que possa sobreviver em sociedade, perante um Estado não autoritário e democrático. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana vai abarcar o dever de respeito e proteção.

Neste cenário, tem-se que a autonomia é elemento integrante da dignidade da pessoa humana, já que a autodeterminação da pessoa lhe permite buscar, conforme seus ideais, o que lhe traz bem estar. Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 63):

Assim, seguindo uma tendência que parece estar conduzindo a uma leitura e recontextualização da doutrina de Kant (ao menos naquilo em que aparentemente se encontra centrada exclusivamente na noção de autonomia da vontade e racionalidade), vale reproduzir a lição de Dieter Grimm, eminente publicista e Magistrado germânico, ao sustentar que a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana.

Respeitar a dignidade da pessoa humana é valorizar que o homem é senhor de suas próprias escolhas e de seus próprios ideais. Ainda acerca da autonomia, em seu sentido pessoal, Luis Roberto Barroso (2014, p. 81), pontua que “corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”.

Nesse diapasão, a análise da dignidade da pessoa humana com o viés da autonomia remete ao posicionamento de que o indivíduo em situação de terminalidade de vida, em que os tratamentos médicos estão apenas prolongando sua vida de modo artificial e sem resultados positivos, pode sim fazer a opção pela

recusa a determinada terapêutica, de modo que o instituto da dignidade não será apenas vislumbrado no plano da vivência, mas também na sua outra faceta, qual seja, do evento morte.

## **2.4 O Direito de Liberdade da Pessoa Humana**

Fruto da primeira dimensão de direitos fundamentais, o direito a liberdade é intrínseco de um Estado Democrático de Direito e está intimamente ligado as ideias ditas acima acerca da dignidade da pessoa humana com o viés da autonomia. Ter dignidade e ser autônomo presume liberdade para tomar suas próprias escolhas e seguir suas próprias diretrizes, sem a imposição de um poder soberano, o qual, numa análise dos institutos da saúde que giram em torno do testamento vital, pode ser metaforicamente comparado com a figura do médico, o qual não influenciaria o paciente terminal em suas escolhas, apenas o esclareceria, o informaria, para que ele próprio, no gozo de sua autonomia e liberdade, tomasse a melhor decisão para sua vida ou não vida.

Nesse sentido, Antônio Carlos Lopes, Carolina Alves de Souza Lima e Luciano de Freitas Santoro (2011, p. 30) aduzem que:

Assim, o respeito à dignidade da pessoa humana está diretamente ligado ao reconhecimento da autonomia pessoal, ou seja, da liberdade de que o ser humano tem de, ao menos potencialmente, conduzir sua própria existência e ser respeitado como sujeito de direitos. Por isso, o direito de decidir de forma autônoma sobre sua vida, seus projetos existenciais, seus anseios e seus caminhos representa o respeito à dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, assim, o entrelaço das ideias acerca de dignidade, autonomia e liberdade que, em conjunto, formam um campo de proteção ao paciente terminal que, muitas vezes, opta em elaborar uma declaração antecipada de vontade optando por não se sujeitar a determinado tipo de tratamento que, conforme seus ideais e valores, violariam a sua dignidade em vida e só lhe traria mais dores e sofrimentos.

## 2.5 Do Direito a Vida e a Morte com Dignidade

O artigo 5º da Constituição Federal inaugura o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, e logo em seu caput trata da inviolabilidade do direito à vida, elencando-o em primeiro plano, de forma a demonstrar a sua importância perante os demais direitos, os quais partem da vida e tem nela a sua base protetiva. Nesse sentido, André Ramos Tavares (2018, p. 431) aduz que o direito à vida “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”.

A análise do direito à vida passa por duas vertentes, uma negativa e outra positiva. Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 421) explica que na dimensão negativa o direito à vida assume condição de defesa, e o objeto é a obrigação de abstenção por parte do Estado e de particulares, pelo que devem respeitar e não intervirem no âmbito deste direito, já na dimensão positiva há uma obrigação do Estado e, dependendo do caso, também de particulares, de prática de medidas ativas de proteção da vida, é a ideia de assegurar uma “existência digna” à pessoa. Nesta mesma linha Flávio Martins Alves Nunes Junior (2019, p. 701):

Dessa maneira, o direito à vida tem duas acepções: a) o direito de continuar vivo (ou direito de não ser morto); b) o direito a ter uma vida digna. No primeiro aspecto, o Estado tem o dever de não fazer, de não interferir em nossas vidas, retirando-as arbitrariamente. No segundo aspecto, o Estado tem o dever de fazer, proporcionando a todos um mínimo existencial de uma vida digna.

Fica claro e evidente que o direito a vida é associado de maneira íntima com a dignidade da pessoa humana e, nos termos da presente pesquisa, essa associação é de suma importância, visto que de certa forma traça um parâmetro com o outro lado da vida, qual seja, o evento morte, o qual também deve ser associado com a dignidade da pessoa humana.

Nestes termos ensina Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2019, p. 453):

É que, a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à morte digna é o reverso da moeda do direito à vida digna. Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a consequência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações.

Vida e morte são duas faces da mesma moeda, de modo que a morte é corolário natural do direito a vida, desta forma, nada mais lógico e coerente que se há a tutela de uma vida digna, de igual modo seja a tutela do momento morte, com respeito e dignidade.

Neste cenário, uma vez que a presente pesquisa se volta a análise do momento morte de forma pacífica e respeitando os legítimos interesses do paciente, importante trazer neste momento, palavras de Leo Pessini (2007, p. 60), que acerca da finitude da vida humana assevera:

Uma vez que a morte acontecerá para todos, e também para o próprio médico, a medicina deve criar as condições clínicas para que ela aconteça em paz. Um morrer em paz pode ser definido como aquele em que a dor e o sofrimento são minimizados. Com certeza a medicina não pode garantir uma morte em paz, nem ser responsável pelo que a pessoas trazem no momento do morrer. Mas ela pode evitar tratar a morte como se fosse um acidente biológico evitável, uma falha médica. A morte é, e sempre foi, o resultado inevitável do nascer e vem a todos – mais cedo ou mais tarde -, independentemente do tratamento médico oferecido. Chegará um momento em nossa vida no qual os tratamentos serão fúteis. Atingir-se-á o limite final das capacidades médicas. A administração humana da morte é a responsabilidade final mais exigente para o médico, que é convidado a reconhecer em seu paciente uma limitação inerente à ciência e à arte da medicina: nossa condição de seres mortais e finitos.

É preciso entender que o ser humano é finito, que passará pela experiência da morte e ainda que a aceitação desse momento seja muito tímida e de certa forma evitada, é necessário falar sobre, estudar sobre e escrever sobre, porque é natural, ainda que aos nossos olhos, principalmente sentimentais, exista um certo bloqueio para tratar do tema.



### **3 ASPECTOS DA TERMINALIDADE DA VIDA E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: ELEMENTOS ESSENCIAIS**

Inicialmente, antes de adentrar aos estudos do testamento vital e sua validade no ordenamento jurídico brasileiro, é importante traçar algumas premissas que norteiam o estudo deste instituto, e dentro dessas premissas tem-se a análise do direito a autonomia, o qual é de suma importância para este tipo de documento, além da necessidade de estabelecer algumas diferenciações que podem ocasionar dúvidas no estudo do testamento vital, são elas: eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia.

#### **3.1 Direito a Autonomia: Da Autonomia de Vontade para a Autonomia Privada**

Conjugando todos os apontamentos traçados anteriormente acerca da dignidade da pessoa humana, do direito a liberdade e da vida e morte digna, somado aos princípios norteadores da bioética, tem-se que o direito a autonomia do indivíduo, principalmente em situações de terminalidade de vida, visto que é o caso da presente pesquisa, se perfaz relevante para o entendimento do testamento vital.

Sendo assim, necessário se faz delinear apontamentos que se mostram pertinentes neste momento como premissa do estudo sobre esta declaração de vontade do paciente. Acerca do conceito de autonomia, Beauchamp e Childress (2002, p. 137-138):

A palavra *autonomia*, derivada do grego *autos* (“próprio”) e *nomos* (“regra”, “governo” ou “lei”), foi primeiramente empregada com referência à autogestão ou ao autogoverno das cidades-estados independentes gregas. A partir de então, o termo *autonomia* estendeu-se aos indivíduos e adquiriu sentidos muito diversos, tais como os de autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo.

Percebe-se que etimologicamente a autonomia trazia a ideia da norma que o sujeito cria para si, como ele estabelece o seu próprio governo, suas vontades e escolhas, daquilo que o indivíduo, como particular e dono de sua própria vida, entende como melhor para si e os caminhos que traça para alcançar esse melhor.

Essa autonomia teve uma passagem da expressão autonomia de vontade para autonomia privada, no Estado Liberal o termo utilizado era “autonomia

de vontade”, através do qual partia-se do pressuposto de que todos eram autônomos e tinham condições de se autorregular, o que preponderava era a vontade do sujeito e não a interferência estatal, o que permitia que particulares eram livres para decidirem o conteúdo dos negócios bem como os parceiros contratuais. Com o pós Guerra, houve um aumento da interferência do Estado na sociedade e princípios como a função social passou a reger as relações sociais, neste momento o termo que passou a ser utilizado era “autonomia privada” (DADALTO, 2020, P. 05-06).

Esse contexto de transição da autonomia de vontade para a autonomia privada, em que é possível perceber que figura como plano de fundo a influência estatal na sociedade, revela dois pontos que marcam essas duas expressões, ou seja, enquanto que a autonomia de vontade demonstra uma liberdade ampla do indivíduo, o qual é dono de suas próprias escolhas e autônomo suficiente para se auto regulamentar, a autonomia privada demonstra a necessidade de respeito e de conjugação com os demais mandamentos de um Estado, principalmente em um Estado Democrático de Direito, então, é neste ponto que se tem a autonomia do sujeito correlata com a dignidade da pessoa humana (DADALTO, 2020, P. 10-14).

Em relação a essa interatividade da autonomia privada no ordenamento jurídico, Luciana Dadalto (2020, p. 09):

É possível verificar que a Constituição vigente representa um marco no trato normativo da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, vez que coexistem normas públicas e privadas, com a garantia de direitos individuais, como o direito à liberdade, e de direitos sociais, como o direito à saúde.

É possível perceber que a autonomia privada tem que ser lida e interpretada como um direito à luz de uma Constituição Federal que estabelece inúmeros outros direitos e garantias, num Estado em que coexistem normas tanto públicas quanto privadas, sendo necessária, fundamentalmente, uma aplicação harmônica dos institutos. Acerca da autonomia privada como legitimação da ação do indivíduo em um cenário de conformação com as demais ordens de um Estado, Luciana Dadalto (2020, p. 10) aduz que:

Ou, em outras palavras, aquela que garante que os indivíduos persigam seus interesses individuais, sem olvidar da intersubjetividade e da alteridade. Significa dizer que autonomia privada não é o poder do indivíduo de fazer tudo o que quiser; não se traduz em uma ampla liberdade, muito pelo contrário, garante ao indivíduo o direito de ter seu próprio conceito de “vida boa” – e, por que não, de “morte boa” – e de agir buscando tal objetivo, direito este que encontra barreiras na alteridade, de modo que a autodeterminação do indivíduo deve ser balizada pelas relações interpessoais e tal balizamento é feito pelas normas jurídicas.

Pertinente mencionar neste momento que perante todo o exposto até então se amolda aqui a concepção de Ronald Dworkin (1999, p. 271- 273) do Direito como Integridade, ou seja, a criação e interpretação das normas jurídicas devem seguir uma harmonia e coerência, de modo a formar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Essa é a ideia da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, uma autonomia que deve ser interpretada e aplicada em conjunto com as demais normas existentes, sob uma perspectiva democrática e seguindo a pluralidade dos projetos de vida do particular.

Neste cenário de interpretação da autonomia e, principalmente, da importância dela para o testamento vital, Luciano de Freitas Santoro (2012, p. 101), pontua que a autonomia impõe a necessidade de respeito à capacidade individual de decisão do ser humano, para que este decida conforme o que é melhor para si, conforme suas vontades e crenças pessoais.

Diante disso, importante entender que a autonomia tem papel fundamental no contexto do testamento vital, o qual, conforme aduz Luciana Dadalto (2020, p. 12) como situação jurídica existencial (e não patrimonial), visto que trata de aspectos correlatos a vida, saúde e cuidados do paciente em situação terminal, deve ser tutelado a luz da autonomia privada e é a partir desta autonomia que podemos verificar a validade do testamento vital no ordenamento jurídico.

### **3.1.1 A autonomia na relação médico-paciente**

Como já tratado alhures o avanço técnico-científico gerou grandes impactos na sociedade, tanto positivos quanto negativos, sendo que neste contexto, muitas atrocidades foram relevadas, de modo que inúmeros documentos marcaram a construção e evolução da bioética. Nesse cenário, o paciente ganhou um papel relevante na relação dele para com o médico, sendo que se começou a preservar a

sua vontade, seus interesses e escolhas. O então mencionado Código de Nuremberg previu em seu artigo 1º:

O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.

Os acontecimentos deste período histórico revelou a valorização do consentimento do paciente nas intervenções médicas, valorização esta que é fruto, conforme menciona Luciana Dadalto (2020, p. 15) do liberalismo, que mostrou ao sujeito seu direito à autodeterminação do próprio corpo, com o avanço da medicina.

Na relação do médico com o paciente uma vertente da autonomia que ganhou papel de destaque foi o chamado consentimento livre e esclarecido que, nos dizeres de Luciana Dadalto (2020, p. 17), trata-se da situação em que o sujeito que irá consentir na realização do negócio jurídico seja autônomo e tenha o esclarecimento necessário acerca do negócio, esse consentimento é uma evolução jurídica do consentimento informado que conforma a autonomia do paciente ao direito à informação e aos direitos do consumidor.

Sendo assim, tem-se a previsão do artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal de 1988 que tutela o direito à informação assegurando seu acesso a todo cidadão brasileiro, resguardando o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Considerando, ainda, uma relação consumeirista entre médico e paciente há, portanto, a aplicação do artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, elencando a informação clara e adequada sobre os pormenores dos produtos e serviços.

Tem-se, ainda, o Código de Ética Médica que em seu capítulo V, artigo 34, prevê que é vedado ao médico “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o

prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Evidente, portanto, o dever que o médico tem de informar o paciente acerca dos tratamentos, diagnósticos e prognósticos e, mais do que informar, tem que esclarecer as complicações e consequências positivas e negativas, além de explicar o que será feito. É uma forma que o paciente tem de exercer sua autonomia de forma mais segura e consciente, sendo que, por outro lado, é formada uma camada de proteção ao próprio médico, já que terá amparado o paciente com as informações e esclarecimentos necessários e pertinentes, e agindo de forma a respeitar a autonomia privada do paciente.

É nesse sentido o ensinamento de Luciano de Freitas Santoro (2012, p. 101), que estabelece a junção da autonomia do paciente com o consentimento informado e esclarecido, ao aduzir que o exercício da vontade autônoma do enfermo reconhece o poder que a pessoa tem de controlar sua vida e intimidade, de forma que as escolhas de outrem não se sobrepõem ao desejo do próprio paciente, ao qual é assegurado a adoção de certas medidas terapêuticas, seguindo as suas convicções, após ter recebido e compreendido as informações necessárias para a manifestação de sua vontade.

Aqui é importante esclarecer que o testamento vital é instituto que se difere do consentimento informado, embora a importância da informação para a elaboração do testamento vital. Nesse sentido, Vladia Maria de Moura Soares Sanches (2014, p. 04):

Logo, não se confunde testamento vital com o chamado consentimento informado, tendo em conta que este “é mais necessário quanto menos urgente é o tratamento e quanto mais experimental, pelo que tem seu campo limitado às situações programadas ou não emergenciais, onde é possível o paciente ou enfermo exteriorizar sua concordância com determinado tratamento”. Ao contrário, o testamento vital vai muito além de mera concordância ou consentimento com determinado tratamento (experimental ou não), mas significa verdadeiro ato de disposição ou estabelecimento – praticamente uma ordem – do tipo de procedimento que deverá ser realizado para o caso extremo de enfermidade, incurável ou terminal, que implique manutenção da vida de forma artificial e por período incerto, ainda que não envolva significativa dor ou sofrimento, conferindo outro caráter à relação médico-paciente.

Assim, mesmo diante destas diferenciações entre o testamento vital e o consentimento livre e esclarecido, é possível vislumbrar que eles se “completam” e isso é importante perceber, porque o testamento vital é uma declaração de vontade que dá força e importância para a autonomia privada do paciente, e essa autonomia será, como já dito, mais segura e consciente, quando os tratamentos terapêuticos são informados e esclarecidos ao sujeito que irá elaborar uma diretiva antecipada.

### **3.1.2 Autonomia para consentir**

Uma vez já tratada acerca da importância do respeito e valorização da autonomia privada do paciente, e tendo em mente que essa autonomia será materializada através do consentimento do indivíduo no momento de elaboração de documentos como o testamento vital, neste tópico será traçado alguns pontos acerca da capacidade para se obter o consentimento. Veja que não é o intuito do presente trabalho cuidar das inúmeras discussões acerca teoria das (in)capacidades, por isso este momento será destinado a esclarecer o que é realmente pertinente ao instituto do testamento vital como diretiva antecipada de vontade.

Como premissas deste esclarecimento, Luciana Dadalto (2020, p. 26) dispõe que:

Entende-se que capacidade é gênero do qual são espécies a capacidade de direito e a de fato. Em linhas gerais, pode-se dizer que a primeira se refere à aquisição de direitos e deveres, e a segunda ao exercício destes, de modo que a capacidade de direito é inerente ao ser humano, conforme depreende do artigo 1º do Código Civil de 2002, e a capacidade de fato depende do discernimento.

Entendendo que o exercício de um direito depende de discernimento do sujeito, importante pontuar aqui que a relevância para institutos como as diretivas antecipadas de vontade, no caso, o testamento vital, está na capacidade do indivíduo para consentir (ter discernimento) e não na capacidade civil. Sobre o discernimento, Naves e Sá (2002, p. 119-120):

O paciente precisa ter discernimento para a tomada de decisão. Discernimento significa estabelecer diferença; distinguir; fazer apreciação. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em direito, a capacidade de fato (ou capacidade para o exercício) normalmente se traduz em poder de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões.

Percebe-se que a discussão não vai girar em torno dos pormenores da capacidade civil, que sofreu alteração com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que se leva em conta para averiguar a validade do consentimento do paciente, é a sua função cognitiva, para entender o que foi informado e esclarecido pelo médico, de forma que exerça sua autonomia privada com segurança. Nessa linha, Luciana Dadalto (2020, p. 27):

Assim, no caso concreto, quando o médico esteja diante de um paciente civilmente capaz, mas constate que o mesmo não possui condições de, autonomamente, tomar decisões sobre sua saúde, deve-se questionar se este terá capacidade para consentir e, se for o caso, buscar suprimento judicial para esse consentimento. Em verdade, capacidade civil e capacidade para consentir são institutos diferentes que, portanto, necessitam de tratamento jurídico diferente – que não ocorre no Brasil. O que se questiona na capacidade para consentir é a condição do paciente de tomar uma decisão e de entender as informações que serão prestadas pelo médico, e não a capacidade deste moldada ao Código Civil de 2002.

Ainda, seguindo este mesmo pensamento, Beauchamp e Childress (2002, p. 154):

Um paciente ou sujeito é capaz de tomar uma decisão caso possua a capacidade de entender a informação material, fazer um julgamento sobre a informação à luz de seus próprios valores, visar um resultado determinado e comunicar livremente seu desejo àqueles que o tratam ou que procuram saber qual é a sua vontade.

Destarte, possível concluir que é a capacidade para consentir, ou seja, ter discernimento, que será crucial para determinar a validade do consentimento livre e esclarecido do paciente.

### **3.2 Eutanásia, Distanásia, Suicídio Assistido e Ortotanásia**

O estudo do tema testamento vital tem como plano de fundo o chamado “direito de morrer”, nesse contexto, é necessário distinguir alguns institutos que costumam gerar dúvidas, ainda mais para a validade desta diretiva antecipada

de vontade, uma vez que algumas práticas são proibidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, levando em conta que a autonomia privada, como já foi dito anteriormente, deve ser aplicada em consonância com os demais princípios e normas de um Estado Democrático de Direito, o qual prevê certas limitações, as diferenciações que aqui se esclarecem servem, também, como uma forma de traçar limites ao conteúdo do testamento vital.

### 3.2.1 Eutanásia

O instituto da eutanásia pode ser entendido como “a morte provocada” em uma situação de solidariedade para com o sujeito que está sofrendo. A palavra eutanásia, conforme preceitua Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p. 38), deriva do grego eu (boa) e thanatos (morte), traduzida como “boa morte” e atualmente utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas.

Nesse sentido também preleciona George Marmelstein (2019, p. 101):

A eutanásia, cuja etimologia vem do grego e significa “boa morte”, é a prática através da qual se abrevia, com o mínimo de sofrimento possível, a vida de um enfermo incurável. Ela pode ocorrer de forma ativa, quando se adota alguma medida para acelerar a morte (aplicando uma injeção letal, por exemplo), ou então de forma passiva, quando se interrompe um determinado tratamento que mantinha o paciente vivo.

Seguindo a definição do instituto, Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p. 39) assevera:

É a morte da pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela. A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, por meio da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.

A partir destes apontamentos que definem a eutanásia, é possível dizer que alguns pontos são importantes para a sua compreensão, o médico na prática da eutanásia pode ter uma conduta tanto ativa, quanto omissiva. Enquanto na ativa o médico acelera o curso natural da morte, abreviando a vida com algum comportamento positivo, o qual promove a morte mais cedo em razão do sofrimento



insuportável do enfermo, na omissão o médico se abstém, não realizando ou suspendendo algum tratamento que prolongaria a vida do paciente.

Embora não haja nenhuma tipificação específica e expressa sobre a eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro, depreende-se pelo sistema que ela é proibida, de forma a se encaixar na previsão do artigo 121 do Código Penal que trata do homicídio e, levando em conta que a sua prática ocorre por fatores de benevolência e solidariedade ao enfermo que está sofrendo, é possível inseri-la na disposição do §1º do referido artigo, que prevê uma diminuição de pena para o delito cometido por relevante valor moral ou social.

### **3.2.2 Distanásia**

Ao oposto da eutanásia está a distanásia, entendida como a prática médica de prolongar a vida humana de modo artificial pelo qual o médico faz uso de um tratamento fútil e extraordinário. Essa prática advém da ideia de que a morte deveria ser evitada a todo e qualquer custo, principalmente com o avanço técnico científico da medicina que se preocupou com a cura de doenças gravíssimas e o aumento da expectativa de vida do paciente.

Nesse sentido, acerca do conceito da distanásia, Luciana Dadalto (2020, p. 34) dispõe que:

Trata-se do prolongamento artificial da vida e tem entre seus sinônimos a obstinação terapêutica, futilidade terapêutica, tratamentos extraordinários. No aspecto da ética médica, praticar a obstinação terapêutica já é infração ética, pois o supracitado artigo 41 do CFM veda expressamente a obstinação terapêutica e o artigo 35 veda ao médico "(...) exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos".

Destarte, compreende-se que a prática da distanásia revela o comportamento do médico de tentar combater a morte com todas as suas forças, empregando até mesmo tratamento que não será eficaz e positivo ao estado clínico do paciente, apenas mantendo-o vivo, muitas vezes com sofrimento e sem dignidade. Leonard M. Martin (1998, p. 187) tece profunda crítica a este instituo:

A distanásia erra por outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural de sua vida. Neste comportamento, o grande valor que se procura proteger é a vida humana. Enquanto na eutanásia a preocupação maior é com a qualidade da vida remanescente, na distanásia a tendência é de se fixar na quantidade desta vida e de investir todos os recursos possíveis em prolongá-la ao máximo. A distanásia, que também é caracterizada como encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica, é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial da medicina.

Conforme o que foi explanado, tem-se que esta prática também não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, já que fere os princípios e ideais do nosso sistema jurídico.

### **3.2.3 Suicídio assistido**

Próximo ao instituto da eutanásia está o suicídio assistido, o qual pode ser entendido como a abreviação da vida pelo próprio paciente que se encontra em estado de doença grave ou incurável. Neste caso o indivíduo que praticará o ato de suicídio é auxiliado por outrem, que lhe fornecerá os meios e orientações. Nesse sentido, Matilde Carone Slaibi Conti (2004, p. 149):

Finalmente, o suicídio assistido, instituto já institucionalizado em países como Suíça e Holanda, corresponde à morte que não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, o qual pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por terceiros ou médico.

Dessa forma, o evento morte é causado pela própria pessoa que decide por fim a sua vida, enquanto que o terceiro auxilia com informações, orientações e meios necessários para a prática do ato.

Prática também não admitida no ordenamento jurídico brasileiro por interpretação do disposto no artigo 122 do Código Penal, o qual sofreu recente alteração pela Lei 13.968/2019, que incluiu a prática da automutilação e do auxílio material, mantendo a previsão anterior de proibição ao induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

### 3.2.4 Ortotanásia

A ortotanásia pode ser vista como a “morte natural”, ou seja, a morte no seu próprio tempo, que decorre da própria doença do paciente, sem abreviações antecipadas e sem prolongamentos artificiais com tratamentos fúteis e extraordinários. Ela é o plano de fundo das diretivas antecipadas de vontade e, principalmente, do testamento vital, tema do estudo em questão. Acerca do instituto da ortotanásia, Renata da Rocha (2014, p. 152):

Embora aparentemente seja tênue a linha divisória que delimita as práticas da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia, ao olharmos com atenção veremos que as condutas são, significativamente, distintas. Isto porque, enquanto na eutanásia há a abreviação do momento da morte, desconsiderando o aspecto da terminalidade da vida do paciente, posto que esta não configura requisito indispensável para a caracterização da conduta, sendo necessário, apenas, o diagnóstico de uma doença incurável, na ortotanásia, por outro lado, a terminalidade da vida é condição sine qua non para que ela se verifique, para que tendo completado o (...) processo: a pessoa nasce, vive e morre, ela possa (...) abraçar a morte como desfecho natural de sua vida (...). A ortotanásia serviria, assim, para evitar a distanásia, isto é, o prolongamento artificial da vida, quando a morte se fizer, naturalmente, iminente.

Percebe-se que o aspecto primordial da ortotanásia é que ela pressupõe uma situação de terminalidade da vida do paciente e diante deste estado clínico o médico deixará de empregar esforços terapêuticos extraordinários, que não trarão nenhum resultado benéfico ao indivíduo.

Diante disto, há quem diga que a ortotanásia é sinônimo da eutanásia passiva, visto que há em ambas um postura de abstenção por parte do médico. Todavia são institutos que não se confundem, Luciano de Freitas Santoro (2012, p. 132-139) dispõe que:

A eutanásia passiva não se confunde com a ortotanásia. Enquanto nesta a causa do evento morte já se iniciou, e por isso a morte é inevitável e iminente, na eutanásia passiva a omissão é a causadora do resultado morte. Na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se procedimentos indicados e proporcionais e que poderiam beneficiar o paciente, tais como os cuidados paliativos ordinários e proporcionais. Já na ortotanásia, suspendem-se os procedimentos considerados extraordinários e desproporcionais, diante da inevitável e iminente morte. Tais procedimentos compreendem a distanásia, por levar ao prolongamento artificial da vida, sem melhorar a existência em seu processo final.

Resta claro e evidente que a prática da ortotanásia enseja uma situação de estado terminal, em que se suspendem tratamentos que não trarão nenhum tipo de resultado benéfico ao paciente acometido de uma doença incurável e que está na iminência da morte. Portanto, é possível dizer que este instituto encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, visto que sua prática evita prolongar um sofrimento do paciente, alargando sua vida de maneira a só causar dor e indignidade.

### **3.3 Cuidados Paliativos e Tratamentos Extraordinários**

Sabendo que o ordenamento jurídico brasileiro ampara o direito de morrer quando este é exercido sob a modalidade da ortotanásia é importante entender que a prática dessa modalidade abarca os chamados cuidados paliativos, os quais visam melhorar a qualidade de vida do paciente acometido por uma doença ameaçadora de vida, bem como ampara a família desse paciente, de forma a prevenir e aliviar sofrimentos. Segundo a OMS, em conceito atualizado no ano de 2017, os cuidados paliativos:

Os cuidados paliativos são uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes e de suas famílias que enfrentam o problema associado a doenças com risco de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento por meio da identificação precoce, avaliação e tratamento impecáveis da dor e de outros problemas físicos, psicossocial e espiritual (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2017, s.p).

Segundo esta definição, a Associação Internacional de Cuidados Paliativos (IAHPC) preleciona:

Os Cuidados Paliativos são cuidados holísticos ativos, ofertados a pessoas de todas as idades que encontram-se em intenso sofrimento relacionados à sua saúde, proveniente de doença grave, especialmente aquelas que estão no final da vida. O objetivo dos Cuidados Paliativos é, portanto, melhorar a qualidade de vida dos pacientes, de suas famílias e de seus cuidadores (ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS, s.a, s.p).

É possível perceber que a sistemática desse tipo de cuidado abrange não apenas a dor física do paciente, mas também a dor psicológica e espiritual, tanto do enfermo, quanto da família, que diante de uma notícia tão severa assim como é receber um diagnóstico de uma doença incurável, terminal, ficam

fragilizados e necessitam do amparo de uma equipe multidisciplinar preparada para esses tipos de situações.

Os cuidados paliativos protegem a dignidade do paciente, a sua proteção na melhor qualidade do tempo de vida que lhe resta. Nesse sentido, Célia Barbosa Abreu e Heloisa Helena Barboza (2017, p. 48):

Quando se está, portanto, diante de “atos relativos à saúde”, como é o caso da escolha do tratamento médico a ser ministrado a um paciente terminal, não se tem dúvida de que a decisão eleita deve se destinar à proteção do ser humano. A opção entre cuidados paliativos ou a continuidade dos procedimentos terapêuticos, significa a escolha entre mais “quantidade de vida” ou melhor “qualidade de vida”. O argumento de se atuar sob o manto do estrito cumprimento do dever legal ou em estado de necessidade, para justificar o uso de meios artificiais e desproporcionais para o prolongamento da vida, não altera em tais casos o desfecho: num caminho ou no outro, o processo de morte será concluído, com mais ou menos sofrimento.

Os cuidados paliativos garantem que o caminho que o paciente irá percorrer até que a sua vida chegue ao fim seja digno, de forma que essa dignidade se perfaça tanto na vida, quanto na morte.

Do outro lado estão os chamados tratamentos extraordinários, os quais dizem respeito ao tratamento que não trará nenhum tipo de benefício eficaz e real ao paciente, de forma que não assegura a dignidade do enfermo, nem evita e alivia sofrimentos. Nesse sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 38) aduz que o tratamento extraordinário, ou também conhecido como tratamento fútil, está diretamente relacionado ao benefício (ou não benefício) que trará ao paciente.

Destarte, não há lista nem definições de quais são os tratamentos que podem ser classificados como extraordinários, ou que são cuidados paliativos, dependerá da situação em concreto e de cada paciente e cada doença que lhe acomete. Entretanto, mesmo assim, Luciana Dadalto (2020, p. 39) dispõe:

Não obstante a necessidade de se aferir in concreto quando determinado procedimento e/ou tratamento torna-se fútil, a literatura aponta a internação em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI), a traqueostomia, a ventilação mecânica, a oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, antibióticos, diuréticas, derivados sanguíneos, etc., como tratamentos que, via de regra, são considerados fúteis em pacientes em fim de vida.

Diante do exposto tem-se que na beira da discussão acerca dos cuidados paliativos e tratamentos extraordinários há ainda debates sobre os tipos de

tratamentos que irão ou não trazer benefícios para o paciente e quais são amparados pelo ordenamento jurídico. Nesta discussão há algumas polêmicas em torno da eutanásia e os casos de suspensão de nutrição e hidratação artificial, exturbação e sedação paliativa, o que será analisado a seguir.

### 3.3.1 Nutrição e hidratação artificial

Falar nos procedimentos de suspensão de nutrição e hidratação cria a ideia de que o paciente irá morrer de fome e sede, assunto que é extremamente delicado tanto para família quanto para os profissionais da saúde, sendo que esta situação se torna ainda mais emblemática quando o paciente está em Estado Vegetativo Persistente (EVP).

Nesse sentido, acerca deste tipo de procedimento, Adriana Bottoni e Vera Lucia Zaher-Rutherford (2019, p. 10) asseveram que comumente os familiares ou responsáveis legais pelo paciente associam a nutrição com saúde de forma que a sua privação/suspensão significa atentar contra a vida do enfermo e esquecem que o paciente está morrendo em razão da evolução de sua doença e que apesar de comprovado que o enfermo nesta situação não sente fome e nem sede, bem como que em alguns casos o paciente não consegue nem mesmo se alimentar pelos meios naturais, preferem a manutenção do tratamento, pelo fato de que a família sofre pelo “simbólico”. Sobre o assunto, Leo Pessini (2007, p. 121):

Finalmente, dar alimento e água para o doente tem um significado simbólico, como uma marca do contínuo cuidado e uma expressão de humanidade. Mas o sentido simbólico de um ato não pode ser divorciado de seu objetivo e de seu contexto. Em pacientes vegetativos, o objetivo normal de manter a vida e aliviar o desconforto da fome e da sede não se aplica, e alimentar não beneficia o paciente, segundo muitos bioeticistas. Em geral as associações médicas e entidades jurídicas norte-americanas, numa linha de prudência, não aconselham negar *food and nutrition* a estes pacientes.

Assim, a falsa ideia de que o paciente morreu de fome e sede é o significado de sofrer pelo “simbólico”, o que faz com que alguns profissionais não aconselhem a suspensão deste tratamento. Todavia, em termos de cuidados paliativos, Correia e Maurício (2014, p. 97), pontuam situações em que a nutrição e hidratação artificial serão suspensas:

(i) o doente, ou na sua incapacidade o seu tutor, depois de terem sido claramente esclarecidos sobre as opções de tratamento, recusam esta intervenção no sentido de respeitar os valores pessoais; (ii) quando o principal objetivo é o alívio dos sintomas advindos da intervenção artificial; (iii) quando o doente está a morrer e a intervenção apenas prolonga o processo de morte e causa sofrimento; (iv) quando a intervenção causa complicações (por exemplo, doentes agitados em que é necessário sedação ou contenção física).

Diante do que fora exposto, percebe-se que a discussão é delicada e polêmica, inexistindo um caminho correto. A preocupação com a prática da eutanásia é pertinente neste assunto, visto que muitos ainda acreditam que suspender a alimentação dá cabo a morte do paciente antes do seu tempo natural, por outro lado, como apontado, estudos médicos indicam que o enfermo nestas condições não sentem fome e nem sede, e que a suspensão do tratamento não irá interferir na evolução da doença e, nesse cenário, em cuidados paliativos, há situações que a suspensão deverá acontecer, como fora citado acima.

Diante destes apontamentos, o ideal, diante de uma doença que coloque em risco a vida do paciente, é seguir a autonomia de vontade do enfermo, muitas vezes expressa em uma diretiva antecipada de vontade (como é o testamento vital), ou que seja conversado previamente entre médico e paciente com discernimento, ou então, em razão da impossibilidade deste debate, que o médico siga o melhor para a qualidade de vida do enfermo, pensando na sua dignidade, tanto em vida, quanto no momento morte, praticando a ortotanásia, que é aceita no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.3.2 Sedação paliativa**

Outro tipo de procedimento que gera discussão é a chamada sedação paliativa, Célia Maria Kira (2012, p. 518) pontua que:

Sedação Paliativa é a administração deliberada de fármacos em doses e combinações necessárias para reduzir o nível de consciência, com o consentimento do paciente ou de seu responsável, e que tem como objetivo o alívio de um ou mais sintomas refratários em pacientes com doença avançada terminal.

Possível perceber pelo conceito que a sedação paliativa tem como finalidade aliviar o sofrimento do paciente.

A Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP) aponta que este tipo de procedimento é confundido por alguns profissionais, familiares e pacientes, com a eutanásia e até mesmo com o suicídio assistido. Todavia, são institutos que já foram estudados e diferenciados, e que não se confundem com este tipo de procedimento. Nesse sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 41):

E para evitar essa confusão é preciso que o paciente, a família e os profissionais da saúde tenham muito claro o conceito de eutanásia. Na eutanásia o objetivo da conduta é causar a morte do paciente e este não é o objetivo da sedação paliativa, portanto, é possível – e necessário – defender a prática da sedação paliativa, tendo sempre em vista que se trata de uma medida excepcional.

Nestes termos, defendendo o procedimento de sedação, a autora continua lecionando acerca do objetivo único da sedação paliativa, para que assim ela seja considerada, qual seja, o alívio do sofrimento do paciente, o que fica muito claro na definição do instituto, de forma que se a finalidade for a morte, a prática será eutanásia, que como visto, é proibida no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.3.3 Extubação paliativa**

Discute-se ainda acerca da chamada extubação paliativa, procedimento contrário a intubação, definido por Gustavo Rebelatto (2015, p. 25-26) da seguinte forma:

Extubação paliativa (EP) é a retirada do tubo traqueal e da ventilação mecânica (VM), quando essa terapia é reconhecida como fútil, em indivíduos cujas opções terapêuticas curativas/restaurativas foram esgotadas e para os quais espera-se que a morte ocorra em um curto espaço de tempo. A retirada da VM é descrita como um “processo” e, como tal, deve ser levado em consideração o quadro clínico do paciente e se o mesmo irá se beneficiar com a extubação. Devem ser avaliadas as possíveis complicações deste ato e o tratamento a ser proporcionado para a correção das mesmas.

Diante desta definição, possível entender que a extubação paliativa diz respeito a retirada da ventilação mecânica quando esta é indicada erroneamente, de modo que o seu único papel está sendo prolongar artificialmente a vida do paciente que se encontra em um quadro irreversível e o procedimento não está trazendo



nenhum tipo de resultado positivo, em outras palavras, quando está sendo utilizado como meio de distanásia, o que não é permitido no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 42) aduz que “o objetivo dessa retirada é deixar que a doença tenha sua evolução natural, não tendo a finalidade de gerar a morte do paciente”. Assim, da mesma forma que os outros procedimentos tratados alhures não são práticas de eutanásia, este também não é, trata-se da interrupção de uma terapêutica obstinada.

Acerca da aceitação e utilização deste procedimento na prática médica, Luciana Dadalto (2020, p. 42) dispõe:

Sem dúvidas, melhor seria que não existisse a necessidade de extubação paliativa, mas para isso é preciso que a intubação sem indicação deixe de ser uma prática corriqueira em paciente em fim de vida. Enquanto isso, a extubação paliativa precisa ser feita e defendida como um procedimento próprio dos Cuidados Paliativos, sem qualquer relação com eutanásia.

Destarte, a extubação é procedimento que deve ser praticado e defendido, pois visa assegurar, assim como os outros, que a morte ocorra em seu tempo natural, pela própria evolução da doença, sem que o enfermo seja refém de dores e sofrimentos.

Diante do que fora explanado, tem-se exemplos de terapêuticas que podem ser conteúdo de uma diretiva antecipada de vontade, como é o testamento vital, de forma que o sujeito, uma vez esclarecido e informado, exercendo sua autonomia, opte pela prática ou não de um procedimento como estes.

### **3.4 Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV)**

Fora tratado alhures acerca do avanço da medicina, neste cenário a morte começou a ser vista como um mal que deveria ser evitado a todo e qualquer custo, de forma que a tecnologia contribuiria para o prolongamento da vida do paciente. Ocorre que muitas vezes esse prolongamento não trará benefício algum, se amoldando aos chamados tratamentos fúteis ou extraordinários, que dão cabo ao sofrimento do enfermo, prolongando, na realidade, a sua morte e não sua vida, visto que a morte é inevitável e a dignidade, nestas situações, não está sendo respeitada.

Essa visão amedrontada da finitude humana vem se modificando com o passar do tempo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que

a dignidade da pessoa humana ganhou impulso e valor na sociedade e nos meios médicos. Nesse sentido, Ravana Medeiros Costa Soares Basilio (2013, p. 39):

Nessa nova perspectiva o paciente passa ser visto não somente como objeto de estudo, mas como pessoa, detentora de direitos e que possui dignidade, portanto deve ele ser ouvido. Não só o médico, mas o enfermo deve exprimir sua vontade na decisão que envolve o seu futuro clínico. Direitos consagrados pela maioria dos sistemas jurídicos internacionais como a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada do indivíduo se tornam de fundamental importância na medicina, provocando uma nova tendência na Ética Médica.

Este momento de mudanças de paradigma colocou o paciente e suas vontades a frente das decisões. Conforme Rui Nunes (2012, p. 250):

A postura paternalista tradicional da medicina é dificilmente aceitável numa democracia plural, sendo a decisão médica progressivamente partilhada com o doente e a sua família. Em doentes terminais, a determinação de limites à intervenção médica é cada vez mais o paradigma da atuação médica, impondo-se então a existência de normas no nosso ordenamento jurídico que permitam uma interpretação adequada da vontade das pessoas.

O cenário da medicina se altera, a ideia não é mais evitar a morte a todo e qualquer custo, o reconhecimento da finitude humana, amparado pelo desejo que o paciente tem, como ser autônomo, de “viver a sua morte” de forma digna, deve prevalecer. Nesse sentido, Nuno Ferreira (2006, p. 151):

O objectivo último da Medicina já não deve ser percebido como a manutenção da vida a qualquer custo, mas sim a promoção do bem-estar e eliminação do sofrimento. Ainda que salvar vidas continue a ser o princípio condutor máximo, este deve dar precedência à compaixão e ao respeito pelo direito à autodeterminação do paciente.

Assim, tem-se a nova tendência ética médica, baseada no respeito a dignidade da pessoa humana, reconhecendo o paciente como ser autônomo e dono de suas próprias vontades, que devem ser respeitadas, desde que encontre respaldo no ordenamento jurídico. Neste cenário que surge a declaração (ou diretivas) antecipada de vontade.

Acerca da definição deste instituto, Cristiane Avancini Alves, Marcia Santana Fernandes e José Roberto Goldim (2012, p. 359-360) pontuam que a própria denominação “diretivas antecipadas de vontade” caracteriza adequadamente o seu propósito, asseverando que são diretivas porque representam uma instrução,

uma orientação, e não uma obrigação; são antecipadas porque são ditas anteriormente ao momento que serão utilizadas como decisão; e vontade porque caracteriza uma manifestação de desejo, com base na capacidade de tomar decisão no seu melhor interesse.

A Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, traz em seu artigo 1º um conceito:

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.

Destarte, é possível visualizar as diretivas antecipadas de vontade como uma forma de manifestação de vontade feita pelo paciente ou até mesmo por terceiro, o qual, escolhido pelo enfermo, faz a manifestação com base nos valores pessoais do então incapaz.

Veja que, neste momento, é de suma importância estabelecer uma diferenciação entre institutos para evitar qualquer tipo de confusão ao entendimento do testamento vital, até porque o próprio conceito de diretivas antecipadas de vontade, elaborado pela Resolução 1.995/12, é contraditório e nebuloso. Luciana Dadalto (2020, p. 44) explica que grande parte dos poucos estudos brasileiros sobre diretivas antecipadas e testamento vital faz confusão com esses dois institutos, tratando-os, na maioria das vezes, como sinônimos, porém, as diretivas antecipadas de vontade devem ser entendidas como gênero, do qual são espécies o testamento vital e a procuração para cuidados de saúde (também conhecido como mandato duradouro), sendo que esta é a construção primordial feita pela Patient Self-Determination Act (PSDA), lei federal norte-americana tida como o marco regulatório do instituto.

Assim sendo, necessário esclarecer a diferença entre o mandato duradouro e testamento vital. No mandato duradouro, o paciente nomeia um ou mais procuradores, o qual será consultado pelo médico no caso de incapacidade do enfermo, sendo que nesta situação, este terceiro que foi nomeado, deverá decidir de acordo com o que crê que o paciente elegeria para a situação em concreto. Jorge Luis Manzini (s.a, p. 285), ao explicar o instituto, leciona que:

Las decisiones del paciente son subrogadas - tomadas en su nombre - por el apoderado, en base a su conocimiento del paciente y de sus preferencias; es decir, el apoderado no debe indicar lo que mejor le parece a él sino lo que cree que el paciente hubiera elegido para esa circunstancia particular.<sup>1</sup>

Já o testamento vital expressa a autonomia do próprio paciente, o qual, em momento anterior a situação em que o documento será utilizado, manifesta seus desejos sobre as terapêuticas que deseja ou não submeter quando se encontrar numa situação ameaçadora de vida e não puder expressar de forma livre e consciente a sua vontade. Nesse sentido, Maria Carla Nery (2014, p. 77):

Sob a perspectiva ontologicamente existencial, o testamento vital é a forma de garantir a autonomia do paciente terminal nos últimos dias de sua vida. Na visão do Biodireito, ele é o meio decidir sobre quais caminhos seguir no processo de finitude, permitindo que a extinção ocorra sem obstinação terapêutica, com a concessão do máximo de conforto e o mínimo de sofrimento possível aos pacientes e familiares; ou mesmo seja elasticada em decorrência do desejo de mais dias de vida.

Luciana Dadalto (2020, p. 55), conceitua o instituto da seguinte forma:

Inúmeras são as definições de testamento vital encontradas na literatura estrangeira. O apanhado dessas definições permite concluir que o testamento vital é 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 das possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade.

Ante o exposto, possível dizer que enquanto no mandato duradouro há um terceiro nomeado pelo paciente para tomar decisões, no testamento vital tem-se a expressão da autonomia privada do próprio paciente que redige um documento manifestando sobre os cuidados de saúde que deseja ou não se submeter quando estiver acometido por um doença ameaçadora de vida.

A ideia por trás destas diretivas antecipadas de vontade é a autonomia do paciente e neste contexto, pertinente trazer ao trabalho, os modelos de autonomia que foram construídos por Tom Beauchamp e James Childress, que são explicados por Mônica Neves Aguiar da Silva (2013, p. 212) e que devem ser levados em conta.

---

<sup>1</sup> As decisões do paciente são sub-rogadas – tomadas em seu nome – pelo procurador, com base no conhecimento do paciente e em suas preferências, ao decidir, o procurador deve indicar o que melhor lhe parece crer que o paciente elegeria para esta circunstância particular (tradução nossa).

O modelo da “autonomia pura”, comenta a autora, é concebido para manter incólume a vontade real que a pessoa tenha manifestado quando capaz, referindo-se a situação em que o sujeito antecipadamente, no pleno gozo de sua capacidade, tenha declarado de forma expressa a sua vontade. No mesmo sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 44), sobre o modelo da autonomia pura:

Aqui, o paciente expressou previamente sua vontade e é essa vontade que orientará a tomada de decisões nos cuidados de sua saúde. O modelo de autonomia pura orientará sobremaneira a presente pesquisa, vez que se aplica in tontum ao testamento vital.

Evidente que este modelo materializa o testamento vital já que é calcado no exercício da autonomia de vontade do paciente, quando este a expressou em momento anterior a situação de incapacidade.

Sobre o assunto, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2012, p. 183) pontuam que o modelo da autonomia pura é a forma mais clara de imposição de limites à intervenção médica não curativa, visto que confere ao paciente o poder de optar, antecipadamente, pelos tratamentos que lhe são convenientes, revelando um instrumento de manifestação de vontade extremamente útil para o futuro, caso este paciente sobrevenha a um estado de inconsciência e consequente impossibilidade de expressão.

Outro modelo é o chamado “julgamento substituto” que, conforme Mônica Aguiar (2013, p. 212), se diferencia do anterior pelo fato de que haverá um sujeito que decidirá pelo paciente, o qual não pode declarar a sua vontade, sendo que este terceiro deverá escolher com base nos valores pessoais do próprio enfermo incapaz.

Explicando sobre este segundo modelo, Luciana Dadalto (2020, p. 43) preleciona que o paciente nomeia um decisor substituto, o qual deverá tomar decisões como se fosse o paciente, com base na premissa de que este paciente já foi capaz, de forma a ser possível prever qual seria a decisão que este teria tomado se estivesse no gozo de suas atribuições físicas e psicológicas, sendo que este modelo se instrumentaliza no chamado mandato duradouro.

O terceiro é o “modelo dos melhores interesses”, no qual, conforme Mônica Aguiar (2013, p. 212), também haverá um terceiro decisor, visto que é aplicado quando o próprio paciente não é capaz de se manifestar, sendo que este

terceiro tomará a decisão pautada nos riscos e benefícios para o paciente, optando pela alternativa que traga maior benefício e menor risco possível.

Isto posto, é possível perceber que a Resolução 1.995/12 ao conceituar diretivas antecipadas de vontade faz uma confusão com a própria ideia do testamento vital, de modo que acaba o conceituando.

Importante entender que primordialmente as espécies das diretivas antecipadas de vontade eram o testamento vital e o mandato duradouro, mas a modernidade aumentou essa “lista”. Luciana Dadalto (2020, p. 44-45) pontua, sobre o conteúdo das diretivas, que “atualmente, as DAV não tratam apenas de desejos para fim de vida, sendo entendidas como documentos de manifestação de vontade prévia que terão efeito quando o paciente não conseguir manifestar livremente e autonomamente sua vontade”. É nesse sentido que a mesma autora elenca exemplos de DAV, além do testamento vital, como a procuração para cuidados de saúde (mandato duradouro), ordem de não reanimação, diretivas antecipadas psiquiátricas, diretivas para demência, planos de parto, etc.

Este tipo de declaração é de extrema importância, sobre suas consequências benéficas, Luciana Dadalto (2020, p. 45):

Esse mesmo autor elenca consequências benéficas das diretivas antecipadas, como a redução do medo do paciente de situações inaceitáveis, o aumento da autoestima do paciente, o aumento da comunicação e da confiança entre médico e paciente, a proteção do médico contra reclamações e denúncias, a orientação do médico ante situações difíceis e conflituosas, o alívio moral para os familiares diante de situações duvidosas ou “potencialmente culpabilizadoras” e a economia de recursos da saúde.

Diante de tudo que fora exposto, fica claro e evidente que as diretivas antecipadas de vontade são instrumentos que visam amparar a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada do paciente, pelo que encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

## **4 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA**

A análise do testamento vital sob a ótica de outros países é importante visto que o sistema jurídico brasileiro não possui nenhuma norma regulamentadora deste tipo de diretiva antecipada de vontade, portanto, o direito alienígena serve como orientação na construção de parâmetros para a aplicabilidade e eficácia do documento no Brasil.

### **4.1 O Testamento Vital nos Estados Unidos da América**

A primeira regulamentação do instituto foi através das normas norte americanas, que o intitulou de “living will”, traduzido como “testamento vital”, por isso a denominação gera críticas se comparado com as características e efeitos do tradicional testamento utilizado aqui no Brasil. Luciana Dadalto (2020, p. 63-64) aponta que:

O primeiro modelo de living will e as premissas desse documento foram cunhados por Luiz Kutner, em 1969, que amparou-se no consentimento livre e esclarecido para desenvolver o testamento vital e, inclusive, propôs que os pacientes pudessem acrescentar uma cláusula ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) assinado para a realização de cirurgias ou procedimentos mais radicais, manifestando sua recusa a tratamentos caso sua condição se torne incurável ou seu corpo fique em estado vegetativo.

Aqui é possível perceber que desde o início, as primeiras ideias, já estavam calcadas na autonomia do paciente, o qual deve consentir, quando informado e esclarecido acerca dos tratamentos ordinários, de estados clínicos, das permissões do ordenamento jurídico e das possibilidades médicas, para que assim possa formular, de forma antecipada, um documento que dispõe sobre cuidados com sua saúde. Luciana Dadalto (2020, p. 64) continua:

Desta feita, Kutner propôs um documento, ao qual atribuiu o nome de living will, em que o paciente deixaria escrito sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fosse comprovada, inclusive, propôs que os seguidores da religião Testemunhas de Jeová o utilizassem para a manifestarem recusa às transfusões sanguíneas. Com esse estudo, Luis Kutner alicerçou as bases do testamento vital que, a partir disso, tem sido estudado, discutido, modificado e criticado pelos estudiosos da Bioética. Desde então, os Estados Unidos da América em muito evoluíram nos documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos.

Evidente que os estudos sobre o testamento vital se amparou nas situações da terminalidade da vida, doenças incuráveis e irreversíveis, e as normas regulamentadoras tiveram como base dois casos emblemáticos, de Karen Ann Quinlan e Nancy Beth Cruzan, que serviram como estopim para a elaboração das leis norte americanas sobre diretivas antecipadas de vontade, até porque o sistema jurídico estadunidense é o common law.

Pelo exposto, neste cenário, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2009, p. 249) pontua que o testamento vital surgiu nos Estados Unidos como uma tradução da ideia de exteriorização da vontade garantidora da autonomia do paciente terminal e que a primeira lei a regulamentar o assunto surgiu a partir do caso Karen Ann Quinlan, no estado da Califórnia, na década de 70 e em sua formalidade exigia que fosse assinado por pessoa maior e capaz, na presença de duas testemunhas, produzindo efeitos após quatorze dias da assinatura, com validade de cinco anos, podendo ser revogado a qualquer tempo.

Sobre o caso que gerou a primeira lei sobre testamento vital, Luciana Dadalto (2020, p. 64-65) conta que Karen Ann Quinlan entrou em coma por causas nunca reveladas e que seus pais adotivos, após informados pelos médicos sobre a irreversibilidade do seu quadro clínico, solicitaram a retirada do respirador e suspensão da nutrição e hidratação artificiais, o que foi recusado pelo médico responsável do caso, pelo que buscaram autorização judicial para suspensão do esforço terapêutico, sob a alegação de que a moça teria manifestado sua vontade em conversas anteriores ao coma. Negado em primeira instância sob a justificativa de falta de regulamentação, a autorização foi concedida pela Suprema Corte de New Jersey. Com a grande repercussão deste caso, no mesmo ano, o estado da Califórnia aprovou a Natural Death Act, lei que garantia ao paciente recusar e suspender um tratamento médico e protegia o profissional da medicina de eventual processo judicial.



As legislações estaduais passavam a delinear as primeiras características deste documento. E a lei federal sobre o assunto surgiu com o caso Nancy Beth Cruzan. Ronald Dworkin (2003, p. 264-265) conta que Nancy Cruzan sofreu um acidente automobilístico aos 25 anos de idade, quando foi diagnosticada como paciente em estado vegetativo permanente e irreversível, o que fez seus pais ingressarem com pedido de autorização judicial para suspensão de nutrição e hidratação artificiais, sob o argumento de que ela havia afirmado que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos da metade de sua capacidade normal. Embora o pedido tenha sido autorizado em primeira instância, o estado recorreu e a Suprema Corte de Missouri negou a suspensão, por entender que não existia prova clara e contundente da manifestação de vontade da paciente. O caso chegou a Suprema Corte Americana, a qual, reconhecendo que pessoas capazes têm o direito constitucional de exigir que os seus suportes vitais sejam desligados e depois de ouvir os colegas de trabalho de Nancy Cruzan, testemunhas de que ela jamais desejaria viver em estado vegetativo, determinou a retirada dos referidos suportes vitais.

Como aponta Miguel Angel Sánchez Gonzáles (2006, p. 95) o caso Nancy Cruzan ficou emblemático em virtude da argumentação da Suprema Corte ao negar a suspensão por não existir provas efetivas do desejo do paciente de interromper o tratamento, o que gerou nos indivíduos um temor de que essa prova fosse sempre exigida se caso ficassem em situações similares.

Neste cenário que foi aprovada a Patient Self Determination Act (PSDA) em 1991, que como aponta Luciana Dadalto (2020, p. 66-67), foi a primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente, trazendo em sua segunda seção a instituição de diretivas antecipadas como gênero, das quais são espécies o testamento vital e a procuração para cuidados de saúde.

Tem-se, portanto, que o testamento vital foi um dos pioneiros a ser regulamentado, porém, como já mencionado anteriormente, atualmente, as diretivas antecipadas de vontade abarcam inúmeros outros tipos de documentos que tratam acerca de cuidados para com a saúde, como a procuração para cuidados de saúde, ordem de não reanimação, diretivas antecipadas psiquiátricas, diretivas para demência, planos de parto, etc.

## 4.2 O Testamento Vital na Espanha

Na Espanha, o reconhecimento do direito a autonomia, do direito a informação e do consentimento informado precedeu a regulamentação específica do testamento vital, até porque é base para este tipo de diretiva antecipada de vontade. Nesse contexto a primeira lei a tratar dos chamados “direitos sanitários”, responsáveis pela regulação dos direitos da saúde, foi a Ley General de Sanidad, de 1986. Sobre o assunto, Jaime Zabala Blanco (2007, p. 37-38):

En 1986, se publica en nuestro país, la Ley General de Sanidad, primera legislación que como dijimos anteriormente, supone una apuesta de la Sanidad Española, por abandonar el modelo paternalista para acercarse a un modelo más autonomista, mediante el reconocimiento de los derechos de los pacientes y que sin reconocer específicamente el derecho a plasmar las Instrucciones Previas, sí consolida el derecho a la autonomía a través del derecho a la información, al consentimiento previo y al consentimiento por representación<sup>2</sup>.

É possível perceber que se conferiu grande importância a autonomia do paciente, o que é uma característica fundamental da ideia do testamento vital, como já foi tratado anteriormente.

Outro detalhe da legislação espanhola é que a denominação conferida ao testamento vital era “Instruções Prévias”, a qual passou a ser regulada em 2000, com a Lei Catalã 21/2000 de 19 de dezembro, como aponta Luciana Dadalto (2020, p. 72-73), a qual também explica que a primeira norma espanhola a tratar especificamente do testamento vital foi o Convênio de Oviedo e a primeira norma estatal foi a Lei 41/2002, que tratou do tema em seu artigo 11, o qual dispõe, em linhas gerais, que pessoas maiores, capazes e livres, estão autorizadas a manifestarem antecipadamente sua vontade, por escrito, sobre cuidados e tratamentos de sua saúde, destino do seu corpo no pós morte e doação de órgãos, com conteúdo não contrário ao ordenamento jurídico, podendo ainda designar um representante que intermedeie o cumprimento dessas instruções. Tais instruções

---

<sup>2</sup> Em 1986, publicou em nosso país a “Ley General de Sanidad”, primeira legislação que, como dito anteriormente, dispõe sobre a Saúde Espanhola, por abandonar o modelo paternalista para tratar de um modelo mais autonomista, mediante o reconhecimento dos direitos dos pacientes e que sem reconhecer especificamente o direito de expressar as “Instruções Prévias”, consolida o direito a autonomia através do direito de informação, consentimento prévio e consentimento para representação (tradução nossa).

são revogáveis a qualquer tempo, também por escrito, e assentadas no Registro Nacional da Instruções Prévias.

Ainda sobre algumas características do documento, Luciana Dadalto (2020, p. 75) pontua que algumas comunidades autônomas da Espanha consideram o menor de idade como capaz para elaboração das instruções. Além disso, assevera que elas serão incluídas no histórico clínico do paciente, além de possuir força vinculante.

### **4.3 O Testamento Vital em Portugal**

As diretivas Antecipadas de Vontade e o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV) são regulados pela Lei 25/2012. Luciana Dadalto (2020, p. 76-77) explica que referida legislação tem como base o trabalho da Associação Portuguesa de Bioética, que produziu dois importantes documentos para o tema, trata-se do Parecer P/05/APB/06 e do Projecto de Diploma P/06/APB/06, os quais, tratam, respectivamente, das diretivas antecipadas de vontade voltadas a análise da recusa de transfusão sanguínea pelos Testemunhas de Jeová e do exercício do direito a formular essas diretivas no âmbito dos cuidados de saúde com base na autonomia do paciente, para que informado tome decisões acerca de tratamentos, criando o registro nacional e as chamadas “Guidelines” (normas de orientação), sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais.

A respeito dos aspectos práticos e característicos da diretiva na lei portuguesa, Luciana Dadalto (2020, p. 78) aduz que há um prazo de eficácia de cinco anos para o documento e que a aplicação do instituto é operacionalizada com a criação do registro nacional (RENTEV), que permite o acesso do médico responsável pelo cuidado do enfermo.

Há, ainda, possibilidade de descumprimento do testamento vital, sobre a questão, Maria Carla Moutinho Nery (2014, p. 78) traz que:

A Lei 25/2012 possibilita algumas exceções para o descumprimento do testamento, a saber: a) em caso de urgência ou risco eminente de morte do declarante; b) quando se verifica a desatualização da vontade do paciente, decorrente do avanço científico das terapias disponíveis, e c) ante a possibilidade de escusa de consciência por parte do médico. Esta última não implica desrespeito à vontade do paciente, pois a instituição de saúde fica obrigada a proporcionar meios para que essa deliberação seja cumprida. Todavia, a família não pode recusar-se a cumprir as declarações prestadas no testamento vital, exceto se o documento tiver parado de produzir os seus efeitos. A ineficácia do testamento por caducidade aumenta a insegurança do declarante, deixando-o vulnerável quanto ao momento da necessidade de utilização do testamento.

Essas possibilidades de descumprimento se aproximam com os limites do testamento vital que serão tratados adiante, e isso se dá até pela ligação jurídica entre Brasil e Portugal, o qual é importante para a regulação de muitos institutos brasileiros, o que também acontece com as diretivas antecipadas de vontade.

## 5 A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

Este tópico cuida de analisar a (in) aplicabilidade do testamento vital no Brasil ante a falta de legislação específica sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a verificar se as normas já existentes dão respaldo para a utilização deste instituto e se é possível considerá-lo válido e eficaz dentro de nossa sistemática jurídica.

### 5.1 Constituição Federal e Legislação Infraconstitucional

Inicialmente, pertinente pontuar acerca da previsão do artigo 5º da Constituição Federal, que logo em seu caput, prevê: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Uma análise interpretativa deste dispositivo legal revela a importância do direito fundamental à vida, o que também já foi apontando alhures, direito este que é plano de fundo na discussão sobre testamento vital. Neste contexto, entendendo que o direito à vida condiciona todos os demais direitos fundamentais, Maria Helena Diniz (2008, p. 24) preleciona sobre a superioridade deste direito:

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc. Havendo conflito ente dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante. Assim, por exemplo, se se precisar mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consentimento, não haverá ilícito nem responsabilidade penal médica.

Embora se reconheça a importância do direito a vida, essa visão de superioridade deste direito demonstra um caráter absoluto pelo qual o testamento vital não teria validade na ordem jurídica brasileira, visto que seu conteúdo é fundado na recusa terapêutica e no reconhecimento da finitude humana com o evento morte, ainda que o intuito seja minorar o sofrimento do enfermo em situação ameaçadora de vida, em que os tratamentos apenas estão prolongando artificialmente sua vida, sem trazer benefício algum.

Uma outra visão interpretativa recai sobre a previsão textual do artigo 5º, o qual preceitua acerca da “inviolabilidade do direito à vida” e não sobre a “indisponibilidade do direito à vida” e sobre essa diferenciação Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 09):

Insista-se, neste ponto, que a Constituição acaba por assegurar, tecnicamente falando, a inviolabilidade do direito à vida, assim como o faz quanto à liberdade, intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente. Não se trata, propriamente, de indisponibilidade destes direitos. Realmente, não há como negar juridicidade a ocorrências nas quais pessoas se despojam inteiramente, v.g., de sua privacidade. Não se vislumbra qualquer cometimento de um ato contrário ao Direito em tais circunstâncias. Por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos. No caso presente, não se fala em indisponibilidade, mas sim de inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é a “inviolabilidade do direito à vida” (art. 5º, caput).

A inviolabilidade se diferencia da indisponibilidade na medida em que àquela diz respeito à proibição da atuação arbitrária de terceiros e esta alcança especificamente o indivíduo, que não pode dispor, de forma discricionária, de alguns direitos que lhe foram conferidos. Assim, ao prever que a vida é inviolável, a Constituição está se referindo a condutas de outrem e não do próprio sujeito em si, que como paciente em estado terminal, opta pela recusa terapêutica.

No plano internacional, o Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 4º e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas em seu artigo 6º, documentos aos quais o Brasil é signatário, protegem o direito a vida, prevendo que ninguém poderá dela ser privado arbitrariamente. Esses diplomas legais resguardam a pessoa da privação arbitrária do bem jurídico “vida” por um terceiro, o que é justamente a inviolabilidade do direito à vida disposta no caput do artigo 5º da nossa Constituição Federal.

Ante o exposto é possível pontuar que a proibição está no ato do terceiro, que de forma desmedida e arbitrária, atenta contra a vida de outrem, o que é totalmente diferente do ato do próprio sujeito, que no gozo de sua autonomia, ante uma situação de terminalidade, expresse seu desejo por um tratamento que irá evitar o prolongamento artificial da vida (ou da morte).

Neste contexto a melhor interpretação acerca da proteção do direito à vida em uma sistemática constitucional é voltada a ponderação e harmonia dos direitos fundamentais, nestes termos Maria Carla Moutinho Nery (2014, p. 52):

Por outro lado, é certo reconhecer que a vida humana guarda um valor peculiar, inerente ao homem. Porém, a materialização deste direito não deve ser vista de forma isolada dos demais preceitos constitucionais, mas dentro de uma perspectiva civil-constitucional, por meio de uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal não impôs nenhuma prevalência do bem jurídico "vida" em detrimento dos demais bens positivados no transcrito artigo 5º (liberdade, igualdade, segurança e propriedade). Além disso, todos os direitos ali assegurados devem estar em conformidade com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Fica claro e evidente que não há, dentro da ordem constitucional, direito absoluto e que os direitos ali assegurados são respaldados na dignidade da pessoa humana e é neste ponto a centralidade do testamento vital, que tem como plano de fundo a preservação da vida com dignidade.

No liame entre a vida e a morte, ambas com dignidade, Rachel Letícia Curcio Ximenes (2014, s.p) pontua que:

A dignidade pode superar a própria vida, atingindo a morte. A partir do momento em que não se pode mais *viver* com dignidade, cada ser humano tem direito a uma morte digna, à conclusão de sua vida da forma menos dolorosa e mais íntegra possível, perto de quem se ama e da forma como se pretende. Esta morte digna tem sido objeto de intensas e incessantes discussões no direito brasileiro, eis que as práticas normalmente utilizadas para se pôr fim à vida de um indivíduo são vedados pelas nossas leis.

Possível perceber que a proteção da vida cede para a proteção da morte, quando a dignidade (o centro da ideia por trás do testamento vital) deixa de ser assegurada ao enfermo.

Neste íterim, tem-se que, como já fora mencionado alhures, o estudo do testamento vital engloba a discussão sobre assuntos que são tratados diretamente na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CF/88), direito a liberdade (artigo 5º, caput, da CF/88), direito a autonomia privada (implícito no artigo 5º da CF/88), a vida e a morte digna (relacionado a proibição do tratamento desumano e degradante previsto no artigo 5º, inciso III da CF/88).

Esses fatores, que foram explicitados ao percorrer do presente trabalho, dão respaldo constitucional ao testamento vital dentro do sistema jurídico brasileiro, ainda que não haja uma legislação específica para o tema, assim, é reconhecido no Brasil, o direito da pessoa, no gozo de sua autonomia e com o intuito de preservar a sua dignidade, tanto em vida, quanto em morte, de optar, assegurando a sua liberdade, pela terapêutica que desejar, quando se encontrar em situação ameaçadora de vida, desde que seja uma terapêutica conforme ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Letícia Ludwing Moller (2010, p. 144):

O direito de um doente em estágio terminal (cuja morte é inevitável e iminente) de recusar receber tratamento médico, bem como, o de interrompê-lo, buscando a limitação terapêutica no período final da sua vida de modo a morrer de uma forma que lhe parece mais digna, de acordo com suas convicções e crenças pessoais, no exercício de sua autonomia, encontra-se plenamente amparado e reconhecido pela nossa Constituição.

É evidente que o testamento vital encontra amparo na Constituição Federal, já que a ideia que este instituto carrega dá forças para temas extremamente importantes na sociedade brasileira e que são fortemente protegidos pela Lei Maior.

Outra importante previsão normativa, ainda que não conste textualmente na Constituição Federal, mas que nela encontra respaldo, até porque no sistema de pirâmide de Kelsen, todas as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com a Carta Maior, é a disposição do artigo 15 do Código Civil, o qual dá suporte a autonomia privada do paciente. Sobre o assunto, Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 320):

Outra referência normativa importante à autonomia, razão pela qual merece destaque, é a previsão inscrita no art. 15 do Novo Código Civil brasileiro, que dispõe: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica", o que se coaduna o art. 53 do Código de Ética Médica, que veda ao médico o ato de "desrespeitar o interesse e a integridade de paciente, ao exercer a profissão em qualquer instituição na qual o mesmo esteja recolhido independentemente da própria vontade".

A leitura do artigo 15 do Código Civil feita à luz da Constituição Federal revela, segundo Diaulas Costa Ribeiro (2005, p. 113) que ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito a



sua autonomia, que é um relevante direito da Era dos Direitos, o qual, todavia, não concebeu um direito fundamental à imortabilidade.

É possível perceber, pela disposição legal, que os fatores da autonomia, liberdade, dignidade, se coadunam e devem ser interpretados de forma integrativa, assim como já tinha tratado Ronald Dworkin (1999, p. 271- 273) ao dizer o Direito como Integridade. E é essa a ideia envolta no testamento vital, que se perfaz válido, mesmo ante a ausência de uma legislação específica, porque as normas atualmente existentes no ordenamento jurídico, principalmente as constitucionais, lhe dão amparo.

Assim, o testamento vital serve como instrumento a garantir a dignidade, autonomia, liberdade, direitos fundamentais do paciente nas situações de ameaça da vida, já que evita a submissão deste a tratamentos tidos como fúteis e extraordinários, que servem apenas para prolongar de modo artificial a vida do enfermo.

Seguindo a linha de pensamento que interliga a normas infraconstitucionais com as normas constitucionais, visto que àquelas devem respeito de compatibilidade com estas, tem-se, ainda, outras legislações que preveem, ainda que indiretamente, termos acerca do testamento vital.

Neste cenário, tem-se, no Estado de São Paulo, a Lei 10.241/1999 (“Lei Mário Covas”), a qual, além de outras providências, dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde e prevê em seu artigo 2º, inciso XXIII, que é direito do usuário de serviço de saúde do Estado de São Paulo recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. No mesmo sentido está a previsão da Lei 16.279/06 do Estado de Minas Gerais, que em seu artigo 2º, inciso XX dispõe expressamente o direito a recusa ao tratamento doloroso ou extraordinário e a Lei 14.254/03 do Estado do Paraná, que também em seu artigo 2º inciso XXIX prevê o direito do usuário em recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida.

Há, ainda, a Lei 8.080/90, que em seu artigo 7º, inciso III dispõe que:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:  
III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral [...].

Referida norma infraconstitucional resguarda o artigo 198 da Constituição Federal de 1988 que trata do sistema único de saúde, garantindo a autonomia do paciente como princípio a ser obedecido, o que, ainda que indiretamente, dá amparo a validade e legalidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

## **5.2 Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM)**

Este tópico se destina a trazer apontamentos acerca da Resolução 1.805/06, 1.995/12, e 2.232/2019, todas do Conselho Federal de Medicina e que tratam do tema, servindo como importante fonte regulamentária do assunto.

### **5.2.1 Resolução 1.805/06 do CFM**

Publicada em 28 de novembro de 2006, esta resolução, já em seu preâmbulo, dispõe que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

No mesmo sentido do preâmbulo está o artigo 1º da referida resolução, seguido pelos parágrafos 1º a 3º, os quais trazem previsão acerca da obrigação do médico em esclarecer ao enfermo ou seu representante as modalidades terapêuticas adequadas para o caso (o que se aproxima do chamado consentimento informado e esclarecido), previsão da necessidade de a decisão que limita ou suspende tratamentos ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente e do direito ao paciente ou representante em solicitar uma segunda opinião médica.

Por fim, sobre o mérito da norma, tem-se o artigo 2º, o qual se aproxima da ideia dos cuidados paliativos ao dispor que:

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.

O Conselho Federal de Medicina, na exposição de motivos desta Resolução afirma que:

[...] torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer. Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006, p. 05-6).

Fica claro o enfoque que o Conselho dá para a ortotanásia, ao tratar da importância da prática dos cuidados paliativos, o que está intimamente ligado ao respeito a dignidade da pessoa humana.

Com isso, afirma-se que as previsões contidas nesta resolução se aproximam dos assuntos abordados no estudo do testamento vital, embora não trate de detalhes sobre o tema e não seja objetivamente e especificamente a regulamentação do instituto, já é um avanço normativo, ainda que dentro da área médica, por ter sido editada pelo Conselho Federal de Medicina.

Ocorre que a repercussão desta norma resultou na ação civil pública 2007.34.00.014809-3, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina, que teve como escopo o questionamento dos aspectos jurídicos da Resolução 1.805/06, sob os argumentos, em síntese, de que o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; que o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; que no contexto socioeconômico brasileiro a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes, pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.

Embora a antecipação de tutela tenha sido deferida para suspender os efeitos da Resolução, o mesmo magistrado julgou, ao final, improcedente o pedido

formulado pelo Ministério Público Federal – o qual também reconheceu a razão do Conselho Federal de Medicina – afirmando na sentença que:

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova geração da ética nas ciências médicas, que quebra antigos tabus e decide enfrentar outros problemas realisticamente, com foco na dignidade humana. Na medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade. A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano. (BRASÍLIA, Seção Judiciária do Distrito Federal (14ª Vara Federal). Sentença. Processo n. 2007.34.00.014809-3. Juiz Federal Substituto: Roberto Luis Luchi Demo, 2010).

Neste cenário é possível perceber a própria dinamicidade do Direito, um mesmo magistrado que em sede liminar conferiu razão do Ministério Público decidindo por suspender os efeitos da Resolução, ao interpretar o Direito e seus institutos como Integridade, entendeu o avanço da medicina no tocante aos cuidados paliativos e a crítica sobre os tratamentos extraordinários/fúteis de forma a dar enfoque ao paciente e sua dignidade.

### **5.2.2 Resolução 1.995/12 do CFM**

Publicada em 31 de agosto de 2012, esta Resolução, tida como a primeira regulamentação do assunto no Brasil, trata especificamente das diretivas antecipadas de vontade, gênero do qual o testamento vital é espécie, o que revela a importância desta norma para o presente trabalho. Ademais, uma análise dos termos desta resolução revela que o intuito do Conselho era regulamentar o próprio testamento vital visto que se preocupa com a autonomia do paciente. Nesse sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 99):

Em verdade, numa detida análise dos considerandos e das justificativas, a resolução CFM 1995 deixa claro que o que pretendia o conselho era regulamentar o testamento vital, uma vez que o embasamento da resolução é a proteção da autonomia do paciente em fim de vida, contudo, como já mencionado em capítulo anterior, tratou testamento vital como sinônimo de diretivas antecipadas de vontade, optando pela utilização – errônea – deste último termo.

Desta forma, independente do nome utilizado na resolução, é evidente a importância desta norma para o estudo em questão, ainda que ela não tenha legalizado as diretivas antecipadas no Brasil, já que como o Conselho Federal de Medicina não tem competência para legislar, a resolução não tem força de lei, como aponta Luciana Dadalto (2020, p. 100). Porém, serve como parâmetro de eficaz relevância para a tratativa do tema.

Sobre esta Resolução, que ao tratar das diretivas antecipadas deu enfoque a autonomia do paciente, numa clara referência ao testamento vital, Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 325):

A Resolução leva em consideração, dentre outros elementos, a relevância dada à autonomia do paciente na contemporaneidade e a necessidade de fornecer, ao médico, orientação nos casos em que haja manifestação de vontade no sentido de abstenção de procedimentos. Tal situação tem expressiva importância no plano ético e jurídico, mas, não obstante, ainda não é disciplinada no ordenamento jurídico nacional.

Ainda que o tema não seja disciplinado efetivamente no sistema jurídico brasileiro através de uma norma específica, esta resolução, dentro do campo da medicina, já traz importantes apontamentos sobre o instituto e representa uma grande colaboração normativa.

Como já fora destacado anteriormente, o artigo 1º da resolução cuida de definir as diretivas antecipadas de vontade dando enfoque a autonomia do paciente, o que releva o intuito do Conselho em tratar do testamento vital, que é a espécie de diretiva antecipada de vontade que resguarda a autodeterminação do sujeito. Assim diz o dispositivo:

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.

A definição feita neste artigo 1º revela nitidamente os traços do testamento vital, ao proteger o modelo de autonomia pura que fora explicado anteriormente. Seguindo ao artigo 2º, este trata da situação em que as diretivas serão levadas em consideração, dispondo que são nas decisões sobre cuidados e tratamentos dos pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se. Ocorre que o parágrafo 1º deste artigo, já traz a possibilidade de designação de um

representante legal. Nesse cenário, Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 325-326):

Muito embora seja manifesta a opção do Conselho Federal de Medicina pela prevalência do modelo da autonomia pura, consoante fica evidente no mencionado dispositivo, não se trata do único modelo ponderado na Resolução. Esta também registra, no art. 2º, § 1º, a possibilidade de o paciente designar um representante para o fim de manifestação de um julgamento substituto diante da impossibilidade de manifestação expressa do desejo do próprio titular do direito.

Tal previsão revela a possibilidade do mandato duradouro no Brasil. Seguindo ao parágrafo 2º, este pontua que o conteúdo da diretiva não pode ser contrário aos ditames do Código de Ética Médica. Sobre isso, Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 326) leciona que:

É dizer, portanto, que, nem mesmo nos moldes da própria Resolução 1995, de 2012, que homenageia, notadamente, o dever de respeito à manifestação autônoma de vontade do paciente, esta autonomia pode ser exercida de forma irrestrita e ilimitada, devendo ser ponderada, portanto, com os princípios disciplinados no Código de Ética Médica - Resolução CFM nº 1.246/88.

A tratativa demonstra que a autonomia é ponderada diante do caso concreto, de modo que o próprio testamento vital possui limites, como será visto adiante.

O parágrafo 3º traz o caráter vinculante das diretivas ao dizer que a diretiva prevalece sobre quaisquer outros pareceres, até mesmo familiares (o que é de suma importância para o próprio paciente, que terá uma maior segurança de que a sua vontade será respeitada).

O parágrafo 4º trata de questão formal, dizendo que a diretiva que for diretamente comunicada ao médico pelo paciente, será registrada no prontuário do paciente. Sobre esta previsão, Viviane Rosolia Teodoro (2017, p. 10):

Contudo, ao profissional não cabe apenas transcrever as diretivas antecipadas, mas, como técnico, auxiliar o declarante quanto aos tratamentos e procedimentos que podem ou não ser recusados. Sendo assim, entende-se como imprescindível a orientação do médico de família do declarante para a realização das diretivas antecipadas.

Veja que este comentário à disposição da resolução faz referência justamente a ideia do consentimento informado e esclarecido que fora tratado

anteriormente, demonstrando a importância do papel do médico em orientar o paciente, para que este elabore seu testamento vital de forma mais segura e precisa, entendendo as terapêuticas e respeitando as permissões do ordenamento jurídico.

Por fim, o parágrafo 5º diz que o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, se existir, ou à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina, para que possa decidir quando ausente ou não conhecido as diretivas antecipadas de vontade do paciente. Nesses termos Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 326-327) questiona a respeito do profissional liberal:

Não fica evidente, tampouco, se a declaração pode ser cumprida por qualquer médico, inclusive o profissional liberal que assista ao paciente em sua residência, entendendo-se que não, apenas em razão do artigo 5º, da Resolução 1.995/2012, o qual refere que, em casos de dúvidas ou falta de consenso, 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”.

A despeito de tais previsões e reflexões, assim como ocorreu com a Resolução 1.805/05, a 1.995/12 também foi alvo de Ação Civil Pública, trata-se da Ação 0001039-86.2013.4.01.3500, pela qual o Ministério Público Federal questionou a legalidade e constitucionalidade da referida resolução, debatendo, dentre outros pontos que não serão detalhados e escassos neste trabalho, que esta resolução “alija a família de decisões que lhe são de direito”, em virtude da previsão do parágrafo 3º que traz a prevalência das diretivas do paciente sobre os desejos de outrem, incluindo familiares.

Este apontamento feito pelo Ministério Público contraria justamente a essência do testamento vital, que é o respeito a autonomia privada do enfermo. Neste sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 102):

Quanto ao argumento de que a resolução alija a família de decisões que lhe são de direito, parece que o ilustre procurador desconhece a essência do instituto. Como já visto, as DAV são expressão máxima da autonomia privada, da vontade individual do sujeito e qualquer alegação de alijamento da família está, em verdade, colocando em xeque o direito constitucional à autodeterminação do indivíduo.

Este ponto da Ação Civil Pública vai de encontro com a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e de toda sistemática envolta das diretivas antecipadas de vontade, mais especificamente o testamento vital, já que tutelar a autonomia privada do paciente é respeitar seu desejo por uma vida e consequente morte digna, e colocar esse desejo como prevalência não viola nenhum preceito legal, até mesmo moral, até porque a terapêutica dos cuidados paliativos, que são aplicáveis ao caso, tem como intuito preservar tanto o enfermo, quanto a família, para que todos, em conjunto, tenham dores e sofrimentos aliviados.

Sem adentrar aos pormenores do processo desta referida Ação Civil Pública, certo é que a decisão judicial representou um importante marco para o Direito Brasileiro e é de grande importância para a validade do instituto no nosso ordenamento jurídico, visto que representa um reconhecimento do Poder Judiciário sobre o tema. Na sentença, pontuou o Juiz Federal Eduardo Pereira da Silva:

A resolução do Conselho Federal de Medicina é compatível com a autonomia da vontade, o princípio da dignidade humana, e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso III, CF). O princípio da autonomia da vontade para decidir sobre recursos terapêuticos, aliás, está insito no artigo 15 do Código Civil: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. (GOIÁS, Justiça Federal (1º Vara). Sentença. Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500. Juiz Federal Substituto: Eduardo Pereira da Silva, 2014).

Seguindo esses e outros argumentos, o magistrado julgou improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal na Ação Civil Pública, reconhecendo a legalidade da Resolução 1.995/12 e conferindo, com esta decisão, amparo de validade ao instituto do testamento vital, asseverando, contudo, acerca da necessidade de uma legislação que regule propriamente o tema, o qual vem gerando grandes discussões no âmbito jurídico.

Mesmo diante do vazio legislativo, o Conselho Federal de Medicina, com a Resolução 1.995/12, tratou de aspectos importantes do tema, com o cuidado de limitar a produção de efeitos da diretiva antecipada de vontade, respeitando o que fora tratado acerca dos tratamentos extraordinários e fúteis. Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 327):



O âmbito de validade das decisões tomadas pelo paciente nas diretivas antecipadas de vontade é a questão que demanda maior precisão do interprete da Resolução 1.995 de 2012, porque sua repercussão atinge bem jurídicos tradicionalmente indisponíveis, quais sejam vida e integridade física. O legislador administrativo teve o cuidado de, logo nos considerando, indicar o limite de produção de efeitos dele esperado quando afirma que “os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo”.

Destarte, tem-se que esta resolução trouxe aspectos de validade para o testamento vital no sistema jurídico brasileiro, até mesmo com posição jurisprudencial, visto que teve sua constitucionalidade questionada e reconhecida pelo Poder Judiciário, o que é de suma importância para a aplicação do instituto no Direito brasileiro.

### **5.2.3 Resolução 2.232/2019 do CFM**

Publicada em 16 de setembro de 2019, tal resolução, conforme dispõe em seu preâmbulo, estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente, o que acaba se tornando mais um argumento da validade do testamento vital, visto que trata de assuntos que são debatidos no estudo do instituto.

O artigo 1º desta Resolução prevê que “a recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão”.

Este dispositivo trata do respeito à autonomia privada do paciente e do consentimento informado e esclarecido feito pelo médico ao enfermo, assuntos que foram debatidos alhures e que respaldam a elaboração do testamento vital, o qual é o documento em que o sujeito manifesta a sua opção pela recusa terapêutica. Destarte, o Conselho Federal, na exposição de motivos desta Resolução, explica que:

O Código de Ética Médica (CEM) atribuiu ao paciente a condição de parte principal da relação com o médico, legitimada em um vínculo de respeito mútuo que se materializa no consentimento livre e esclarecido. O consentimento livre e esclarecido não foi concebido como instrumento de proteção contra riscos da profissão, como se fosse um seguro de responsabilidade civil para proteger o médico, mas, sim, como garantia da autonomia e da dignidade do paciente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019, p. 04).

Fica claro e evidente a preocupação para com a pessoa do paciente, o respeito a sua autonomia e sua dignidade, e é com base nestes fundamentos que se prevê a possibilidade da recusa terapêutica. Ainda sobre o assunto, na exposição de motivos, o Conselho diz que:

A autonomia, uma expressão da liberdade, é o bem jurídico supremo do ser humano, valor reconhecido pela legislação brasileira. A Constituição Federal, em seu art. 5º, determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Os incisos II e III dispõem que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019, p. 04).

Desta forma, a resolução, trata de assuntos que são importantes para a temática do testamento vital e é mais uma contribuição da legislação administrativa para o mundo do Direito face a ausência de norma específica sobre o tema.

### **5.3 Enunciados de Jornadas**

O Conselho da Justiça Federal (CJF), em 2012, na V Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado nº 528, o qual dispõe claramente sobre a validade do testamento vital nas seguintes palavras:

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

O enunciado é claro em reconhecer a validade do instituto em estudo, além de, ainda que de forma concisa, trazer uma definição do que ele vem a ser.

Também, em maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na I Jornada Nacional da Saúde, aprovou o enunciado de número 37, o qual aduz:

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.

Esta previsão, ainda que demonstre mais um reconhecimento das diretivas antecipadas de vontade no sistema jurídico brasileiro e, conseqüentemente, uma validade do testamento vital, ela possui algumas falhas que comprometem um melhor entendimento da temática.

Com base no que fora explicado até o presente momento, é possível perceber que o CNJ trata das diretivas de forma equivocada, o enunciado expressamente fala em diretivas ou declarações antecipadas, quando deveria tratar de diretivas antecipadas como gênero do qual o testamento vital é espécie, ao lado de inúmeras outras, como o mandato duradouro, o que não foi tratado em nenhum momento pelo enunciado. Ademais, se restringe a abordar de tratamentos médicos, afastando o reconhecimento de outros assuntos, como aponta Luciana Dadalto (2020, p. 107):

O enunciado trata apenas da manifestação de vontade sobre tratamentos médicos, restringindo, assim, o conteúdo das diretivas que, na verdade, referem-se a tratamentos e cuidados médicos, numa clara demonstração de falta de conhecimento técnico sobre o assunto. Ademais, essa restrição coloca dúvidas sobre a aceitação pelo CNJ da manifestação de vontade sobre assuntos não médicos, como, por exemplo, as disposições sobre enterro.

Além dessa forma restrita de tratar do tema, o enunciado traz pontos de formalidades, exigindo a presença de testemunhas, sem detalhar e cuidar de outros aspectos, como prazo de validade e a possibilidade ou não do incapaz com discernimento elaborar este tipo de manifestação.

#### **5.4. Apelação Cível 70054988266 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

Trata-se de apelação judicial em que se discutiu o direito de um idoso a recusar a amputação de um membro do seu corpo que estava necrosado com risco

de infecção generalizada e conseqüente morte do enfermo. O caso tratou de temas como a ortotanásia e o testamento vital. A ementa da referida apelação diz:

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 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. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70054988266, Primeira Câmara Cível, Relator: Des. Irineu Mariani, 2013).

Possível perceber que a própria ementa já traz discussões importantes que foram tratadas no presente trabalho, como a questão da ortotanásia ser a morte no seu devido tempo, sem prolongamento artificial, a questão do direito a vida dever ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana, a previsão infraconstitucional do artigo 15 do Código Civil e o reconhecimento da Resolução 1.995/12.

Entretanto, uma análise do acórdão revela que há algumas incoerências com a real ideia do testamento vital. A decisão dos desembargadores reconheceu o direito à recusa, entendendo a questão como ortotanásia, através de manifestação de vontade expressa pelo paciente em testamento vital, sendo possível extrair do seu teor, o seguinte argumento:

Tal manifestação de vontade, que vem sendo chamada de *TESTAMENTO VITAL*, figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina, na qual consta que “*Não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano*” e prevê, então, a possibilidade de a pessoa se manifestar a respeito, mediante três requisitos: **(1)** a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, isto é, antes da fase crítica; **(2)** o paciente deve estar plenamente consciente; e **(3)** deve constar que a sua manifestação de vontade deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assistem (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70054988266, Primeira Câmara Cível, Relator: Des. Irineu Mariani, 2013).

A partir destes três requisitos elencados pelos desembargadores é possível averiguar as falhas da decisão ao equiparar a recusa com o testamento vital.

Uma leitura apurada do acórdão e seguindo apontamentos de Luciana Dadalto (2020, p. 106) verifica-se que a decisão é contraditória, primeiro exige que a manifestação do paciente seja feita antecipadamente, porém, uma análise do caso revela que o enfermo decidiu quando tomou conhecimento do diagnóstico da necessidade de amputação, portanto, quando se encontrava na situação de enfermidade. Segundo exige que o paciente esteja plenamente consciente para manifestar sua vontade, mas, conforme leitura do acórdão, um dos argumentos do Ministério Público ao pleitear a autorização judicial para que houvesse a amputação, era de que o idoso apresentava quadro depressivo, o que pode retirar suas condições psíquicas.

Apesar desta decisão ter reconhecido o direito a autonomia do paciente, ela se afasta do verdadeiro sentido do testamento vital, o que demonstra a falta de técnicas que o próprio Poder Judiciário possui diante da temática, questão preocupante já que engloba a discussão de direitos extremamente relevantes, tanto legalmente quanto socialmente.

Esta situação aclama pela necessidade de uma legislação específica que detalhe o instituto, de forma a dirimir dúvidas e evitar que a aplicação das diretivas e, conseqüentemente, do testamento vital, seja feita de forma errônea e perigosa.

## 6 ASPECTOS TÉCNICOS DO TESTAMENTO VITAL

Ante todo o exposto até o presente momento, verificada a aceitação e validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, este tópico se atentará a analisar os aspectos mais técnicos do testamento vital, como a natureza jurídica e formalidades para elaboração do documento, bem como análise de um substitutivo do projeto de lei 149/2018, o qual está em tramitação no Senado e trata das diretivas antecipadas de vontade.

### 6.1 Natureza Jurídica

Como o intuito do trabalho não é tratar da teoria dos fatos jurídicos, aqui será traçado, sem profundidade, apontamentos pertinentes e esclarecedores sobre os fatos jurídicos para que seja possível compreender a contextualização do testamento vital como um instituto do Direito.

O Direito é criado para controlar a sociedade, de forma a estabelecer normas e regras de convivência, neste contexto, os fatos se revestem de fundamental importância, já que é a partir deles, conforme ensina Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 652), que surgirá o Direito (organizado como ciência). Sabendo disso, é necessário entender também que há duas modalidades de fatos, os jurídicos e os fatos materiais (ajurídicos), Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 653) ensinam, ainda, que os jurídicos se caracterizam pela produtividade de efeitos jurídicos/normatizados e, portanto, de coercibilidade, o que não acontece com os fatos materiais (ajurídicos), não importando a natureza intrínseca do fato em si, pelo o que podem ter idêntica origem, recebendo a classificação de acordo com a produtividade ou não dos efeitos na órbita do Direito, nesse sentido, por exemplo, um raio poderá ser fato jurídico se atingir uma casa acobertada com uma apólice de seguro, ou ajurídico se a casa não estiver assegurada.

Por óbvio, o que nos interessa são os fatos jurídicos e sobre eles, Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 367):

Quando o fato percute no campo do direito, qualquer que seja a sua origem, é que toma o conteúdo e a denominação de fato jurídico, definido por Savigny na forma usualmente registrada e frequentemente repetida nos tratados e compêndios: fato jurídico é o acontecimento em virtude do qual começam ou terminam os direitos subjetivos. Nem por ser geralmente adotado o conceito é imune à crítica: é que nem sempre o fato faz nascer ou perecer o direito. Às vezes atua sobre a relação jurídica já existente, para modificá-la. Mais completa seria, então, a definição de Savigny com este acréscimo. E se enunciaria: fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas.

Possível perceber, desta forma, que para o autor o conceito de fato jurídico está atrelado a produção de efeitos concretos, já que traz os fatos jurídicos como acontecimentos que fazem nascer, modificar e extinguir relações jurídicas.

Sobre preocupação com a produtividade de efeitos, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 655), tece crítica, explicando que nem sempre decorrerão efeitos do fato jurídico, podendo que o fato exista e deixe de existir sem jamais ter produzido efeito algum, é o caso, por exemplo, de um testamento que foi elaborado mas revogado, ele existiu e deixou de existir, mas não produziu efeitos, porque isso somente aconteceria com a morte do testador, é por isso que, citando Pontes de Miranda, os autores, mencionam que a definição de fatos jurídicos é mais realista quando pensa que se trata de um fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica que produza eficácia jurídica no momento que é elaborado, depois, com condições ou sem condições, ou até mesmo não venha produzir nenhuma eficácia, por isso, os fatos jurídicos possuem capacidade de produzir efeitos. Neste contexto, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 656):

Veja-se, portanto, que o fato jurídico é aquele acontecimento capaz de produzir efeitos (isto é, capaz de criar, modificar, substituir ou extinguir situações jurídicas concretas), trazendo consigo uma potencialidade de produção de efeitos, mas não necessariamente fazendo com que decorram tais consequências.

Assim, sabendo que os fatos jurídicos são aqueles capazes de produzir efeitos na órbita jurídica, é necessário saber também que eles possuem classificação, nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 656-657) explicam que os fatos jurídicos podem ser ilícitos, os quais, ao se concretizarem violam as normas jurídicas, e podem ser lícitos, os quais se concretizam em conformidade com as normas jurídicas, estes fatos lícitos, se subdividem em fatos jurídicos strictu sensu (fatos naturais, que decorrem da força da

natureza) e fatos humanos (que se originam da vontade humana), estes fatos humanos se subdividem, ainda, em atos-fatos jurídicos, os quais surgem da vontade humana, mas a produção de seus efeitos é desvinculada dessa vontade, ou seja, independente do elemento anímico, e em atos jurídicos lato sensu, que representa os acontecimentos que têm no seu suporte fático a presença do elemento volitivo e se subdivide em atos jurídicos strictu sensu (a vontade humana se dá para aderir a efeitos preestabelecidos pelo ordenamento jurídico) e em negócio jurídico (vontade criadora, que tem poder de criar efeitos jurídicos), assim os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 656-657) pontuam:

Partindo dessas premissas fundamentais, de modo amplo, é possível classificar os fatos jurídicos em sentido amplo lícitos (em conformidade com o ordenamento jurídico) em: (a) fatos jurídicos em sentido estrito, que decorrem de fenômenos naturais, sem intervenção humana; (b) atos jurídicos em sentido amplo, que são os acontecimentos decorrentes da exteriorização da vontade humana; (c) atos jurídicos em sentido estrito, resultante da subdivisão do ato jurídico lato sensu, caracterizados pela vontade humana de que decorram efeitos previstos na norma jurídica; (d) negócio jurídico, também fruto da subdivisão dos atos jurídicos em sentido amplo, tipificando categoria na qual a vontade humana escolhe os efeitos que decorrerão; (e) ato-fato jurídico, no qual o elemento humano é essencial para a sua existência, mas cuja produção de efeitos depende do ânimo, pois o direito reputa irrelevante a vontade de praticá-lo.

A partir desta classificação, para que seja possível se aproximar da natureza jurídica do testamento vital, é importante entender que a sua essência está nos fatos humanos, os quais vão abrir a classificação dos atos jurídicos, até porque é justamente o ato que se refere ao evento humano, nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo (2018, p. 175):

Fazendo a distinção entre ato e fato, este deriva do participio passado do verbo latino facio, is, feci, factum, ere, que significa fazer. Fato é o feito, o acontecido, o acontecimento. Veja-se, assim, que fato jurídico é o acontecimento, que não resulta da vontade humana, ao passo que ato jurídico sempre depende desta para que venha a existir, ambos produzindo efeitos de direito.

Assim, dentro dos atos jurídicos, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 664-670) ensinam que os atos-fatos jurídicos tem a incidência do ato humano, mas os seus efeitos decorrem da própria norma, por sua vez, os atos jurídicos em sentido lato, derivam de uma atuação humana ou da exteriorização de vontade humana, produzindo efeitos que são reconhecidos pelo direito (não vedado por lei), sendo que esta exteriorização da vontade pode se dar através de



declaração ou manifestação de vontade, tais atos jurídicos se dividem em ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico, de forma que enquanto o ato jurídico stricto sensu embora seja um ato que a parte deseje, a sua finalidade/consequências, estão previstas em lei, o negócio jurídico deriva da vontade humana e seu resultado final é pretendido, desejado, pelas partes, com nítido cunho de satisfação de interesses privados. Sobre os negócios jurídicos, os doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 670):

De fato, a autonomia privada há de ser compreendida como elemento central do negócio jurídico, na medida em que consubstancia a liberdade de se autodeterminar. Assim sendo, está no âmbito negocial a principal expressão da autonomia privada: o que foi estabelecido pelas partes, no exercício de sua liberdade, deverá ser respeitado, sob pena de ingerência indevida do Estado ou de terceiros.

Sabe-se, de acordo com tudo que já fora exposto e tratado até aqui, que essa autonomia deve ser interpretada e aplicada conforme os ditames constitucionais, respeitando o Direito como um todo. E neste cenário, é possível dizer que o testamento vital se insere nos negócios jurídicos.

O negócio jurídico, assim como os demais fatos jurídicos, passa, ainda, pela análise tripartida da existência, validade e eficácia, inserida no sistema jurídico brasileiro por Pontes de Miranda, como leciona Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 658):

O que se pretende afirmar com isso é que todo e qualquer fato jurídico passa por diferentes planos (dimensões): primeiramente, o fato jurídico tem existência (plano ontológico, ganhando uma estruturação básica e elementar); em seguida, ganha validade (quando se conformar com a ordem jurídica vigente, atendendo aos elementos exigidos pelo sistema jurídico); e, finalmente, sendo existente e válido, o fato jurídico, naturalmente, produzirá efeitos jurídicos (admitindo-se, porém, que essa eficácia, produzida, de ordinário, automaticamente, possa ser controlada pelos interessados).

No mesmo sentido são os ensinamentos de Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 24) que leciona que “plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização”.

Explicando os três planos com exemplo, Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 24-25) fala sobre o testamento tradicional do Direito:

Se tomarmos, a título de exemplo, um testamento, temos que, enquanto determinada pessoa apenas cogita de quais as disposições que gostaria de fazer para terem eficácia depois de sua morte, o testamento não existe; enquanto somente manifesta essa vontade, sem a declarar, conversando com amigos, parentes ou advogados, ou, mesmo, escrevendo em rascunho, na presença de muitas testemunhas, o que pretende que venha a ser sua última vontade, o testamento não existe. No momento, porém, em que a declaração se faz, isto é, no momento em que a manifestação, dotada de forma e conteúdo, se caracteriza como declaração de vontade (isto é, encerra em si não só uma forma e um conteúdo, como em qualquer manifestação, mas também as circunstâncias negociais, que fazem com que aquele ato seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos), o testamento entra no plano da existência; ele existe. Isso, porém, não significa que ele seja válido. Para que o negócio tenha essa qualidade, a lei exige requisitos: por exemplo, que o testador esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, que as disposições feitas sejam lícitas, que a forma utilizada seja a prescrita. Por fim, ainda que estejam preenchidos os requisitos e o testamento, portanto, seja válido, ele ainda não é eficaz. Será preciso, para a aquisição de sua eficácia (eficácia própria), que o testador mantenha sua declaração, sem revogação, até morrer; somente a morte dará eficácia ao testamento projetando, então, o negócio jurídico, até aí limitado aos dois primeiros planos, no terceiro e último ciclo de sua realização.

Ciente da necessidade de uma análise tripartida dos negócios jurídicos, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 683) explicam, sobre os elementos existenciais, que, embora a doutrina não seja pacífica, é possível dizer que seus pressupostos são: agente, objeto, forma e vontade exteriorizada consciente. Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 82) pontua, ainda, que a declaração de vontade é elemento existencial do negócio jurídico, demonstrando que o negócio surge a partir da declaração:

A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração.

Assim, tendo os contornos do plano da existência, o plano da validade vem para cercar/proteger a vontade da parte que está sendo exteriorizada, é o que ensina Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 41):

Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica.

Assim, o plano da validade cuida de revestir os elementos existenciais de qualificações, para que esteja em conformidade com o ordenamento jurídico. Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 685) pontuam que há um certo paralelismo entre os planos da existência e da validade, de forma que o plano da validade corresponde às qualidades que os elementos existenciais devem ter e, assim, a partir da leitura do artigo 104 do Código Civil, é possível elencar que os requisitos de validade são: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma adequada (prescrita ou não defesa em lei) e vontade exteriorizada conscientemente, de forma livre e desembaraçada.

Por fim, tem-se o plano da eficácia, como ensina Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 49):

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos.

Assim, sabendo que este plano cuida da produção dos efeitos do negócio jurídico existente e válido, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2019, p. 713-717) explicam que neste momento é verificado os elementos acidentais do negócio jurídico, que são, a condição, o termo e o modo ou encargo. A condição, segundo dispõe o artigo 121 do Código Civil, é a cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto, portanto, para a sua ocorrência é essencial a presença da incerteza e da futuridade do evento, a condição pode, ainda, ser classificada em suspensiva (impede que o negócio jurídico produza qualquer efeito até que o evento se realize) e resolutiva (quando essa condição sobrevém, ela cessa os efeitos que o negócio jurídico estava produzindo); em lícita ou ilícita; em possível ou impossível (tanto juridicamente, quanto fisicamente) e condição casual (origina de evento fortuito), potestativa (decorre da vontade de uma das partes) e mista (que depende da vontade um dos agentes e de uma

circunstância externa). O termo refere-se ao acontecimento futuro e certo (inevitável). Por fim, o modo ou encargo é uma determinação, através da qual se impõe um ônus, uma obrigação associada a uma liberalidade, que pode ter como beneficiário o próprio disponente, terceiros, uma generalidade de pessoas ou, ainda, a coletividade.

Após análise desses ensinamentos acerca dos fatos jurídicos e da escada ponteana, importante pontuar, principalmente para o tema do presente trabalho, que é necessário uma interpretação destes estudos para sua aplicação nas relações existenciais e não apenas patrimoniais, já que o testamento vital carrega disposições acerca de cuidados com a saúde, portanto, possui conteúdo subjetivo. Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal (2019, p. 659):

Não é despidendo sublinhar que essa triologia (tridimensionalidade) dos fatos jurídicos não pode ser utilizada como um mecanismo positivista, conferindo realce às normas legais em detrimento das normas principiológicas. Não é possível abraçar a concepção tridimensional do fato jurídico para asfixiar a abertura de caminhos possíveis no campo do constitucionalismo contemporâneo, prejudicando a aplicação das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais. É preciso, pois, situar a (relevantíssima) contribuição ponteana no contexto histórico-social de sua época e utilizar como prudência a sua aplicação concreta, em especial no que diz respeito às relações existenciais. Até porque a triologia do fato jurídico foi construída, fundamentalmente, para a compreensão de *relações jurídicas patrimoniais* (v. g., as relações contratuais). Por isso, quando se tratar de *relações jurídicas existenciais* (como, por exemplo, os direitos de personalidade), sobreleva partir da máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Tal advertência, por lógico, não diminui em nada a coerência e relevância da teoria construída pelo imortal professor alagoano. Apenas, impõe-se, nessa nova e exuberante arquitetura decorrente da efetivação da norma constitucional no campo do Direito Civil, a sua releitura crítica, com o objetivo construtivo de adaptá-la ao garantismo constitucional.

Assim, é possível dizer que os negócios jurídicos também materializam relações jurídicas existenciais, e nesse sentido, Francisco Amaral (2017, p. 465) conceitua o negócio jurídico como a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece, demonstrando que além da vontade do agente é fundamental que o ordenamento jurídico reconheça o poder de autorregulamentação.

Neste contexto de tutela da autonomia privada, insere o que foi tratado anteriormente a respeito da interpretação conjunta do instituto com a dignidade da pessoa humana e demais mandamentos constitucionais que formam a base para o estudo do testamento vital, e esses mandamentos constituem a relação jurídica

existencial/subjetiva, já que entra no campo dos direitos da personalidade. Assim, Luciana Dadalto (2018, p. 07):

Resta claro, assim, que as escolhas afetas ao testamento vital, ou seja, as disposições 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” fazem parte de uma situação subjetiva e, portanto, encontram-se no espaço de escolha individual do sujeito. Contudo, é preciso deixar claro que o conteúdo dessas disposições precisa se subsumir ao ordenamento jurídico vigente no país em que se aplica; dessa forma, manifestações de vontade ilícitas como um pedido de eutanásia deverão ser invalidadas.

Com base nesses ensinamentos, sabendo que o testamento vital é um negócio jurídico que trata de relação jurídica existencial, que passa pela análise Ponteana tripartida, Luciana Dadalto (2018, p. 08):

Nessa perspectiva pode-se, a priori, enquadrar o testamento vital como um negócio jurídico unilateral sob condição suspensiva, entendendo que é necessária apenas a manifestação de vontade do declarante e que a eficácia da manifestação de vontade ficará suspensa até que ocorram os seguintes fatos, somados: (i) estado clínico fora de possibilidades terapêuticas de cura e (ii) perda de discernimento do paciente.

Destarte, com base em todos estes apontamentos e sabendo que o plano da validade dá qualificação ao plano da existência, é possível dizer que o testamento vital deve ser elaborado por agente capaz (adiante será tratado da importância do discernimento do agente para a elaboração do testamento), que tenha objeto/contéudo lícito, possível, determinado ou determinável (que esteja em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, com contéudo bem delimitado e explicativo), elaborado sem grandes formalidades, já que o artigo 104, inciso III e artigo 107, ambos do Código Civil dispõem que a validade do negócio não depende de forma especial, a não ser que a lei exija expressamente, o que não ocorre, já que não há norma específica sobre o assunto no sistema jurídico brasileiro, e que a vontade seja exteriorizada conscientemente, de forma livre e desembaraçada. Por fim, no plano da eficácia, tem-se que o testamento vital possui condição suspensiva, já que a situação de doença ameaçadora de vida, terminalidade, incurabilidade, é evento futuro e incerto no momento de elaboração da declaração, a qual apenas surtirá efeitos quando o sujeito estiver em situação de risco, fora de possibilidades terapêuticas e com perda de discernimento.

## 6.2 Formalidades e Segurança Jurídica

Fora mencionado acima que o testamento vital não possui grandes formalidades em sua elaboração, visto que o artigo 104, inciso III e artigo 107, ambos do Código Civil, dispõem que a forma é livre, caso não haja exigência expressa em lei, e como não há lei sobre o tema no Brasil, atualmente esta declaração pode ser feita sem que seja observada uma forma predeterminada. Conforme Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira (2012, p. 184):

A terminologia “testamento vital”, todavia, é criticada sob o fundamento não só de que a eficácia das diretivas antecipadas de vontade está voltada ainda para o curso da vida do paciente, como também de que não são necessárias as mesmas formalidades exigidas para o testamento *post mortem*.

Veja que o fato de não possuir formalidades é mais uma crítica feita ao nome dado ao instituto no Brasil. Ocorre que, a forma livre faz com que esta declaração se distancie da segurança jurídica, portanto, mais um motivo da necessidade de norma regulamentadora do assunto, que preveja forma para o documento. É nesse sentido que, refletindo sobre o tema no Direito Estrangeiro, principalmente na Espanha, Luciana Dadalto (2020, p. 112-113) leciona:

Posto isso, entende-se ser importante no Brasil que o testamento vital tenha forma prevista em lei, havendo a possibilidade legal de lavratura por escritura pública perante um notário, a fim de garantir a segurança jurídica. A criação de um banco nacional de testamentos vitais também é recomendada, para que possibilite uma maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente, de modo a não correr risco de que declaração se torne inócua. Assim, existindo tais disposições formais, o cartório ou o particular deverá encaminhar o testamento vital ao Registro Nacional, em um prazo exíguo, a fim de garantir a efetividade desta.

Nesse sentido, a Lei 8.935/94 (“Lei dos cartórios”) ao dispor na Seção II sobre as atribuições e competências dos notários, prevê no artigo 6º, incisos I e II, “formalizar juridicamente a vontade das partes” e “intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo”, o que demonstra a competência do notário para a lavratura de tal ato.

E nesse sentido, entendimento jurisprudencial reconhece que este tipo de manifestação pode ser feito através de cartório extrajudicial:

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. Manifestação que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial. Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade. Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos. Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Ap. 1000938-13.2016.8.26.0100 , 7ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargadora Mary Grün, 2019).

Destarte, além de reconhecer a possibilidade do documento ser feito via cartório extrajudicial, o entendimento é, ainda, no sentido de que os efeitos do que fora manifestado no testamento vital ocorrem independente de aprovação judicial, além de que não há necessidade de movimentar o Poder Judiciário para atestar a sanidade mental do testador, o que pode ser feito, também, pelo cartório, demonstrando a desjudicialização do tema.

Diante do reconhecimento da possibilidade de lavratura do documento por escritura pública perante notário e da importância de um registro nacional de testamento vital, é possível, conforme explica Luciana Dadalto (2020, p. 113) seguir a disposição do provimento CG nº 06/94 sobre a implantação de Registro de Testamentos do Estado de São Paulo conforme solicitação do Colégio Notarial do Brasil, Seção de São Paulo, de estender o Registro Central de Testamentos, existente na Capital, a todo o Estado de São Paulo, e estender também a outros estados brasileiros, o que auxiliaria na segurança jurídica do instituto.

Sobre a criação de um Registro Nacional de diretivas antecipadas de vontade e, conseqüentemente, de testamento vital, e da segurança jurídica, Viviane Rosolia Teodoro (2017, p. 11) comenta:

A criação de um registro nacional de Diretrizes Antecipadas da Vontade nos moldes do registro espanhol e do português é importante a fim de possibilitar uma maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente, de modo a não correr risco de que declaração se torne inócua.

Assim, seguindo a importância do registro para a segurança de cumprimento da vontade do testador, existe atualmente o chamado “RENTEV”, que é um banco de dados de testamentos vitais que está na plataforma digital<sup>3</sup>, o que é um meio importante que a sociedade brasileira tem disponível garantidor, ainda mais, da segurança jurídica.

Por fim, tem-se a previsão da própria Resolução 1.995/12, que em seu artigo 2º, §4º dispõe que “o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente”, assim, com a informação acerca do testamento vital no prontuário do paciente, garante que os profissionais da saúde tenham conhecimento da diretiva antecipada de vontade.

Importante pontuar aqui que a junção desses procedimentos garante ainda mais a segurança jurídica ao paciente de que sua vontade será respeitada, assim, elaborado o testamento perante o notário, inserido no Registro Nacional e presente no prontuário do enfermo para conhecimento do médico, a eficácia do documento estará garantida, nesse sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 116):

Sendo assim, pelo já proposto, defende-se que no Brasil o testamento vital torna-se eficaz a partir de sua inscrição do prontuário médico, pois ainda que ele seja oponível erga omnes a partir da lavratura de escritura pública pelo notário, sua eficácia médica apenas se perfaz com a inscrição no prontuário, inscrição essa que deve ser providenciada pelo médico, após ser informado, preferencialmente pelo Registro Nacional de Testamento Vital, da feitura desse documento pelo paciente, não havendo óbice que o outorgante se encarregue de prestar essa informação, entregando uma cópia para o médico. Neste caso, entretanto, o outorgante deve estar ciente da importância do Registro Nacional, a fim de garantir maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente.

Veja que outro ponto que é mencionado e que garante, também, segurança jurídica, é a eficácia erga omnes que o testamento vital possui, como já previsto na Resolução 1.995/2012, ao dispor em seu artigo 2º, § 3º que as diretivas antecipadas prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

---

<sup>3</sup> Trata-se de uma plataforma digital de armazenamento de dados que pode ser feito pelo próprio usuário, sendo possível encontrar mais informações sobre ele acessando o site <http://rentev.com.br/>.



Sobre esse efeito erga omnes que garante o respeito para com as nuances do testamento vital, Luciana Dadalto (2020, p. 57) assevera que esta declaração vincula médicos, parentes do paciente e eventual procurador de saúde, o que evita uma jurisdicionalização do morrer, que inevitavelmente ocorreria se o médico recusasse a seguir as disposições do testamento vital. Este caráter vinculante, ainda, isenta, de certa forma, a responsabilidade da família e profissionais da saúde, pessoas que teriam que tomar a decisão pelo enfermo, caso este não conseguisse exprimir a sua vontade.

Assim, tais procedimentos revestem o testamento vital de maior conhecimento e segurança, para que ele possa ser cumprido e oponível contra terceiros. A partir destes apontamentos, Diaulas Costa Ribeiro (2005, p. 113) resume as possíveis formalidades admitidas no nosso sistema:

Adotamos diretivas antecipadas que têm, pelo menos, quatro alternativas para se materializar: 1) escritura pública em cartório; 2) declaração escrita em documento particular, de preferência com firma reconhecida; 3) declaração feita a seu médico assistente, registrada no prontuário, com assinatura.

Destarte, estas informações revelam a necessidade veemente de uma legislação específica sobre a temática, que trate das formalidades envolvidas no testamento vital, para que a vontade do paciente tenha a segurança jurídica de ser respeitada.

### **6.3 Discernimento e Capacidade**

Foi mencionado no começo do trabalho que o intuito não é tratar, aqui, da teoria das (in)capacidades civis no Direito brasileiro, mas constatou-se que o essencial para as diretivas antecipadas de vontade e, por conseguinte, para o testamento vital, é o discernimento para elaboração de documentos baseados na autonomia privada do sujeito, que pode ser declarada através de um consentimento livre, esclarecido e informado. Neste contexto, a ideia é flexibilizar possíveis incapacidades do sistema civil, assim, Renata de Lima Rodrigues (2007, p. 169-170) pontua:

Flexibilizar os institutos da incapacidade e da curatela consiste em um novo mecanismo hermenêutico hábil a viabilizar a vontade do incapaz, sempre que for possível compatibilizar sua vontade psicológica com a vontade jurídica, revestindo-a, portanto, de juridicidade.

Desta forma, possível perceber que a essência está justamente nas aptidões psicológicas de entendimento e percepção do sujeito que elabora o testamento vital, independente da idade que possui.

Nesse contexto, a Resolução nº 41/95 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), dispõe sobre o direito desses sujeitos (e não objetos) a uma morte digna, prevendo até mesmo, no item 12 o “direito de não ser objeto de ensaio clínico, provas diagnósticas e terapêuticas, sem o consentimento informado de seus pais ou responsáveis e o seu próprio, quando tiver discernimento para tal”.

Sobre a capacidade civil e a autonomia, Maria Auxiliadora Minahim e Daniela Portugal (2015, p. 321):

Deve-se, destacar, todavia, que o conceito de autonomia em bioética não coincide com o de capacidade em direito porque se postula que mesmo os menores possam participar das decisões sobre as intervenções em seu corpo. Naturalmente, deve-se ter em consideração sua aptidão de compreensão em face da complexidade de cada caso. Da mesma forma, o respeito à autonomia pretende que doentes mentais, também na medida de sua percepção e consciência, possam tomar parte nas deliberações sobre providências terapêuticas que lhes digam respeito.

Neste diapasão, ainda que as autoras disponham acerca da possibilidade de doentes mentais tomar parte nas deliberações, na medida de sua percepção e consciência, tem-se, por outro lado, os ensinamentos de Cláudia Burlá (2015, p. 104) no sentido de que “nas demências, não há possibilidade, durante o curso evolutivo da doença, de se obterem, de forma confiável, as informações das vontades da pessoa, uma vez que a sua capacidade cognitiva já se encontra comprometida”, o que revelaria a impossibilidade de elaboração de diretivas antecipadas de vontade no curso da doença mental.

Assim, com a ideia de flexibilizar os limites etários do Código Civil, juntamente com a prevalência do discernimento para elaboração deste testamento, Luciana Dadalto (2020, p. 114) explica o que fazer caso o menor de idade queira elaborar um testamento vital:

Significa dizer que, caso um menor de idade queira redigir um testamento vital, deverá primeiramente requerer autorização judicial, que somente poderá negá-la se restar provado a falta de discernimento deste para praticar tal ato. Entretanto, caso não haja esse requerimento, entende-se que, após adquirida a maioridade civil, o documento deve ser ratificado pelo próprio outorgante.

Desta forma, seria realizado um pedido de autorização judicial, dentro do qual se analisaria o discernimento do menor de idade para redigir o documento. Ocorre que, como fora mencionado anteriormente, tem-se entendimento jurisprudencial no sentido de que o discernimento poderia ser verificado também via cartório extrajudicial e, já que a ideia é flexibilizar (in)capacidades, poderia ser discutido a possibilidade de verificar-se discernimentos de menores de idade também via cartório, algo que poderia ser trazido e esclarecido pela legislação.

A doutrinadora Luciana Dadalto (2020, p. 114-115) continua explicando sobre o sentido de se defender essa flexibilização:

O que se quer aqui é defender que o discernimento não está diretamente atrelado à idade, que a liberdade de autodeterminação do indivíduo não pode ser averiguada aprioristicamente, razão pela qual cabe ao juiz analisar se, por exemplo, um adolescente de 15 anos tem discernimento suficiente para manifestar sua vontade acerca de tratamentos ou não tratamentos a que deseja ser submetido caso se torne um paciente fora de possibilidades terapêuticas.

Destarte, resta claro e evidente que o critério do discernimento é o mais apropriado para feitura de documentos como o testamento vital, que materializa a autonomia privada do sujeito, o qual, ao elaborar esta diretiva, deve estar no perfeito gozo de suas condições psicológicas, de modo a entender, discernir e consentir com segurança.

Foi mencionado que o testamento vital, como negócio jurídico que passa pela análise tripartida da existência, validade e eficácia, deve ser elaborado por agente capaz, e aí entraria o estudo das (in)capacidades que, como já fora dito, não é a finalidade deste trabalho, mas mesmo assim, ainda que nos apontamentos sobre os fatos jurídicos tenha sido trazido esta questão, para evitar qualquer tipo de confusão, é preciso deixar claro que, no sistema jurídico atual, o molde que se tem é que o testamento vital seja redigido por sujeito capaz seguindo a teoria das capacidades do Direito Civil, a ideia que se traz aqui é de modular/flexibilizar as limitações etárias da teoria das (in)capacidades, trazendo uma visão de que seria

possível pensar num menor de idade e, até mesmo, menor de 16 (dezesesseis) anos, elaborando um testamento vital, questão esta que poderia ser esclarecida com uma legislação específica sobre o tema.

#### **6.4 Prazo de Validade e Revogação**

Neste tópico se analisa a existência ou não de um período em que o testamento vital pode ser considerado válido, se ele é elaborado para perdurar por um espaço de tempo, ou se independe de prazos. Nesse cenário, Miguel Reale Júnior (2013, p. 02) questiona acerca do período em que a manifestação de vontade do paciente pode ser considerada eficaz, se a pessoa elabora o testamento com uma determinada idade, ele estaria valendo depois de vinte, ou trinta anos, por exemplo, e nesse sentido, o autor recomenda a renovação do testamento a cada cinco anos, visto que a proximidade da morte pode fazer a pessoa mudar de opinião, assim, importante permitir que ela ateste sua vontade atual.

Nesse sentido, como tratado no Direito Comparado, está a previsão legislativa de Portugal, que na Lei 25/2012 dispõe que as diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos, contados da assinatura.

Diferentemente prevê a Lei 41/2002 da Espanha, a qual dispõe sobre a revogabilidade das diretivas, e é nesse sentido que se alinha o entendimento para o Direito brasileiro, seguindo alguns termos do testamento tradicional, Vladia Maria de Moura Soares Sanches (2014, p. 05), aduz:

Como testamento que é, o testamento vital obviamente é ato personalíssimo, só pode emanar inexoravelmente, da vontade do testador, unilateral, em que não existe contraparte ou aceitante da manifestação da última vontade, e pode ser mudado ou revogado a qualquer tempo.

Veja que, como mencionado anteriormente, Miguel Reale Júnior (2013, p. 02) defende a renovação do documento visto que o paciente pode mudar de opinião com o passar dos anos, e é justamente por entender que o sujeito pode mudar de opinião que ele pode ter a liberdade e a autorização para revogar o que atestou.

Nestes termos, defendendo a revogabilidade do testamento vital, até por comparação com o testamento tradicional, Luciana Dadalto (2020, p. 115):

Conforme já mencionado, o testamento vital é, por essência, revogável, razão pela qual discorda-se da fixação de prazo de validade nestes documentos, pela total desnecessidade, vez que a qualquer tempo o outorgante pode revogar a manifestação anterior. Aqui, vale uma comparação com o instituto do testamento, que, como instrumento de manifestação de vontade do indivíduo, pode ser revogado a qualquer tempo pelo testador.

Assim, seguindo a previsão do artigo 1.969 do Código Civil, o testamento pode ser revogado, e ainda que este dispositivo trate do testamento tradicional, em que pese as inúmeras diferenciações entre os institutos, neste ponto o testamento vital se assemelha com aquele.

Explicando a característica da revogabilidade, Luciana Dadalto (2020, p. 115) comenta que alguns doutrinadores defendem a existência de um prazo de validade, pois a Medicina avança a passos largos e a doença que era considerada incurável no momento de elaboração do testamento vital, pode ser curável no momento de sua aplicação, mas a própria doutrinadora explica que esse fator é resolvido com os limites do testamento vital, que será explanado a seguir.

## **6.5 Testamento Vital: Conteúdo e Limites**

Este tópico se destina a análise da composição do testamento vital, ou seja, do que o testador irá redigir ao elaborar esta diretiva antecipada de vontade, além de trazer situações limitantes do testamento.

### **6.5.1 Conteúdo do testamento vital válido**

A partir de tudo que já foi exposto, analisado, trabalhado e até mesmo já conceituado, tem-se que o testamento vital é uma declaração escrita pelo paciente, ser autônomo, acerca de suas vontades sobre os tratamentos que deseja ou não ser submetido no momento em que não puder exprimir sua vontade. Assim, esta diretiva serve de orientação aos cuidados com a saúde do enfermo. Vladia Maria de Moura Soares Sanches (2014, p. 01-02):

Um testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, que uma pessoa realiza em uma situação de lucidez mental para que seja levado em conta quando, por causa de uma doença, já não seja possível expressar sua vontade. O que se assegura através destes documentos é a morte digna, no que se refere à assistência e ao tratamento médico a que será submetido um paciente, que se encontra em condição física ou mental incurável ou irreversível, e sem expectativas de cura.

Com base nos apontamentos trazidos até aqui e nas definições já apresentadas ao longo do trabalho e neste instante, pensando no nome dado ao instituto aqui no Brasil, que é a tradução livre de “living will” (nome do documento nos Estados Unidos), é possível perceber que a nomenclatura é um tanto quanto errônea, já que a ideia do testamento vital é muito distante da ideia do testamento tradicional no Direito. Nesse sentido, Ernesto Lippmann (2013, p. 17):

Ao contrário do testamento civil, que tem por objeto, nos termos do art. 1.857 do Código Civil, o ato de disposição do testador de totalidade ou parte dos seus bens, para depois de sua morte, o “testamento vital” aponta sua eficácia para o próprio curso da vida do testador, que irá indicar de que forma desejará “ser tratado - do ponto de vista médico - se estiver em uma situação de doença grave e inconsciente”.

O testamento vital é uma diretiva que produzirá efeitos durante a vida do paciente, visto que tem como escopo tratar dos cuidados e procedimentos aos quais o paciente será ou não submetido quando estiver acometido de uma doença ameaçadora de vida, diferentemente do testamento tradicional, que é feito para surtir efeitos no post mortem. No mesmo sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 55):

Conforme mencionado na introdução, a nomenclatura testamento vital é fruto de errôneas e sucessivas traduções de living will. O erro da tradução cinge-se basicamente à incompatibilidade das características do testamento vital com as características principal do testamento, qual seja, a produção de efeitos mortis causa, pois o conceito apresentado acima deixa claro que essa declaração surtirá efeito durante a vida do paciente.

Sabendo que o testamento vital é uma declaração sobre cuidados de saúde, que é feita previamente pelo paciente, para que surta efeitos ainda em vida, mas quando esta se encontra ameaçada, a doutrinadora Luciana Dadalto (2020, p. 55) elenca ainda que a pessoa ao elaborar esta diretiva deve estar revestida do seu pleno discernimento, no gozo de suas faculdades mentais, pessoa que já foi instruída e orientada por um profissional da saúde, o qual lhe informou e esclareceu (como tratamos alhures do chamado consentimento esclarecido e informado) acerca

de cuidados paliativos e tratamentos extraordinários, das possibilidades terapêuticas e do conteúdo permitido pelo ordenamento jurídico para que seu testamento vital possa realmente surtir efeitos, e assim sendo, apenas em situações de irreversibilidade do quadro, quando o paciente não puder mais exprimir sua vontade, é que este documento será eficaz.

De acordo com o que já fora apontado até aqui, evidente que o testamento vital será elaborado em um momento de paz da vida da pessoa, não em situações de urgência e emergência, quando já está afetada pela doença irreversível e não consegue exprimir sua vontade.

Como fora tratado anteriormente, o Direito brasileiro ampara a morte digna sob o enfoque da chamada ortotanásia, a qual busca a qualidade de vida do paciente para que a morte ocorra em seu processo natural e uma vez que o enfermo se encontra num estado de irreversibilidade e terminalidade os tratamentos que darão respaldo a ortotanásia são os cuidados paliativos. Desta forma, é imperioso e necessário que o conteúdo do testamento vital se amolde a essas premissas e, nesse sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 56) preceitua que a abordagem paliativa tem como finalidade a não iniciação dos chamados tratamentos extraordinários e quando eles já tiverem sido iniciados, o objetivo é a sua suspensão, o que se intitula de suspensão do esforço terapêutico (SET).

Acerca da SET (suspensão do esforço terapêutico), Diaulas Costa Ribeiro (2006, p. 281), pontua que “com a SET o paciente não morre de uma overdose de cianureto de potássio, de adrenalina ou de heroína; morre da própria doença, da falência da vida que só é eterna na prosa, na poesia e na visão perspectiva de algumas religiões”.

Destarte, o paciente, no momento de elaboração de seu testamento vital, além de estar no seu pleno discernimento, traçará a terapêutica dos cuidados paliativos, recusando qualquer tipo de tratamento extraordinário, que apenas prolonga a vida de forma artificial sem preservar a sua dignidade.

Sobre a importância e termos do testamento vital, Taciana Damo Cervi (2018, p. 107):

Contudo, verifica-se o testamento vital como instrumento importante de garantia de qualidade de vida quando instalado o processo de morte visto que a pessoa elege os tratamentos que considera dignos e os que recusa. Ressalte-se também, que as disposições acerca dos tratamentos do paciente terminal não estão relacionadas com a abreviatura da vida, mas sim, com a autorização para o prosseguimento natural da doença e o desfecho digno da existência, conforme orientam as convicções pessoais do paciente.

Diante do exposto, fica claro e evidente que esta diretiva antecipada de vontade é de suma relevância ao amparo do que se discutiu sobre dignidade da pessoa humana, autonomia privada, o direito de morrer, ortotanásia e preceitos e valores éticos.

Outro ponto que se discute acerca do conteúdo do testamento vital é a possibilidade de ele trazer disposições sobre doação de órgãos e nesse sentido Luciana Dadalto (2020, p. 111) explica que:

Quanto a disposição sobre doação de órgãos, apesar de não serem o foco do documento, entende-se atualmente que é razoável que o paciente manifeste desejo sobre esse assunto no testamento vital. Contudo, a doação de órgãos no Brasil já está regulada pela Lei 9.434/1997, alterada pela Lei 10.211/2001, bastando que, para a efetivação da doação, sigam-se seus ditames. Entre eles, está a autorização do cônjuge ou de parente maior de idade, obedecida a linha sucessória, o que não seria admissível no testamento vital, vez que ele expressa a vontade autônoma do paciente. Portanto, entende-se atualmente ser contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, a disposição acerca de doação de órgãos no testamento vital, sendo necessária uma alteração legislativa para validar essa disposição.

Veja que embora entenda ser razoável a previsão da doação de órgãos no testamento vital, a autora pontua que essa disposição, atualmente, é contrária ao sistema jurídico brasileiro e, no mesmo sentido, Viviane Rosolia Teodoro (2017, p. 05):

As Diretrizes Antecipadas da Vontade, no Brasil, não podem ter disposições sobre doação de órgãos, uma vez que a Lei 9.434/97, alterada pela Lei 10.211/01, estabelece que a vontade dos familiares do falecido prevalece sobre a vontade deste, manifestada em vida e, portanto, é contrária às Diretrizes Antecipadas da Vontade, nas quais a vontade manifestada pelo outorgante prevalece sobre a vontade dos familiares e dos profissionais de saúde.

Destarte, ao mencionar que disposições sobre doação de órgãos, no testamento vital, atualmente são contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, a



autoras fazem referência à previsão do artigo 4º da Lei 9.434/97, com redação dada pela Lei 10.211/01, que dispõe:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Referido dispositivo legal dá poderes de decisão à família, diferentemente do testamento vital que é expressão maior da autonomia privada da pessoa. Por isso o posicionamento doutrinário de que seja necessária uma alteração legislativa para que seja validado o assunto e, nesse sentido, está o substitutivo do projeto de lei 149/2018, que será analisado posteriormente, prevendo expressamente sobre a possibilidade de manifestação sobre a doação de órgãos post mortem, acrescentando o caráter vinculante.

### **6.5.2 Limites do testamento vital**

Este tópico trata de disposições que não surtirão efeitos e neste contexto, Luciana Dadalto (2020, p. 57) aponta três situações limitantes do testamento vital, quais sejam, a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela medicina.

A respeito da objeção de consciência do médico, o Código de Ética Médica brasileiro prevê como direito do médico, no item IX, “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”. O art. 8º da Resolução nº 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina, dispõe, ainda, que “objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019, p. 07).

Nesse sentido, Luciana Dadalto (2020, p. 57) preceitua que:

Assim, é direito do médico, diante do testamento, recusar-se a realizar a vontade do paciente, desde que esteja balizada por razões éticas, morais, religiosas ou qualquer outra razão de foro íntimo. Não é possível, dessa forma, que a objeção de consciência do médico seja respaldada por recusa injustificada, é necessário externar o motivo pelo qual está recusando a cumprir a disposição de vontade do paciente e, neste caso, deverá encaminhá-lo para cuidados de outro médico.

Percebe-se, portanto, que estará sendo respeitada a autonomia privada tanto do paciente quanto do profissional, de forma a garantir a eficácia dos direitos fundamentais das duas partes envolvidas nesta relação.

A doutrinadora, ainda, acerca da proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico é clara em pontuar que a preocupação que se tem aqui é com a eutanásia, prática estritamente proibida no Direito brasileiro, como já fora tratado anteriormente. Além, também, da distanásia e do suicídio assistido.

Por fim, sobre as disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela medicina, o intuito é evitar que haja a recusa ou suspensão de tratamentos que não são mais considerados como extraordinários, visto que dentro do lapso temporal entre a elaboração do testamento vital e sua efetiva utilização surgiram novos tratamentos, que se amoldam, agora, nos cuidados paliativos. É o que dispõe Luciana Dadalto (2020, p. 58):

Desse modo, como a Medicina avança a passos largos e não raras vezes são descobertas novas drogas e novos tratamentos, o papel dessa limitação é evitar que haja a suspensão do esforço terapêutico em casos que não mais se caracterizam como obstinação terapêutica, vez que surgiram novos tratamentos ordinários, inexistentes à época da realização do testamento vital.

Destarte, essas limitações irão guiar a aplicação do testamento vital, de forma a garantir e respeitar os interesses e direitos de todos os envolvidos numa relação médico-paciente, sempre com respaldo no que é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## **6.6 Análise do Substitutivo do Projeto de Lei 149/2018**

O sistema brasileiro carece de legislação específica sobre a temática em questão e, embora tenha sido verificado que o testamento vital é válido mesmo ante a ausência desta legislação, a edição de uma norma sobre o assunto seria um

grande avanço para o Direito brasileiro, bem como dirimiria muitas dúvidas e esclarecia pontos que ainda são nebulosos. Nesse sentido, Viviane Rosolia Teodoro (2017, p. 11-12):

Sabe-se que uma legislação específica é imprescindível para a efetivação e disseminação do instituto no Brasil, a fim de regulamentar os critérios de capacidade e/ou discernimento do outorgante, o conteúdo das Diretrizes Antecipadas da Vontade juridicamente válidas no Direito Brasileiro, a existência (ou não) de prazo de eficácia, quem pode ser nomeado procurador para cuidados de saúde, bem como os aspectos formais de seu registro.

E pensando nesta necessidade, há um projeto de Lei em trâmite no Senado Federal, cujo substitutivo desse projeto será analisado neste tópico. O projeto de lei 149/2018 de autoria do Senador Lasier Martins está em tramitação no Senado Federal, tendo sido apresentado o substitutivo deste projeto com o parecer de relatoria da Senadora Lídice da Mata, que em sua análise comentou acerca da falta de norma regulamentadora sobre o assunto no Brasil:

O Brasil, no entanto, não conta com norma legal sobre a matéria, o que gera controvérsias sobre a melhor conduta a ser tomada nos casos de pacientes que estão em situação de doença incurável e terminal ou em estado vegetativo persistente. Apenas normas infralegais editadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) orientam a conduta que os médicos devem adotar ao lidar com essas situações, recomendando que eles deixem de empregar ações terapêuticas inúteis ou obstinadas em tais casos e que levem em consideração a vontade expressa do paciente ou de seu representante legal (COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, 2018, p. 04).

Essas normas infralegais mencionadas são as editadas pelo Conselho Federal de Medicina, tratadas anteriormente no presente trabalho, que diante da ausência de legislação específica, dão amparo às condutas dos profissionais da saúde. O parecer pontua ainda sobre a legalidade do tema:

No que tange à constitucionalidade e juridicidade da matéria, não vislumbramos óbices à aprovação do projeto de lei. O estabelecimento das diretivas antecipadas de vontade por meio de norma legal inova o arcabouço jurídico nacional e está em consonância com o princípio da dignidade humana e da autodeterminação (COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, 2018, p. 05).

Assim, reconhecendo a constitucionalidade da matéria e a necessidade de regulamentação, este projeto vem tratar das diretivas antecipadas de vontade,

podendo ser visto como a oportunidade que o Brasil tem de colocar fim ao vácuo legislativo sobre a temática.

A seguir será realizada análise dos artigos do substitutivo através da leitura do projeto de lei, de todos os apontamentos que foram trazidos e tratados no presente trabalho, e também nos ensinamentos de Luciana Dadalto (2020, p. 116-121) sobre pontos importantes desse substitutivo.

Inicialmente tem-se a previsão do artigo 1º, o qual estabelece quem pode elaborar o documento e quais as situações permissivas:

Art. 1º Toda pessoa civilmente capaz tem o direito de, livre e conscientemente, manifestar sua vontade documentada acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais deseja ou não se submeter, e que terão validade apenas nas seguintes situações, atestadas por dois médicos diferentes:

I - doença terminal;

II - doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada;

III - estado vegetativo persistente.

§ 1º O maior de 16 (dezesesseis) anos e menor de 18 (dezoito) anos poderá manifestar sua vontade acerca do disposto no caput deste artigo por uma das formas explicitadas no art. 2º, mediante autorização judicial, pautada no devido processo legal, em que seja possível verificar o seu discernimento por meio de assistência psicossocial.

§ 2º Não será válida a manifestação de vontade, para efeito do disposto no caput deste artigo, realizada pelo portador de doenças psíquicas ou demência, ainda que em estado inicial.

§ 3º A manifestação de vontade acerca do disposto no caput deste artigo prevalecerá frente à vontade das demais pessoas envolvidas nos cuidados, inclusive familiares e equipe de saúde.

Sobre este primeiro artigo importante pontuar que já de início ele estabelece o direito do civilmente capaz em elaborar o documento, o que adentra na discussão acerca da teoria das (in)capacidades no Direito brasileiro, que não é o intuito deste trabalho.

Todavia, como fora tratado anteriormente, na análise da natureza jurídica do testamento vital, tem-se que, atualmente, o sistema jurídico brasileiro exige a capacidade para a elaboração desta diretiva, mas foi discutido e defendido, também, acerca da importância e essencialidade do discernimento para a construção deste documento, foi quando se tratou da flexibilização dessa ideia de (in)capacidade e atestou a possibilidade do menor de idade, comprovado por laudo psicológico, que tem discernimento para compreender e decidir sobre sua vida, elaborar manifestação tratando acerca dos cuidados e tratamentos de saúde. Veja que o próprio §1º deste artigo traz a questão do maior de 16 (dezesesseis) anos e

menor de 18 (dezoito) poder manifestar a sua vontade, mediante autorização judicial onde seja possível verificar o seu discernimento por meio de assistência psicossocial, esse dispositivo já é um avanço, mas a ideia é que esta possibilidade possa se estender até mesmo para o menor de 16 anos, além disso, poderia, ainda, se discutir a respeito da possibilidade e competência de se analisar o discernimento via cartório extrajudicial, conforme foi tratado alhures.

Sobre a manifestação realizada por incapaz com doença mental, o §2º dispõe que ela não é válida, e nesse sentido, foi trazido no presente trabalho os ensinamentos de Cláudia Burlá (2015, p. 104) que pontuou acerca da impossibilidade de se obter informações sobre a vontade da pessoa durante o estado evolutivo da demência, o que nos dá a conclusão de que o doente mental não poderia elaborar diretivas antecipadas de vontade. Por esta razão, recomenda Luciana Dadalto (2020, p. 117) que organizações, como Conselho Federal de Medicina, Academia Nacional de Cuidados Paliativos, Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia e Sociedade Brasileira de Psiquiatria, se manifestassem sobre a questão, para que seja esclarecido da melhor forma e indicado no texto legal.

Além disso, este artigo refere-se as diretivas como documentos que envolvam as situações de fim de vida, ao dizer que tem validade nos casos de doença terminal, doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada e estado vegetativo persistente, esquecendo que há, atualmente, várias espécies de diretivas antecipadas de vontade, que envolvem inúmeros outros assuntos, como fora exemplificado anteriormente.

Importante, ainda, destacar a menção do §3º, que cuida justamente do caráter vinculante e erga omnes das diretivas antecipadas de vontade ao dispor que essa manifestação de vontade prevalecerá sobre as vontades das demais pessoas envolvidas, incluindo família e profissionais da saúde.

Seguindo ao artigo 2º, este trata das espécies das diretivas antecipadas de vontade:

Art. 2º As diretivas antecipadas de vontade se constituem em um gênero de documentos de manifestação de vontade acerca de cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais a pessoa deseja ou não se submeter quando estiver com uma doença grave ou incurável, seja ela terminal, crônica em fase avançada ou degenerativa em fase avançada.

§ 1º São espécies de diretivas antecipadas de vontade:

I - testamento vital, assim considerado o documento no qual uma pessoa manifesta sua vontade, explicitando os cuidados, tratamentos e procedimentos aos quais deseja ou não ser submetida nas situações previstas no caput deste artigo.

II - a procuração para cuidados de saúde, assim considerado o documento no qual uma pessoa designa uma ou mais pessoas, em ordem de preferência, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, caso venha a se encontrar impossibilitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade nas situações previstas no caput deste artigo.

§ 2º O procurador para cuidados de saúde terá poderes para esclarecer a vontade do paciente e decidir diante de eventual lacuna quanto aos cuidados à saúde do paciente, devendo a sua vontade prevalecer sobre a vontade de familiares e equipe de saúde, caso haja dissenso entre eles.

§ 3º O procurador para cuidados de saúde não poderá ser o médico assistente ou que tenha prestado assistência técnica na elaboração das diretivas antecipadas de vontade, tampouco qualquer pessoa que tenha interesse econômico na preservação ou na abreviação da vida do outorgante, notadamente os herdeiros, legatários e beneficiários de seguros ou de assistência social.

Este dispositivo, também, acaba por restringir as espécies do gênero diretivas antecipadas de vontade, ao testamento vital e ao mandato duradouro, seguindo o modelo clássico da legislação primordial dos Estados Unidos, esquecendo-se das outras espécies que já foram mencionadas no presente trabalho, como a ordem de não reanimação, diretivas antecipadas psiquiátricas, diretivas para demência, planos de parto, etc.

Os parágrafos tratam sobre o mandato duradouro, reconhecendo, assim, a possibilidade desta diretiva no nosso ordenamento jurídico, mas que não é o assunto primordial do presente trabalho.

Seguindo ao artigo 3º, este traz pontos importantes da aplicação das diretivas:

Art. 3º A manifestação de vontade do declarante, ao elaborar as suas diretivas antecipadas de vontade, deverá explicitar os cuidados, tratamentos e procedimentos que aceita, sendo-lhe, porém, vedado:

I - recusar cuidados paliativos, notadamente quanto ao controle de sintomas;

II - realizar pedido de morte assistida;

III - realizar disposições de caráter patrimonial;

IV - manifestar-se acerca da autocuratela e da tomada de decisão apoiada.

§ 1º No âmbito das diretivas antecipadas de vontade, o declarante poderá recusar cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde que tenham o objetivo de prolongar sua vida biológica, dentre outros, os seguintes:

I - reanimação cardiopulmonar;

II - respiração artificial;

III - nutrição e hidratação artificiais;

IV - internação em Unidade de Terapia Intensiva;

V - cirurgias que não tenham potencial curativo;

VI - diálise;

VII - quimioterapia e radioterapia;

VIII - antibióticos;

IX - demais cuidados, procedimentos e tratamentos sem potencial curativo.

§ 2º O declarante, em suas diretivas antecipadas de vontade, poderá:

I - manifestar-se acerca da doação de órgãos post mortem, com caráter vinculante.

II - solicitar alta hospitalar e assistência domiciliar para que possa chegar ao fim da sua vida no lugar que julgar mais adequado, podendo inclusive, escolher ir para sua casa.

III - dispor acerca de ritos fúnebres, cremação e enterro.

§ 3º No caso de gravidez, ficarão suspensos até o momento do parto os efeitos das diretivas antecipadas de vontade que conflitarem com o interesse de preservação da vida do nascituro.

Este artigo representa um grande avanço e sua leitura é auto explicativa, de forma que deixa claro o caráter não patrimonial das diretivas, principalmente do testamento vital, o qual poderia gerar dúvidas em razão do nome que carrega; deixa claro também que a recusa recai sobre tratamentos e procedimentos que visam prolongar a vida de forma artificial, vedando, portanto, a recusa a cuidados paliativos, o que afasta qualquer possibilidade de legalização da eutanásia no sistema jurídico brasileiro; e, além disso, inova ao abranger o conteúdo do documento, prevendo a possibilidade de manifestação acerca de doação de órgãos (com caráter vinculante – o que ensejaria a necessidade de alteração da lei que regula a doação de órgãos, a qual, como visto alhures, confere poder de decisão para entes familiares), escolha pelo local em que deseja chegar ao fim da vida e disposição sobre ritos fúnebres, cremação e enterro.

Já o artigo 4º prevê que:

Art. 4º Os documentos previstos no art. 1º podem ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, caso em que deverá ter duas testemunhas.

§ 1º Em nenhuma das formas previstas no caput deste artigo será necessário laudo médico ou psicológico acerca do discernimento do declarante, bastando que seja plenamente capaz, segundo os termos da lei civil, ressalvada a exigência de autorização judicial prevista no art. 1º, § 1º desta Lei.

§ 2º O declarante deve informar a seu médico de confiança, e a seu procurador, quando houver, acerca da elaboração desses documentos e solicitar que os anexe junto ao seu prontuário, por ocasião de eventual internação ou atendimento médico.

Este dispositivo trata das formalidades da diretiva, prevendo a possibilidade de elaboração tanto por escritura pública (reconhece a competência do notário para feitura deste documento e garante a segurança jurídica), quanto por instrumento particular e ainda prevê a desnecessidade de laudo médico ou psicológico acerca do discernimento do declarante, excetuando a situação do §1º do

artigo 1º. Desta forma, ao reconhecer neste artigo 1º que todo aquele com capacidade civil tem o direito de elaboração da diretiva e ao prever neste artigo 4º que não é necessário laudo, o legislador presume o discernimento daquele que é civilmente capaz, já no tocante a necessidade de laudo médico para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos deveria ser estendida para os outros tipos de incapacidades, como foi mencionado anteriormente, trata-se de questão que pode ser melhor discutida e pensada, incluindo a participação de Órgãos e Conselhos, como já dito antes.

Ademais, ao prever no §2º que o declarante deve informar a existência do documento ao médico para que seja anexado ao seu prontuário, é uma forma de garantir o respeito a autonomia do paciente e eficácia da declaração.

O artigo 5º traz a seguinte previsão:

Art. 5º Ficará a cargo do Ministério da Saúde criar e regular o Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENTEV), no prazo de 2 anos após a entrada em vigor desta Lei.

§ 1º O RENTEV deve ser interligado aos arquivos do Colégio Notarial do Brasil.

§ 2º As instituições e profissionais de saúde terão acesso ao RENTEV mediante login e senha específicos e responderão nos termos da lei brasileira pelo uso indevido desses dados.

§ 3º O acesso ao RENTEV deve ser gratuito.

§ 4º As diretivas antecipadas de vontade realizadas antes desta Lei deverão, caso ainda não usadas, ser adaptadas às regras aqui previstas.

Este artigo é de suma importância, pois ao estabelecer a criação de um Registro Nacional, se inspirando no Direito estrangeiro, o legislador prevê um meio de garantir eficácia e segurança às diretivas antecipadas de vontade.

O artigo 6º trata dos deveres do profissional da saúde:

Art. 6º São deveres dos profissionais de saúde:

I - obedecer a vontade do paciente manifestada em suas diretivas antecipadas de vontade, quando as conhecer;

II - prestar informações técnicas aos declarantes, afim de muni-los de conhecimento acerca dos cuidados, procedimentos e tratamentos de saúde para que a decisão sobre as suas diretivas antecipadas de vontade seja livre e esclarecida;

III - utilizar a abordagem dos cuidados paliativos em todos os pacientes em fim de vida;

IV - prestar assistência emocional à família, auxiliando os familiares no reconhecimento do respeito à vontade do paciente;

V - reportar ao Ministério Público qualquer violação à vontade do paciente, seja ela resultante da família, do procurador, de seus colegas ou da instituição hospitalar;



VI - não realizar a obstinação terapêutica, entendida aqui como qualquer procedimento não curativo que viole a manifestação de vontade do paciente.

Este artigo cuida de proteger a autonomia do paciente, o consentimento informado e esclarecido prestado pelo médico ao enfermo, o resguardo dos cuidados paliativos, o que envolve o amparo tanto do paciente, quanto de sua família e veda a prática da obstinação terapêutica.

O artigo 7º dispõe sobre os direitos do profissional da saúde:

Art. 7º São direitos dos profissionais de saúde:

I - utilizar-se da objeção de consciência quando não concordar com os pedidos do paciente, devendo, nesse caso, encaminhá-lo para outro profissional;

II - fazer constar seu nome nas diretivas antecipadas de vontade quando prestar esclarecimentos prévios ao paciente para a elaboração desses documentos.

Parágrafo único. É lícito aos profissionais de saúde a não observância das diretivas antecipadas de vontade nas seguintes situações, com o devido registro no prontuário do paciente:

I - quando justificadamente não houver conhecimento de sua existência;

II - em situações de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, quando o acesso a elas implicar demora no atendimento e, conseqüentemente, risco para a saúde ou a vida do declarante;

III - quando estiverem em evidente desatualização em relação ao progresso dos meios terapêuticos.

Este artigo prevê aquilo que foi tratado como limitação ao testamento vital, que é o direito do médico à prática da objeção de consciência e a atualização dos tratamentos médicos aplicáveis ao caso do paciente, além de prever outras situações em que as diretivas não serão observadas.

O artigo 8º prevê situações em que as diretivas não deverão ser cumpridas:

Art. 8º As diretivas antecipadas de vontade não deverão ser cumpridas quando:

I - o paciente as tiver revogado, de forma escrita ou verbal, desde que tenha discernimento para fazê-lo;

II - as disposições estiverem em desacordo com as normas éticas das diversas profissões de saúde que fazem parte da assistência ao paciente em fim de vida;

III - as disposições forem contrárias ao ordenamento jurídico vigente.

Parágrafo único. Caso as hipóteses descritas nos incisos deste artigo apliquem-se apenas a determinadas cláusulas das diretivas, as demais permanecerão válidas.

Este dispositivo evidencia a possibilidade de revogação do documento pelo paciente e da necessidade de que o seu conteúdo esteja em perfeita adequação com o ordenamento jurídico e com as normas da área da saúde, o que afasta qualquer argumento no sentido de que esta norma vem regular assuntos proibidos no Direito brasileiro, como eutanásia, distanásia, morte assistida, etc.

Já o artigo 9º, por sua vez, dispõe acerca da entrada em vigor da norma, que deveria ocorrer na data de sua publicação.

A partir destes dispositivos e das considerações trazidas no presente trabalho sobre o tema, ainda que seja possível afirmar que o testamento vital tenha validade no sistema jurídico brasileiro, é perceptível a necessidade da entrada em vigor de uma norma que venha regular o instituto no Brasil, dada a importância do assunto para a sociedade atual e de seus aspectos delicados que precisam ser mais esclarecidos, delimitados e explicados.

## 7 CONCLUSÃO

Partindo da questão de que o estudo do testamento vital engloba a análise de diversos institutos do Direito, bem como aspectos da medicina e bioética, fora visto que o avanço da Medicina e de suas técnicas clamou por uma mudança de paradigma, primordialmente, por questões éticas envolvidas na relação médico-paciente e sua dignidade (ponto de fundamental importância para o trabalho), sendo assim, tratou-se de princípios específicos da bioética que são significativos para a temática do testamento vital, além da dignidade da pessoa humana, do direito à liberdade e do direito a vida e a morte digna.

Tais considerações são essenciais para mostrar que a prática médica, na grande maioria das vezes, é destinada a preservar a vida a todo e qualquer custo, esquecendo que a vida digna, em verdade, não tem custos e sim valores, valor de, obviamente, dignidade, de respeito à autonomia, a direitos fundamentais intrínsecos da pessoa humana, o que revela a necessidade e importância de olhar a morte como um evento natural, que deve ser respeitada também com dignidade, até porque vida e morte são dois lados de uma mesma moeda e que anseiam por proteção.

Pensar na morte é ainda, sem dúvidas, um assunto muito tímido na sociedade como um todo, principalmente para os familiares do paciente que, muitas vezes tem que tomar decisões sobre os cuidados que a “vítima” terá que se submeter quando se encontrar acometido por uma doença ameaçadora de vida, terminal, incurável e que retira a sua capacidade de decisão, o que, às vezes, tomados pela emoção, e influenciados pelo sentimento, acabam por concordar com a manutenção da vida, muita das vezes, de forma artificial, porque não querem aceitar a morte e porque não estão acostumados com ela.

Nesse cenário, o testamento vital, espécie de diretiva antecipada de vontade, se revela como um valioso instituto, pois é expressão máxima da autonomia privada da pessoa humana, a qual, em momento de lucidez e discernimento, elabora uma declaração de vontade que diz respeito sobre as terapêuticas que deseja ou não se submeter quando estiver acometido por uma doença que coloque a sua vida em risco, situação em que esteja incapaz de fazer escolhas, de forma que, retira esta decisão da responsabilidade dos familiares.

A ideia não é validar práticas que são proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, como eutanásia, distanásia e suicídio assistido, mas sim garantir que o paciente seja tratado como humano digno de viver a sua morte natural (até porque o ser humano é finito e isso precisa ser reconhecido), seguindo os ditames dos cuidados paliativos, materializando o que se chama de prática da ortotanásia, a qual tem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo do testamento vital revela que a sua intenção é proteger princípios e mandamentos éticos e constitucionais, já que está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida, a liberdade e a autonomia privada. E por isso que, mesmo que não haja uma legislação específica sobre o tema no sistema jurídico brasileiro, este instituto é tido como válido, visto que seu conteúdo e intenção encontra amparo nas normas já existentes na nossa sistemática jurídica.

Importante, pontuar, contudo que, embora seja válido, é de extrema importância que este vácuo legislativo seja superado, pois há, ainda, alguns pontos que precisam ser melhores esclarecidos, principalmente no tocante a questões de formalidades, segurança jurídica e capacidades, porém, mais importante que a elaboração de uma legislação, que como visto existe um projeto de lei em trâmite no Senado, é que essa norma seja eficazmente aplicada e que tenha subsídios práticos que possam dar respaldo para a eficácia dela, como, por exemplo, a criação de um Registro Nacional de Testamentos Vitais que estejam vinculados ao Colégio Notarial do Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Célia Barbosa; BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade pela Distanásia na Saúde Privada. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 15, n. 2, p. 45-62, jul./dez. 2017. DOI: 10.24859/fdv.2017.2002. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/288>. Acesso em: 14 set. 2019.
- ALBUQUERQUE, Aline. Para uma ética em pesquisa fundada nos Direitos Humanos. **Rev. Bioét.** Brasília, v. 21, n. 3, p. 412-422, dez. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422013000300005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 16 ago. 2019.
- ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente.. **Clinical and Biomedical Research**, [S.l.], v. 32, n. 3, p. 358-362, out. 2012. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/22041>. Acesso em: 28 set. 2019.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**, Introdução. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil, v. 1**, Teoria Geral do Direito Civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2014.
- BASILIO, Ravana Medeiros Costa Soares. **A vigência das diretivas antecipadas de vontade em relação à vida e à morte digna**. 2013. 120f. Dissertação (mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza. Disponível em: [http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR\\_7508433d8a219f3544911c8593f8d1c6](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_7508433d8a219f3544911c8593f8d1c6). Acesso em: 28 set. 2019.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Disponível em: [https://www.academia.edu/23683434/CELSO\\_RIBEIRO\\_BASTOS.\\_Direito\\_de\\_recusa\\_de\\_pacientes\\_submetidos\\_a\\_tratamento\\_terap%C3%AAAutico\\_%C3%A0s\\_transfus%C3%B5es\\_de\\_sangue\\_por\\_raz%C3%B5es\\_cient%C3%ADficas\\_e\\_convic%C3%A7%C3%B5es\\_religiosas](https://www.academia.edu/23683434/CELSO_RIBEIRO_BASTOS._Direito_de_recusa_de_pacientes_submetidos_a_tratamento_terap%C3%AAAutico_%C3%A0s_transfus%C3%B5es_de_sangue_por_raz%C3%B5es_cient%C3%ADficas_e_convic%C3%A7%C3%B5es_religiosas). Acesso em: 12 out. 2019.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 4. ed. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2002.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTTONI, Adriana; ZAHER-RUTHERFORD, Vera Lucia. Reflexão Bioética sobre uso de nutrição e hidratação artificial em pacientes terminais. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 15, n. 1, p. 1-25, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/26871>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Da COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018, do Senador Lasier Martins, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. **Parecer legislativo**, outubro 2018. Relator: Senadora Lídice da Mata. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7874609&ts=1567533600306&disposition=inline>. Acesso em: 04 jan. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm). Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm). Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASÍLIA. Seção Judiciária do Distrito Federal (14ª Vara Federal). **Sentença**. Processo n. 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Substituto: Roberto Luis Luchi Demo, Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

BURLÁ, Cláudia. **A aplicação das diretivas antecipadas de vontade na pessoa com demência**. 2015. 159f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Medicina da Universidade do Porto em Bioética. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/82654/2/114101.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.

CARVALHO, Ricardo Tavares de; PARSONS, Henrique Afonseca (org.). **Manual de cuidados paliativos ANCP**. ampl. e atual. 2. ed., 2012. Disponível em: <http://biblioteca.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Manual-de-cuidados-paliativos-ANCP.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

CERVI, Taciana Damo. Cuidados Paliativos e Autonomia do Paciente Terminal: Reflexões sobre o Testamento Vital no Brasil. **Revista Videre**, v.10, n.20, jul./dez. 2018 - ISSN 2177-7837, Dourados, MS. Disponível em: [file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/7709-28948-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/7709-28948-1-PB%20(2).pdf). Acesso em: 18 set. 2019.

CÓDIGO de Nuremberg. **Tribunal Internacional de Nuremberg**, 1947. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>. Acesso em: 22 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 528**, V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>. Acesso em: 28 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.805/2006**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm). Acesso em: 20 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.931/2009**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.995/2012**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf). Acesso em: 29 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 2.232/2019**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 28 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado n. 37**, I Jornada Nacional da Saúde. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENRIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf). Acesso em: 28 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Resolução 41/95**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/conanda.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CORREIA, Maria Isabel Toulson Davisson; MAURÍCIO, Sílvia Fernandes. **Suspensão de Nutrição e Hidratação em Cuidados Paliativos**. In: DADALTO, Luciana: Bioética e diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Editora Prismas, 2014.

DADALTO, Luciana. A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/a-judicializacao-do-testamento-vital/>. Acesso em: 01 nov. 2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Disponível em: [https://www.academia.edu/36445096/DWORKIN\\_Ronald.\\_O\\_imp%C3%A9rio\\_do\\_direito](https://www.academia.edu/36445096/DWORKIN_Ronald._O_imp%C3%A9rio_do_direito). Acesso em: 19 ago. 2019.

ESPANHA. **Ley 41/2002, de 14 de noviembre**. Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-22188-consolidado.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: volume 1: parte geral e LINDB**. 17. ed., rev., atual. e ampl. Salvador, BA: JusPODIVM, 2019.

FERREIRA, Nuno. A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública. **Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, Ano. 3, n. 6, p. 137-151, 2006.

GARRAFA, Volnei. Bioética e Ciência – Até onde Avançar sem Agredir. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira Costa; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (org.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

GOIÁS. Justiça Federal (1º Vara). **Sentença**. Processo nº 0001039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz Federal Substituto: Eduardo Pereira da Silva, Goiânia, 21 de fevereiro de 2014. Disponível em:



[https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=6834321d3dbe4fa0387f2a4e9bc1e4ad&trf1\\_captcha=st83&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO](https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=6834321d3dbe4fa0387f2a4e9bc1e4ad&trf1_captcha=st83&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO). Acesso em: 26 out. 2019.

GOIÁS. Ministério Público Federal. **Inicial de Ação Civil Pública**. Autos n. 1.18.000.001881/2012. Procurador da República: Ailton Benedito de Souza, Goiânia, janeiro de 2013. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/inicial-ACP-testamento-vital.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

GONZÁLES, Miguel Angel Sánchez. O novo testamento: testamento vitais e diretivas antecipadas. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique. **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

IAHPC Global Project - **Consensus Based Palliative Care Definition**. Revisão de Tradução: Morgana Matos. Disponível em: <https://paliativo.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Defini%C3%A7%C3%A3o-de-Cuidados-Paliativos-da-IAHPC-traduzido-Portugu%C3%AAs-BR.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira Costa; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (org.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

KIRA, Célia Maria. Sedação paliativa. In: CARVALHO, Ricardo Tavares de; PARSONS, Henrique Afonseca (org.). **Manual de Cuidados Paliativos ANCP**. ampl. e atual. 2. ed., 2012. Disponível em: <http://biblioteca.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Manual-de-cuidados-paliativos-ANCP.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital** - o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.

LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2011.

MANZINI, Jorge Luis. **Las directivas anticipadas para tratamientos médicos**. Disponível em: <file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/4987-26272-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 out. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. Rio de Janeiro, RJ: Atlas, 2019.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira Costa; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (org.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; PORTUGAL, Daniela. **Testamento Vital**: Os limites e consequências jurídico-penais do exercício da autonomia em face das diretivas antecipadas de vontade. In: III Encontro de Internacionalização do Conpedi, v. 1, n.

10, 2015, Madrid. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3423/2939>. Acesso em: 15 out. 2019.

MINAS GERAIS. **Lei estadual n. 16.279/2006, de 20 de julho de 2006**. Dispõe sobre os direitos dos usuários das ações e dos serviços públicos de saúde no estado. Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-16279-2006-minas-gerais-dispoe-sobre-os-direitos-dos-usuarios-das-acoes-e-dos-servicos-publicos-de-saude-no-estado>. Acesso em: 18 out. 2019.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MOREIRA, Mayana Sales. **Testamento Vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida**. 2015. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17712>. Acesso em: 12 ago. 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: Sá Maria de Fátima Freire de. (org.) Biodireito. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NERY, Maria Carla Moutinho. **O direito de viver sem prolongamento artificial**. 2014. 98f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11189>. Acesso em: 02 out. 2019.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2019.

NUNES, Rui. Testamento Vital. **Nascer e Crescer**. Porto, v. 21, n. 4, p. 250-255, dez. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0872-07542012000400010](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-07542012000400010). Acesso em: 28 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 12 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, **Pacto de San José da Costa Rica**, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 12 out. 2019.

PARANÁ. **Lei estadual n. 14.254, de 04 de dezembro de 2003**. Prestação de serviço e ações de saúde de qualquer natureza aos usuários do sistema único de saúde - sus e dá outras providências. Disponível em: <http://www.leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14254-2003-parana-prestacao-de>

servico-e-acoes-de-saude-de-qualquer-natureza-aos-usuarios-do-sistema-unico-de-saude-sus-e-da-outras-providencias. Acesso em: 18 out. 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil, v. 1**, Introdução ao Direito Civil: teoria geral de direito civil. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética: do Princípio ao Busca de uma Perspectiva Latino-Americana. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira Costa; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (org.).

**Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida?. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

PORTUGAL. **Lei n.º 25/2012, de 16 de julho**. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/179517/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2025/2012+de+16+de+julho>. Acesso em: 11 nov. 2019.

REALE JUNIOR, Miguel. Testamento vital. **Caderno Espaço Aberto**. O Estado de S. Paulo, 4 de maio de 2013.

REBELATTO, Gustavo. **Análise descritiva dos pacientes submetidos à extubação paliativa**. 2015. 46f. Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências da Saúde. Programa de Pós-Graduação em Cuidados Intensivos e Paliativos. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/169536>. Acesso em: 25 set. 2019.

RIBEIRO, Diaulas Costa. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia. **Bioética**, Brasília, 2005. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/112/116](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/112/116). Acesso em: 15 out. 2019.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Um novo testamento**: testamento vital e diretivas antecipadas de vontade. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5, 2006, São Paulo. Família e dignidade. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70054988266** (Primeira Câmara Cível, Comarca de Viamão). Partes: Ministério Público e João Carlos Ferreira. Relator: Desembargador Irineu Mariani. 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 em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade [...] 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. 20 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 29 out. 2019.

ROCHA, Renata da. **Eutanásia, Suicídio Assistido, Distanásia, Ortotanásia e Testamento Vital: Aspectos Éticos e Jurídicos Acerca da Morte Digna.** Jus humanum – revista eletrônica de ciências jurídicas e sociais da universidade cruzeiro do sul. São Paulo, v. 1, n. 3, jan./jun. 2014. Disponível em: [file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/891-3037-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/891-3037-1-PB%20(2).pdf). Acesso em: 05 set. 2019.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Incapacidade, curatela e autonomia privada: Estudos no marco do estado democrático de direito.** 2007. 201f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_RodriguesRL\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRL_1.pdf). Acesso em: 07 nov. 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

SANCHES, V. M. M. S. **O testamento vital e o princípio da dignidade da pessoa Humana.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 87, abr./jun. 2014. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalPeriodicos/TodosOsPeriodicos/RevDirConstitucionalEInternacional/RDConslnter\\_n.087.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalPeriodicos/TodosOsPeriodicos/RevDirConstitucionalEInternacional/RDConslnter_n.087.pdf). Acesso em: 28 dez. 2019.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: o direito do paciente terminal.** Curitiba: Juruá, 2012.

SÃO PAULO. **Lei estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999.** Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>. Acesso em: 18 out. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1000938-13.2016.8.26.0100** (7ª Câmara de Direito Privado). Apelante: Adriana Maria Carbonell Gragnani. Apelado: Juízo da Comarca. Relator: Desembargadora Mary Grün. Ementa: JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na

elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. [...] Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido. 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=21F600311441902BF1F993F79EC33264.cjsg3>. Acesso em: 04 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 04 jan. 2020.

SILVA, Mônica Neves Aguiar da. Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA**. Florianópolis: FUNJAB, 2013: Curitiba, PR. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=148>. Acesso em: 05 out. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2018.

TEODORO, Viviane Rosolia. **Testamento vital, direitos dos pacientes e cuidados Paliativos**. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 82, out. 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2017/IJC20\\_13.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2017/IJC20_13.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

VIERIA, Ticiania Garcia Fernandes. **Diretivas antecipadas de vontade: um estudo de revisão de literatura à luz da bioética**. 2018. 90f. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32208>. Acesso em: 16 ago. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Paliative care**. Disponível em: <https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em: 09 set. 2019.

XIMENES, Rachel Letícia Curcio. Testamento vital possibilita o direito à dignidade. **Consultor Jurídico, fev. 2014**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-09/rachel-ximenes-testamento-vital-possibilita-direito-dignidade>. Acesso em: 12 out. 2019.

ZABALA BLANCO, Jaime. **Autonomía e Instrucciones Previas Un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español**. 2007. 163f. Tesis (Doctoral) - Universidad de Cantabria, Departamento de Fisiología y Farmacología. Disponible em:  
<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/1571/TesisJZB.pdf?sequence=1%2526isAllowed=y>. Acesso em: 09 out. 2019.