



## A (IM)POSSIBILIDADE DO TESTAMENTO VITAL DENTRO DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

### THE (IM)POSSIBILITY OF THE LIVING WILL IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Elio Loredo Machado Neto<sup>1</sup>

Nicole Affonso Moro<sup>2</sup>

Anarita Araujo da Silveira<sup>3</sup>

#### RESUMO

Este trabalho tem por escopo discutir e, ao final, provar a viabilidade e possibilidade do reconhecimento e aplicação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, busca analisar a aplicabilidade deste documento e as implicações ligadas às práticas médicas e, de modo sucinto, sua relação prática com o instituto da eutanásia trazendo diferenciação e esclarecimentos. Trata-se, assim, de um tema pertencente ao ramo da bioética e biodireito, o qual começa a ser mais debatido atualmente. A relevância do tema leva em consideração a ausência de legislação específica, afora a resolução do Conselho de Medicina n. 1995/2012. Sua recepção em hierarquia de lei ordinária é essencial face sua complexidade e implicações na vida social guardando, em efeito, relação direta com os princípios bioéticos e constitucionais, dentre os quais destaca-se a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade do paciente relacionados as situações de fim de vida. O trabalho seguiu a ordem de uma abordagem dedutiva-razional com procedimento monográfico a partir da bibliografia consultada e, ao final, concluiu-se no sentido da possibilidade da aplicabilidade do testamento vital na Brasil face a inexistência de óbice ao seu reconhecimento jurídico frente a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu seu corolário no princípio da dignidade humana, o qual deve acolher todos os momentos da vida humana, inclusive a morte.

**Palavras-Chave:** Autonomia da vontade. Bioética. Biodireito. Testamento vital. Dignidade da Pessoa Humana. Autonomia da vontade.

#### ABSTRACT

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Endereço eletrônico: elio\_frama@hotmail.com

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Endereço eletrônico: moro\_nicole@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Professora orientadora do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Endereço eletrônico: araujodasilveira@gmail.com



This work aims to discuss and prove the possibility of recognition and application of the living will on the Brazilian legal system. Therefore it seeks to analyze the applicability of this document and its implication related to the medical practices and, in a succinct way, to the practice of the institute of euthanasia considering their differences. Hence, it deals with a subject connected to the biolaw and bioethics which are starting to be discussed more. The importance of the subject takes on consideration that there isn't a specific law, except the Resolution n° 1995/2012 of the Federal Council of Medicine. The resolution n° 1995/2012 and its hierarchy in relation with ordinary law is essential in facing its complexity and implications for the social life as well as its relation with bioethics and constitutional principles such as the dignity of human person and the autonomy of the patient's will related to the end of life. The article used a rational deductive approach with the monographic procedure and based on the analyzed material its conclusion directs to the possibility of the living's will application in Brazil based on the fact that there isn't any obstacle to it on Federal Constitution of 1988 which has as its maximum principle the dignity of human person guiding every aspect of the human life including death.

**Key Words:** Autonomy of the will. Bioethics. Biolaw. Dignity of the human person and Living will.

## INTRODUÇÃO

O testamento vital, surgiu nas últimas décadas do século XX nos Estados Unidos e espalhou-se por diversos ordenamentos jurídicos. A declaração antecipada de vontade como também é conhecida o documento que versa sobre os últimos desejos do paciente impossibilitado de manifestar sua vontade devido as doenças que o acomete. Relaciona-se com a prática da ortotanásia, isto é, a não criação de óbices para o processo de morte natural em pacientes em fase terminal. O testamento vital está diretamente envolvido com a questão da autonomia da vontade humana. Tal concepção surge no Estado Liberal de Direito, como manifestação da soberania do indivíduo para decidir sobre os atos da sua vida particular.

No Brasil, o testamento vital não se encontra legislado em âmbito federal, apenas regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina, cuja resolução não possui força normativa. Entretanto, em alguns estados da federação existem algumas legislações que versam sobre o assunto. Diante disso, surge uma insegurança jurídica sobre a sua possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o direito a vida é um dos bens jurídicos considerado mais importantes para o direito e sociedade como depreende-se da importância do princípio da Dignidade Humana na Constituição Federal de 1988.



Assim sendo, este trabalho através da metodologia de abordagem dedutiva e com base em referências bibliográficas almeja analisar o testamento vital a partir de uma ótica da bioética e do biodireito analisada na disciplina de Biodireito, além de salientar os limites que a legislação brasileira impõe sobre este assunto e suas implicações com outras áreas, como a Eutanásia, tema ainda muito denso devido as questões trazidas em relação como a morte pode ser concebida.

## 1 DO TESTAMENTO VITAL:

Um dos diversos temas que envolvem o Biodireito<sup>4</sup> é o testamento vital ou antecipação de vontade, cujo seu propósito de dar a pessoa, através de um documento assinado pela mesma, decidir pleno gozo e consciência acerca dos possíveis cuidados e que deseja ou não ser submetido quando estiver com uma doença ameaçadora da vida. Todavia, é importante salientar que tal matéria não tem relação com a sucessão testamentária muito comum no direito civil brasileiro, o qual versa sobre as questões patrimoniais, sendo que nada tem a ver com a sucessão testamentária Brasil ou qualquer das espécies de testamento patrimonial.

Surgiu, na segunda metade do século XX, no Estados Unidos. Em 1969, toma-se o primeiro passo para o desenvolvimento do testamento vital, segundo a rede de notícia britânica BBC, com a proposta do advogado Louis Kuther, ativista dos direitos humanos e advogado co-fundador da anistia internacional, como um simples instrumento, o qual permitia ao paciente manifestar sua vontade sobre os procedimento a ser submetido, quando impossibilitado de manifestar sua vontade. Luciana Dadalto uma das principais pesquisadoras e mais influentes sobre o tema, no Brasil, define o testamento vital como sendo

[...] 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,

---

<sup>4</sup> O Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito conceitua o biodireito como sendo o “ramo do direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina”. Isto é, uma área do direito que trabalho com problemas éticos e jurídicos, os quais envolvem não só a vida humana e a sua dignidade, mas também ao tratamento relacionado aos animais, principalmente, nos experimentos científicos.



fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade (DADALTO)

A elaboração do testamento vital, como qualquer ato unilateral de manifestação de vontade depende dos requisitos de validade previstos no Código Civil. Para garantir que a declaração antecipada de vontade não enfrente nenhum problema em quanto a sua efetividade recomenda-se, ainda, a orientação de um médico e de um advogado para que revise o testamento vital, evitando assim qualquer contrariedade ao regime jurídico brasileiro e a práticas médicas, devido que:

[...] apenas disposições que digam respeito à recusa de tratamentos fúteis serão válidas, como por exemplo, não entubação, não realização de traqueostomia, suspensão de hemodiálise, ordem de não reanimação, entre outros; e a definição da futilidade deve ter em conta a inexistência de benefícios que este tratamento trará ao paciente. Por esta razão, disposições acerca da suspensão de hidratação e alimentação artificial também não serão válidas no ordenamento jurídico brasileiro. (DADALTO,2009, p103)

A utilização da declaração antecipada de vontade para dispor sobre a doação de órgãos, segundo os pesquisadores sobre o tema, é inválida, pois é “um negócio jurídico, com efeito, *Inter vivos*, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que este será submetido em caso de terminalidade da vida” (DADALTO). A doação de órgãos é regida pela lei 9434/97 e a autorização concedida cônjuge ou de parente maior de idade, obedecida a linha colateral é suficiente realização da doação. Aconselha-se, ainda, nomear um procurador para que garanta que a vontade do paciente seja cumprida no período que a pessoa encontra-se incapaz de manifestar a sua vontade. Realizado o testamento vital deverá ser levado a registro por meio de escritura pública, no tabelionato de notas. É de importância ressaltar que por ser um documento que pode ser revogado pela pessoa que o elaborou a qualquer momento não há prazo de validade para este.

## 2 AUTONOMIA DE VONTADE E O DIREITO DE MORRER:



A Constituição Federal traz de forma implícita e explícita o fundamento da dignidade da pessoa humana, que norteia todas as normas infra e constitucionais do ordenamento jurídico. Esse princípio serve como um pilar que garante a todos a possibilidade de um indivíduo por completo. Têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas. (MIRANDA apud SIQUEIRA CASTRO, p.174). Isso está inserido em seu art. 1º, inciso III com seguinte teor:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Esta previsão legal que garante a dignidade como um fundamento constitucional tem ligação direta com a possibilidade que o Estado dá ao indivíduo para que este possa ter uma vida singular sem distinção de pessoa para pessoa. Para Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana é,

[...] “um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”. (MORAIS, 2002, p.129).

Através disso, o ser humano passa a ter autonomia e liberdade para escolher o que pretende fazer em sua vida, mas para que isso seja possível, foi de extrema importância a inserção deste fundamento, pois assim a população pode alcançar aquilo que pretende, mas de forma que sua virtude seja garantida de maneira verdadeiramente humana. Nesse sentido, esse princípio está diretamente relacionado com o reconhecimento da importância à dignidade



humana, a bioética e o biodireito. Assevera a Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lucia em seu voto da ação direta de inconstitucionalidade 3.510/DF.

Bioética e biodireito têm o seu fundamento na Constituição. É a constitucionalização do direito à vida e a ênfase no princípio matricial e substantivo da dignidade humana que asseguram o fundamento da intangibilidade, da sacralidade, da inviolabilidade e da responsabilidade da vida do ser humano. É este fundamento que haverá de ser considerado pelas normas, doutrinas, decisões jurisprudenciais e práticas de qualquer natureza (incluídas as biomédicas particulares) que atinem à vida humana. (ADIn 3.510/DF, 2008, p.362)

Diante disso, se demonstra uma conexão com a justiça pois passam a ter um sentido mais humanista. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa, dizem respeito à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. (DINIZ. p. 19, 2017), todavia estes conceitos não são coercitivos para o Direito.

Com o passar dos tempos, cada vez mais o direito precisa enfrentar questões ligadas ao direito à vida e a saúde de pacientes que se encontram em situações terminais em hospitais. Essas questões trazem várias dúvidas em relação ao limite que o direito pode ultrapassar e até que ponto a autonomia de vontade pode contrapor o direito à vida como é trazido também pelo artigo 4º, nº 1 do Pacto de São José de Costa Rica que informa: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.

É dessas situações que vem a dificuldade não só em relação a vida, mas também ao direito de morrer dignamente, ou apenas morrer, ligados, além do testamento vital, a questão da ortotanásia, eutanásia, distanásia e até mesmo o suicídio assistido. Tais assuntos são extremamente densos devido as inúmeras facetas da vida social que as envolvem como direito, religião, ética, medicina, política e sociologia.

A Ortotanásia significa morrer de forma natural. Nesse sentido Tereza Rodrigues Vieira, 1999, p 89 afirma que:

[...] o paciente que já se encontra em processo natural da morte, é auxiliado para que este estado siga seu curso natural. Desta forma, não se prolonga artificialmente o



processo de morte, se permite que a vida ou a morte desenvolva-se naturalmente. (VIEIRA, 1999, p. 89)

O testamento vital está geralmente relacionado com a prática da ortotanásia, isto é, a limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente com enfermidade incurável, em fase terminal, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante, com base na resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

Em contraponto, a Eutanásia é muitas vezes confundida com a prática da ortotanásia supracitada, mas aquela ocorre a morte de maneira provocada, não no seu percurso natural. Normalmente em portadores de patologias graves e incuráveis e em estado terminal que passa por fortes sofrimentos, movida por compaixão ou piedade em relação ao doente. E constitui crime de homicídio ou o crime de auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio, perante o atual Código Penal. (DINIZ, 2001, p 21.). Cabe ressaltar que a declaração antecipada de vontade diferencia-se da eutanásia, pois aquela consiste, como colocou Luciana Dadalto, em documento que consta os desejos de ser ou não submetido a determinados tratamentos enquanto impossibilitado de exprimir a sua manifestação de vontade. Já a eutanásia também chamada de “boa morte”.

Consiste em pôr fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante o seu consentimento expresso ou presumido, com a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento [...] Pode ser praticada mediante um comportamento comissivo (eutanásia ativa) ou omissivo (forma passiva). No primeiro caso, por exemplo, o médico aplica uma injeção letal no paciente a seu pedido, por não suportar mais vê-lo sofrendo. O autor age, interfere positivamente no curso causal; a segunda hipótese é a do paciente com câncer em estágio terminal, já inconsciente, o qual é transferido da UTI para o quarto do hospital ou para sua casa, mediante autorização expressa de sua família, presumida a sua aquiescência. Ninguém provoca a sua morte, mas a cadeia de causalidade prossegue, sem que seja interrompida pelo médico ou por terceiros (CAPEZ, 2012, p 49).

Outra importante diferença entre a declaração antecipada de vontade e prática da eutanásia consiste que esta é proibida na legislação brasileira, enquadrando-se como homicídio privilegiado, com base no art. 121, §1º do diploma penal. Além disso, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.931/2009(Código de Ética Médica), no Capítulo V, veda ao médico “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal” (art. 41). Dentro desse mesmo tópico, também há o suicídio assistido, o qual é uma das maneiras previstas de eutanásia, todavia, não são iguais. Segundo Patricia Donadi de Almeida



a morte assistida (ou suicídio assistido ou morte medicamente assistida) consiste no auxílio para a morte de uma pessoa, que pratica pessoalmente o ato que conduz à sua morte (ao seu suicídio).

Todavia, o suicídio, em qualquer de suas facetas, é proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente aquele que é auxiliado, instigado ou induzido, o que ocorre justamente como a morte assistida. O art. 122 Código Penal Brasileiro traz:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Por último, a distanásia, é mais praticada nas instituições Brasileiras, pois, segundo conceito literal trazido pelo *Dicionário Aurélio* é a “morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento”. Já na doutrina, segundo Maria Helena Diniz:

Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte. Para Jean-Robert Debray, é o comportamento médico que consiste no uso de processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que o mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível, e o benefício esperado é menor que os inconvenientes previsíveis.

Esta técnica provoca a morte do paciente de maneira mais demorada, o que é considerada por muitos uma prática ruim da medicina, pois utiliza tratamentos considerados fúteis os quais apenas somam dor.

As atuações do profissional da saúde nesses casos supracitados estão em desacordo com o princípio da dignidade humana, uma vez que afeta a vida de cada pessoa, não podendo ela, segundo interpretação jurídica contida no capítulo referente aos direitos da personalidade



artigo 13<sup>5</sup> do Código Civil não poder dispor da sua própria vida, devendo ela ser protegida em todas as esferas jurídicas.

Durante o Estado Liberal surge o princípio da autonomia, o qual, segundo Aluer Baptista Freire Júnior, é entendida como a não intervenção do estado na esfera individual, aquilo que fosse estabelecido em função dessa autonomia deveria ser respeitado (FREIRE, 2017, p.43). Assim, com o passar do tempo, essa questão foi atribuída nas relações contratuais dentro do Código Civil, já que os sujeitos da relação firmam contratos apenas se possuem vontade de fazer. Todavia este mesmo princípio não se bastou apenas em contratos e sim a vida da população, uma vez que o indivíduo é capaz de fazer suas próprias escolhas e responder por elas limitadas às leis.

Contrapondo-se a isso, o com o avanço nas tecnologias e na maneira de observar as relações atuais, nota-se a grande preocupação que as leis possuem em relação a vida. Todavia, uma das inquietações atuais é: e a morte? É possível a autonomia que cada indivíduo possa ultrapassar o maior bem tutelado, podendo escolher o que quer para si nos últimos dias de sua vida?

A dignidade atribuída não se refere ao direito de manter-se vivo e sim de viver de forma excelente. A vida no sentido do artigo 5º, segundo José Affonso da Silva:

[...] a vida, no texto constitucional (art.5º,caput), não será considerada no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas a sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA,J.A., 2003.p.196 )

Com isso, tal direito desdobra-se em poder fazer objeções anteriores através de um testamento sobre os tipos de tratamento que pretende fazer ou não submeter, como o próprio artigo 5º, da Constituição Federal em seu inciso II, o qual afirma que ninguém será obrigado a

---

<sup>5</sup> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.



fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e o inciso III onde ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Todavia, essa autonomia tropeça no direito alheio.

### **3 A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Em diversos ordenamentos estrangeiros, segundo Luciana Dadalto, como do Uruguai, Holanda, França, Alemanha e Argentina se atendidos os requisitos impostos pela lei a declaração antecipada de vontade deverá ser obedecida. Entretanto, no ordenamento brasileiro, devido à ausência de uma normatização federal o testamento vital nem sempre é seguido, mesmo após a resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina que traz diretrizes para relação médico-paciente.

A leitura em conjunto do Código Civil em seu artigo 15 estabelece que em “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” e da Constituição Federal corroboram para efetividade do testamento vital no Brasil. Isto é, a declaração antecipada de vontade está em harmoniza com o direito constitucional de liberdade, o direito à vida (art. 5º) e os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a autonomia (art.5º) e da proibição de tratamento desumano (art. 5º inciso III), pois, a prática do testamento vital é “uma forma de expressão de autonomia do indivíduo, além de serem instrumento garantidor da dignidade”. (DADALTO, 2013, p 4)

A falta de uma legislação específica sobre o tema, no ordenamento jurídico brasileiro, tem como consequência uma insegurança jurídica que afeta principalmente hospitais e médicos. Segundo uma pesquisa desenvolvida pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), dos 531 médicos, nutricionistas, enfermeiros, psicólogos e fisioterapeutas da região um número significativo não se sentem seguros para aplicar o testamento vital. A insegurança afeta mais da metade dos médicos consulados e 72,1% dos demais profissionais da saúde, devido justamente à ausência de uma norma regulamentadora de âmbito federal. Importante, também salientar que desconhecimento do testamento vital pela população geral e a falta de publicidade desse instituto ocasiona que haja muitas incertezas e dúvidas sobre a elaboração, registro e aplicação do mesmo.



Em 2012, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a resolução 1.995/2012 estabelecendo diretrizes para a práticas relacionadas ao testamento vital. Tal resolução levou em consideração: a inexistência de regulamentação sobre o tema; a necessidade de disciplinar a conduta do médico; a relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente e novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios. Resolveu, entre outras diretrizes, que “ as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”(Resolução 1.995/2012).

Na sentença da ação cível pública 1039.86.2013.4.01.3500/7100 movida pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Nacional de Medicina com o objetivo de suspender a resolução 1.995/2012, o juiz da primeira vara da seção judiciária do Estado de Goiás afirmou que “a resolução tem efeito apenas na relação ético-disciplinar existente entre os Conselhos de Medicina e os médicos, mas não tem o condão de criar direitos ou obrigações, sobre tudo na esfera cível e penal. ” Na mesma decisão, o magistrado assevera que a referida resolução “é compatível com o princípio da autonomia vontade, 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)”. Cabe ressaltar que a resolução 1995/2012 de não possui força normativa, mas possui uma força de fato devido ausência legislativa e a necessidade de direcionar questões oriundas do dilema da aplicação do testamento vital.

Em consonância com o princípio da autonomia da vontade colaciona-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**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 constringida 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.

(TJ/RS, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível, rel. Des. Irineu Mariani. DJe 20/11/2013)

O relator da referida apelação reafirma o entendimento que o Resolução n 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina possibilita a concretização da vontade do paciente e garante uma vida digna, já que o artigo 5º da lei fundamental brasileira, não instituiu o dever à vida e sim o direito à vida digna, conforme argumentou. Porém, aduz que o testamento vital deve atender alguns requisitos mínimo. Isto é, a decisão do paciente deve ser anterior a fase crítica, estar plenamente capaz e “prever que a sua manifestação de vontade deve prevalecer sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assistem”( Apelação 70054988266, 2013, p 5).

Em âmbito estadual, existem leis que garantem o direitos dos pacientes atendidos pela rede de saúde estadual, um desses direitos é o de recusar tratamentos que prolonguem a vida à custa de penosa dor. A Lei 10.241, "popularmente conhecida como “Lei Mário Covas”, por ter sido promulgada pelo então governador do Estado de São Paulo Mário Covas"(DADALTO, 2013, p 5), na década de noventa. Também é assegurado o direito de recusa nos Estados Minas Gerais e Paraná com as Leis n. 16.279 e n. 14.254, respectivamente.

Diante disso, O testamento vital ou também conhecido como declaração antecipada de vontade é plenamente possível no ordenamento jurídico brasileiro, que apesar de não existir lei federal específica sobre o assunto, este documento encontra fundamento nos princípios basilares da Constituição Federal de 1988 e legislação infra constitucional, como o Código Civil de 2002 na parte relativa aos direitos da personalidade (Capítulo II).



## CONCLUSÃO

Partindo-se então, da premissa de que não deve se adotar medidas desproporcionais que prolonguem o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios ao mesmo, mas que se deve permitir ao paciente o livre exercício de sua autonomia para que possa, de própria vontade ou a partir de seu representante, rejeitá-las para que sua vida possa seguir o seu término como resultado inevitável que se aproxima, tem-se que o testamento vital ou declaração antecipada de vontade é umas das formas de exercícios dos princípios garantidos pela Constituição Federal, quais sejam: o princípio da autonomia vontade, da dignidade humana e a proibição de submissão a tratamento desumano e degradante.

Como visto, trata-se de uma declaração unilateral de vontade expressada por meio de um documento escrito em que determina os desejos de ser ou não submetido a determinados tratamentos enquanto incapaz de exprimir a sua vontade.

Embora não haja uma legislação em âmbito federal sobre o tema nada impede que seja usado no Brasil, desde que atendidos os requisitos de validade exigíveis a qualquer ato unilateral e que as disposições limitem-se a respeito à recusa de tratamentos fúteis ao tratamento da doença. A falta de segurança jurídica em relação o testamento vital e desconhecimento do funcionamento do mesmo pela população geral gera algumas dificuldades sobre a sua eficácia. Por esta razão, a publicidade de informações relativas a declaração antecipada de vontade e de sua relevância são de fundamental importância.

A diferenciação entre a eutanásia e o testamento vital é relevante, já que a primeira é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio enquadrada como homicídio privilegiado, conforme art. 121, §1º do Código Penal. A declaração antecipada de vontade não significa abreviar a vida, mas vedar práticas terapêuticas, sem o intuito de cura, respeitando à vontade previamente manifestada do paciente que se encontra impossibilitado de manifestá-la devido a doença que o acomete. Relacionando-se assim com a prática da ortotanásia em que consiste na limitação ou suspensão de procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente acometido por doença incurável, já em fase terminal. Isto é, evita o prolongamento artificial da morte.



A resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina que apesar de não ter força normativa é de extrema importância, já que traz diretrizes para a relação médico-paciente. Pela razão que são os médicos, os quais lidam diretamente com o dilema da aplicabilidade ou não do testamento vital, a referida resolução de alguma forma supre a falta de legislação específica possibilitando o exercício da autonomia da vontade e o respeito da dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todo o Estado brasileiro.

Por fim, conclui-se que, em breve, possa o cidadão, os médicos e os pacientes contarem com uma legislação ordinária específica que mantenha os ditames da atual resolução bem como que estabeleça o reconhecimento das práticas integrativas e on line de declaração de vontade antecipada, trazendo assim, mais segurança jurídica aos planos jurídicos da existência, validade e eficácia deste instituto.

Portais como <http://testamentovital.com.br/> merecem ser reconhecidos, divulgados, acessados e utilizados por toda a comunidade cidadã e médica. E, sem dúvida, a sobrevivência de uma lei ordinária que amplie e reconheça, de modo formal, limites de aceitação legal e de atualização de vontade para este instituto é expressão de atuação social e democrática.

Agindo assim, as marcas limitantes do Estado Liberal ficarão, mais e mais, para trás, sem que se operem perdas à autonomia. Defende-se ainda que esta segurança e oportunidade deve ser sem custos de modo que todos manifestem/alterem sua decisão sobre os limites de medidas médicas desejados para seu momento de final de vida, quando este sobrevier.

## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean (org.). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar'1999.

BBC. **Living Wills**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/ethics/euthanasia/overview/livingwills.shtml>>. Acesso em: 23 de Fevereiro de 2018



BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível 70054988266**, julgado em 20 de novembro de 2013. Des. Irineu Mariani (relator. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70054988266%26num\\_processo%3D70054988266%26codEmenta%3D5557320+testamento+vital++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70054988266&comarca=Viam%C3%A3o&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu%20Mariani&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70054988266%26num_processo%3D70054988266%26codEmenta%3D5557320+testamento+vital++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70054988266&comarca=Viam%C3%A3o&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu%20Mariani&aba=juris)>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição, 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 6 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Declaratória Inconstitucional 3.510/DF**, Ministro Ayres Brito (relator). DJe 27/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso: em 17 de agosto de 2017

\_\_\_\_\_. Justiça Federal/ Goiás. **Ação Cível Pública 1039.86.2013.4.01.3500/7100**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017

\_\_\_\_\_. **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)>. Acessado em 17/08/2017>. Acesso em: 12 de março de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2- parte especial**: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212) / São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Curso%20de%20Direito%20Penal%20-%20Vol.%202%20-%20Fernando%20Capez.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.995/2012**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017.



\_\_\_\_\_. **Resolução 1.805/2006.** Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017

\_\_\_\_\_. **Resolução 1.931/2009.** Disponível em:

<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 10 de agosto de 2017

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 10ª Ed. 2017.

DONADI, Patrícia. **Quais as diferenças entre eutanásia, morte assistida, ortotanásia e sedação paliativa?** Rede de ensino Luiz Flávio Gomes, 2008. Disponível em:<<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/42016/quais-as-diferencas-entre-eutanasia-morte-assistida-ortotanasia-e-sedacao-paliativa-patricia-donati-de-almeida>> Acesso em: 13 abril. 2018.

FREIRE JUNIOR, A. B. ; AMIGO, A. V. . **O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE.** Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde , v. 7, , 2017.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 16.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade.** Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Aspectos-registrais-das-dav-civilistica.com-a.2.n.4.20131.pdf>>. acesso em 10 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal.**

Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PenalvaLD\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf)>. Acesso em: 17/08/2014

PESSINI, LeoEC. Distanásia: porque prolongar o sofrimento?. Instituto Ciência Hoje. 2013. Disponível em:

<[http://www.cienciahoje.org.br/revista/materia/id/707/n/distanasia:\\_por\\_que\\_prolongar\\_o\\_sofrimento](http://www.cienciahoje.org.br/revista/materia/id/707/n/distanasia:_por_que_prolongar_o_sofrimento)>. Acesso em: 31 de março.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** Resumo digital, 2003.



TESTAMENTO VITAL. Desenvolvida pela pesquisadora Luciana Dadalto. Disponível em:  
<<http://testamentovital.com.br/>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA. Pesquisa. Disponível em:  
<<http://www.ufjf.br/noticias/2016/03/16/conhecida-como-ortotanasia-medida-permite-a-paciente-reduzir-tratamento-de-saude/>>. Acesso em: 23 de agosto de 2017