

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito e Ciências do Estado

LORENA FERREIRA BRAZ

TESTAMENTO VITAL:
INSTRUMENTO GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DA MORTE DIGNA

Belo Horizonte

2019

LORENA FERREIRA BRAZ

TESTAMENTO VITAL:
INSTRUMENTO GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DA MORTE DIGNA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Ciências do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências do Estado.

Orientador: Rodrigo Magalhães

Área de concentração: Biodireito

Belo Horizonte

2019

LORENA FERREIRA BRAZ

TESTAMENTO VITAL:

INSTRUMENTO GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DA MORTE DIGNA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Ciências do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências do Estado.

Prof. Dr. Rodrigo Magalhães (Orientador)

Cargo Nome Banca 2

Cargo Nome Banca 3

RESUMO

O avanço tecnológico promoveu modificações sobre o conceito da dignidade humana, os tratamentos médicos e a visão do indivíduo sobre a morte. Através destas mudanças os indivíduos começaram a demonstrar interesse em possuir mais autonomia em relação ao que diz respeito à suas possíveis manifestações de vontade acerca de sua morte e processo relacionado a esta. Assim, emergiram as Diretivas Antecipadas de Vontade e a sua espécie estudada no presente trabalho, o Testamento Vital, que possui como objetivo a garantia e preservação de princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como o direito à vida e, conseqüentemente, à morte digna.

Palavras-chave:

Diretivas Antecipadas de Vontade; Morte digna; Princípios; Testamento Vital.

ABSTRACT

The technological development provided some changes in the concept of human dignity, medical treatments and the individual's view about death. With these changes, people started to demonstrate the desire to increase the autonomy of their wishes surrounding future medical care. This way, Advance Directives were created, and their specie, Living Will, document that is discussed in this project and has the objective to ensure and preserve main principles of Democratic State, the Right to Life and also, dignified death.

Key Words:

Advance Directives; Dignified Death; Living Will; Principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	8
2.1. Os direitos fundamentais de primeira geração.....	10
2.2. Os direitos fundamentais de segunda geração	11
2.3. Os direitos fundamentais de terceira e quarta geração	12
2.4. Princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade .	15
2.5. O princípio da autonomia privada nas relações médico-paciente	17
2.6. O direito à vida e a morte com dignidade.....	19
3. TESTAMENTO VITAL	21
3.1. Conceito e características	24
3.2. Distinção entre conceitos técnicos da área da medicina: eutanásia, ortotanásia, distanásia e suicídio assistido.....	27
3.3. O Testamento Vital como instrumento garantidor da aplicação do princípio da morte digna.....	30
4. CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS	35

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo verificar a aplicabilidade do princípio da morte digna, através do Testamento Vital, uma das espécies de Diretivas Antecipadas de Vontade. Assim, perante uma análise da eficácia jurídica dos Testamentos Vitais, busca-se averiguar a probabilidade da manutenção da dignidade mesmo durante o processo da morte do indivíduo, já que o princípio da dignidade humana foi condecorado como sendo um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Com os constantes avanços nos ramos da tecnologia e da medicina, os limites da vida sofreram expansões inimagináveis, fazendo com que em diversos casos a vida seja mantida artificialmente por um período prolongado.

Assim, com o advento destas tecnologias surgem diversos questionamentos como: “Até que ponto ser mantido vivo garante o direito a dignidade humana?”; “Quem possui autonomia para decidir acerca das medidas e tratamentos nos casos de pacientes terminais?”; “Teria o ser humano o direito a opinar sobre seus desejos referentes a sua própria morte?”.

Destaca-se que estes são apenas alguns dos questionamentos que surgem quando se trata de assuntos tão complexos quanto a morte, as diretrizes antecipadas de vontade e o testamento vital. Assim, o presente trabalho não possui como objetivo findar todos os assuntos relacionados ao testamento vital e o direito a morte digna.

Perante um contexto repleto de tecnologias que permitem a expansão dos limites inerentes a vida, Barroso realiza uma reflexão que neste contexto faz-se importante ressaltar, qual seja, a finitude da vida, lembrando que a vulnerabilidade do corpo e da mente, são o que nos tornam humanos e que a morte, vista como algo indesejado e temida por tantos, é o destino comum de toda a humanidade, colocando todos em pé de igualdade, representando a um só tempo, mistério e desafio.

O trabalho desenvolveu-se em torno de dois grandes eixos, que resultaram em dois capítulos, sendo o primeiro capítulo referente aos Direitos Fundamentais e o segundo referente ao Testamento Vital.

No que diz respeito ao primeiro capítulo, este se inicia com a conceituação dos direitos fundamentais, prossegue demonstrando que estes possuem diversas gerações e analisando o contexto de surgimento de cada uma destas. Posteriormente, através da realização de um recorte daqueles princípios norteadores do Estado Democrático de Direito que possuem uma relação mais estreita com o Testamento Vital, o enfoque se dá sobre os direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, à autonomia de vontade e a sua aplicação na relação médico-paciente.

O direito à morte digna, decorre de uma interpretação análoga dos demais direitos citados, já que a existência humana deve ser considerada em sua totalidade, compreendendo, portanto, a morte.

O segundo capítulo se inicia realizando a distinção entre alguns termos técnicos provenientes da área da saúde e essenciais para a melhor compreensão acerca dos testamentos vitais, como: eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. Após essa introdução, conceitua-se testamento vital, discorrendo sobre a sua origem e a respeito da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, através da análise de elementos como forma e validade, analisando conseqüentemente as suas características.

Por fim, analisa-se a viabilidade da utilização das Diretivas Antecipadas de Vontade, especialmente o Testamento Vital como instrumento garantidor da morte digna.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são um conjunto de normas constitucionais superiores, que obrigam o legislador a respeitá-las, observando o seu núcleo fundamental, sob pena de nulidade das próprias leis e da declaração de sua inconstitucionalidade. Assim, os direitos fundamentais são uma dimensão essencial do Estado de Direito e uma referência essencial da legitimidade de uma ordem jurídica (BEDIN, 2007).

José Afonso Da Silva (2001, p. 178) ensina que os direitos fundamentais são uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem, e não a contraposição dos cidadãos administrados a atividade pública. Pois, os direitos fundamentais além de protegerem o homem de eventuais arbitrariedades estatais, também se destinam a compelir o Estado a adotar medidas visando a melhoria das condições sociais de seus cidadãos.

Como foi dito por Daniela Moraz, em “O Testamento Vital como meio de efetivação do direito a morte com dignidade”, a dignidade humana não possui um conceito universalmente definido, a abrangência desta é redimensionada frente a cada sociedade e contexto, conforme as particularidades ali existentes. A dignidade também está relacionada com os ideais de valorização da vida humana, devendo ser observada nos âmbitos legislativo, judiciário e administrativo, sob pena de afronta aos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, encontra previsão constitucional no artigo 1º, inciso III, da CF/88. E conforme destacado por Ingo Wolfgang Sarlet além de princípio e regra fundamental, está é também fundamento de posições jurídico-subjetivas.

Ainda segundo Sarlet, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, expõe com clareza a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que os princípios fundamentais possuem.

Desta forma, faz-se imprescindível realizar a distinção entre as espécies normas constitucionais, para aprofundar os estudos sobre os direitos fundamentais, pois tal distinção é fundamental para a compreensão do processo de ponderação de interesses, pois apenas aquelas normas que contenham princípios constitucionais, seja de forma explícita ou implícita, podem ser objeto de ponderação.

Para uma abordagem mais didática do testamento vital, faz-se necessário um estudo dos direitos fundamentais, que são aqueles imprescindíveis para a garantia de uma vivência fundamentada nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade. Os direitos fundamentais ou direitos individuais surgiram com a necessidade de proteção do homem frente ao poder do Estado, através dos ideais Iluministas dos séculos XVII e XVIII.

Primeiramente faz-se necessário realizar a distinção entre dois conceitos que por diversas vezes, inclusive neste trabalho, são utilizados como sinônimos, mas entre eles existem algumas divergências.

Para muitos doutrinadores, os direitos humanos são aqueles inerentes ao homem, ou seja, fruto do atributo de ser humano deste. Entretanto, este conceito é limitado, pois exclui os direitos advindos das evoluções histórica, social, política e econômicas que ocorreram. Assim, para uma conceituação adequada seria necessária a constatação reconhecimento de sua dimensão histórica e sua constante evolução e ressignificação.

Assim, os direitos humanos são reconhecidos como direitos inerentes a condição humana, mas o seu reconhecimento e sua consequente proteção são frutos de processos históricos.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, estes despontam através da positivação dos direitos humanos, a diferenciação entre estes dois termos ocorre, pois os direitos humanos são aqueles que possuem aplicação universal, ou seja são destinados a um conjunto indeterminável de indivíduos, enquanto os direitos fundamentais, são os direitos humanos positivados nos ordenamentos jurídicos e portanto, sujeitos a limitações espaço-temporais.

Neste contexto, direitos fundamentais seriam apenas aqueles regulamentos por um ordenamento jurídico específico. Conforme mencionado por Info Wolfgang Sarlet (2005, p. 35 e 36):

“[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os

povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.”

Tais direitos já se encontram em sua 4ª geração e através da análise das quatro dimensões se faz possível verificar a evolução e adequação destes direitos ao mundo contemporâneo, pois visualiza-se a constante mudança dos direitos fundamentais em função do contexto no qual encontram-se inseridos, já que estes sofrem reinterpretações através da influencia de fatores como o tempo e o espaço.

Esta conclusão é análoga ao pensamento de Nietzsche, o qual através do emprego do método genealógico, depreende que os valores tradicionais da moral e seus conceitos têm sua razão de existir ou uma maior importância em dado momento histórico e local.

2.1. Os direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos de primeira geração, associados ao contexto do final do século XVIII, possuem como marco histórico a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789. E foram os primeiros a serem expressamente reconhecidos nos textos constitucionais, compreendendo tanto direitos civis quanto direitos políticos dos indivíduos. Estes direitos, conforme elucidado por José Eliaci Nogueira Júnior no seu artigo “Gerações ou dimensões dos Direitos Fundamentais?”, foram frutos das revoluções francesa e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o direito as liberdades individuais, visando também a limitação dos poderes absolutos do Estado, assim estes direitos, que referem-se a negativas clássicas, representavam uma resposta do Estado Liberal ao Absolutista, resposta a qual exigia uma abstenção e não uma prestação do Estado.

São exemplos de direitos de primeira geração: direito á liberdade, á expressão, á vida, á propriedade, á participação política.

Paulo Bonavides faz referência aos direitos de primeira geração afirmando que:

os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem a fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.

2.2. Os direitos fundamentais de segunda geração

Já os de segunda geração, surgiram no contexto pós Primeira Guerra Mundial, quando a ideia de um Estado de Bem-Estar Social começou a fortalecer-se. Estes direitos eclodem ante uma necessidade de reivindicação dos direitos sociais, culturais e econômicos frente ao Estado e se relacionam com as liberdades positivas, reais ou concretas, visando a garantia da igualdade material. Possuem como principal marco a Revolução Industrial, a partir do século XIX, na qual a classe proletária reivindicou direitos sociais como alimentação, saúde e moradia. (citar José Elaci Nogueira Júnior).

Segundo Ney Maranhão:

“As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.”

Dessa geração surgiram os denominados direitos sociais, os quais que exigiam uma participação por parte do Estado para a efetivação dos direitos nela contidos, os quais encontram-se previstos no artigo 6º da Constituição Federal da República, que dispõe que:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Assim, os direitos oriundos desta geração visavam garantir ações positivas dos Estados visando a preservação de condições dignas de vida as populações e foi constituída por direitos sociais, culturais e econômicos. Conforme elucidado por Ingo Wolfgang Sarlet:

“(...) os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações da classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.”

Faz-se possível a realização de uma comparação entre as reivindicações referentes aos direitos de primeira e segunda dimensão, pois aqueles possuíam como objetivo a limitação do poder estatal, possibilitando uma maior participação popular no âmbito público, já os direitos de segunda dimensão, exigem ações do estado, voltadas para a garantia de condições dignas para os seus cidadãos. Assim, estes estariam visando o desenvolvimento do ser humano através do investimento estatal em proporcionar a população condições de efetivamente gozar da sua liberdade.

2.3. Os direitos fundamentais de terceira e quarta geração

Os de terceira geração, provenientes da revolução tecnocientífica, também denominada terceira revolução industrial, buscam proteger os interesses coletivos, não sendo destinados a proteção dos interesses individuais de um grupo, senão a proteção das gerações humanas, incluindo assim direitos como o direito ao desenvolvimento, a paz, a comunicação, ao meio- ambiente, a conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, por exemplo. Esta geração consagra os princípios da solidariedade, da fraternidade. São considerados direitos transindividuais, e possuem como princípio norteador os ideais de fraternidade e solidariedade focando assim em direitos difusos, que não possuem titulares determinados, não sendo possível mensurar o número exato de beneficiários destes, e em direitos coletivos, direitos os quais possuem um número determinável de titulares que compartilham de uma mesma situação.

No Código de Defesa do Consumidor (CDC), é realizada a distinção entre os direitos acima mencionados, quais sejam os direitos coletivos em sentido estrito, direitos individuais homogêneos e direitos difusos, conforme disposto no artigo 81, parágrafo único:

“I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe e pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Para Ilgo Sarlet, os direitos de terceira geração tratam-se do resultado das reivindicações geradas pelos avanços tecnológicos e pelo contexto de pós-guerra, no qual ocorreram processos de descolonização.

Conforme elucidado por José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior, reunindo-se os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, percebe-se que estes correspondem ao lema da Revolução Francesa, qual seja: liberdade, igualdade e fraternidade”.

Para alguns doutrinadores, como Norberto Bobbio, existe a quarta geração dos direitos fundamentais, a qual estaria relacionada com a engenharia genética. Paulo Bonavides também defende a existência dos direitos de quarta geração, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados a democracia, a informação e ao pluralismo. Assim, essa dimensão seria formada pelos direitos a democracia, a informação, ao pluralismo e de normatização do patrimônio genético. (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

A quarta dimensão possui seu desenvolvimento em torno de dois principais eixos, quais sejam: os direitos da informática e os direitos da bioética, e é fruto dos constantes avanços da globalização, que aproximou diversas culturas e acelerou processos, fazendo assim com que ocorresse um deslocamento nos focos de preocupação, fazendo com que estas ultrapassassem barreiras físicas e continentais.

No eixo da bioética, ramo que está em constante evolução e debate, pela sua significativa influencia no cotidiano, estão contidos temas relevantes como o suicídio, o aborto e a eutanásia, influenciando assim na vida da população como um todo e na

profissional de alguns grupos profissionais, como por exemplo, profissionais da área da saúde e das ciências jurídicas.

Paulo Bonavides, apesar de possuir visão diferente de Norberto Bobbio, também defende a existência dos direitos de quarta geração, verifica-se no trecho colacionado a seguir:

“A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.”

Marcelo Novelino (2008, p. 229), reconhece esta geração mencionando que:

“tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito a democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem a derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.”

Importante destacar que mesmo havendo as mencionadas três ou quatro dimensões, nenhuma se sobrepõe a outra, possuindo relação de complementariedade, sendo assim, essa divisão em gerações é realizada apenas como uma forma didática para relacionar os direitos fundamentais e os momentos históricos de seu reconhecimento. Tais direitos possuem como função a proteção do homem de arbitrariedades que venham a ser cometidas pelo Estado, e exigem que este realize medidas buscando a efetivação dos direitos fundamentais e consequente melhoria das condições socioeconômicas de seus cidadãos.

2.4. Princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade

Importante ressaltar que a escolha desses dois princípios para serem explorados neste subtópico ocorreu devido a relação de mutualidade ocorrente entre estes, pois ambos visam a manutenção do direito a vida e o respeito as vontades e decisões dos seres humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fundamentada no Estado Democrático de Direito, visando a manutenção e garantia dos direitos humanos alçou a proteção destes ao patamar de cláusula pétrea.

Segundo Tavares (2012), o princípio da dignidade da pessoa humana não encontra-se elencado no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, da Constituição Federal, este princípio encontra-se expressamente previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

A dignidade da pessoa humana, é uma característica inerente e referente a essência do ser humano, não sendo, portanto, uma criação constitucional. Ela representa o respeito as condições do ser humano, político, social e profissional, por parte do Estado e dos particulares. (MATTAR, 2010, p. 4-7)

José Afonso Silva conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo:

um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais (2001, p.92)

Para gozar sua dignidade, o cidadão deve agir de maneira a respeitar os direitos inerentes aos demais cidadãos e em consonância, portar-se de conforme seus valores. Este princípio possui caráter universal, o que significa que caso ocorra

violação à manutenção deste, a questão é de direito internacional (MATTAR, 2010, p.4-6).

Este princípio, conforme já elucidado no presente tópico, deve ser garantido a todos, sem qualquer distinção e/ou discriminação de gênero, raça, origem, idade, estado civil ou classe socioeconômica a que o indivíduo pertence. A aplicação deste princípio se estende por toda a existência do indivíduo, extinguindo-se apenas com a morte, devendo ser aplicado até mesmo na iminência desta, como será estudado adiante através do Testamento Vital, instrumento o qual busca a garantia da dignidade nos momentos que antecipam a morte.

No que tange ao princípio da autonomia de vontade, este não encontra previsão expressa na atual Constituição vigente no ordenamento jurídico brasileiro, possuindo apenas previsão implícita. Este princípio, concede ao indivíduo, a possibilidade de em face de determinadas situações, manifestar-se em conformidade com os seus interesses, assim lhe é assegurado tomar decisões em sua esfera particular conforme os seus próprios interesses, possuindo como limitação apenas, não ofender ou os interesses de outros indivíduos. (LIMA, 2008).

O termo autonomia vem do grego *autos* (próprio, eu) e *nomos* (regra, domínio), sendo assim o autogoverno, a possibilidade de escolha individual. Assim, segundo Diniz (FIÚZA, NAVES, SÁ, 2003, p.85): “é o reconhecimento de que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar ou abster-se de certos atos, conforme sua vontade.”

Utilizando-se deste princípio o indivíduo goza de sua liberdade, uma vez que passa a participar ativamente das suas decisões, fazendo com que suas crenças e convicções exerçam influencia direta em seu destino.

O princípio da autonomia está relacionado com o testamento vital, tema do presente trabalho de conclusão de curso, pois a relação médico-paciente influenciada por este princípio sofreu inúmeras alterações. Inicialmente, cumpria ao médico decidir qual seria o melhor tratamento a qual o paciente deveria ser submetido, muitas vezes sem que a opinião do paciente seja consultada. Atualmente, este princípio afirma o respeito em relação a manifestações de vontade e as decisões tomadas pelo paciente, garantindo a obrigatoriedade da execução das decisões tomadas livre e conscientemente pelo paciente.

Neste sentido, Clemente e Pimenta (2006, p.8) dispõe que:

“As decisões médicas passaram a considerar as preferências do paciente. O fundamento ético dessa nova forma de agir está no novo modelo autonomista que gerou o direito ao consentimento informado e o fundamento lógico está nas novas teorias causais e nos novos modelos probabilistas.”

Reafirmando o direito de autoafirmação do indivíduo, o artigo 5º da Constituição Federal em seus incisos II e III, dispõe que:

“(…) II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”

E em consonância com o disposto na Constituição, o Código Civil de 2002 dispõe no artigo 15 que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.”

Como a autonomia de vontade não se aplica apenas nas relações médico-paciente, nos incisos IV, VI e VII, do artigo 5 da Constituição Federal, verificamos o direito à autodeterminação relativa a questões da moral e da honra do indivíduo, como a liberdade de manifestação e a liberdade de crença religiosa.

2.5. O princípio da autonomia privada nas relações médico-paciente

Este princípio, mesmo que concedido pelo Estado, por vezes sofre limitações por este para que não ocorram excessos individuais nem opressões estatais.

Neste sentido, como disposto no tópico anterior, nenhum tratamento ou procedimento pode ser imposto ao paciente contra sua vontade. Assim, para a execução de procedimentos e tratamentos, é necessário a anuência do paciente ou de sua família, conforme disposto no Código de Ética Médica Nacional. A violação e desrespeito as vontades do paciente e dos seus familiares por parte do médico representa hipótese de constrangimento ilegal, crime previsto no Código Penal, em seu artigo 146.

A relação médico-paciente modificou-se com o decorrer dos anos, pois, antigamente quem decidia qual tratamento seria realizado era o médico, o qual muitas vezes submetia o paciente a este sem ao menos tê-lo informado.

O princípio da autonomia encontra previsão no artigo 5 da Constituição Federal que em seus incisos II e III, dispõe que:

“II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; “

Em seus incisos IV, VI e VII, é assegurado o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de crença, direitos os quais possuem ligação direta com o princípio da autonomia de vontade.

Assim, o Código de Ética Médica dispõe em seus artigos 46, 48 e 56 que é vedado ao médico:

Artigo 46- efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

Artigo 48- Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

Artigo 56- Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

A única ressalva para a atuação médica sem a anuência do paciente ou de seus familiares é quando há extrema urgência, pois neste caso o médico, buscando salvar a vida, pode optar por quais procedimentos utilizar naquela situação, não sendo passível de punição por ser hipótese prevista no inciso I, parágrafo 3, do artigo 146: (...) I- a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;”

O respeito a autonomia do paciente, configura tipo penal, previsto no artigo 146 do Código Penal, tendo este tipo sido denominado de constrangimento ilegal, entretanto na hipótese de intervenção médica ou cirúrgica realizada em paciente em iminente perigo de vida, sem a anuência deste ou de seu representante, não se compreende como constrangimento ilegal, conforme disposto no artigo 146, § 3º, I.

A partir da análise do dispositivo supramencionado percebe-se que a autonomia do paciente somente será atendida plenamente quando não houver iminência de morte deste, hipótese na qual o direito a vida se sobreporia ao direito a liberdade e a autonomia de vontade.

Esta interpretação já encontra-se um tanto quanto ultrapassada, pois apesar do direito à vida ser importantíssimo, com as mudanças de valores ocorridas na sociedade, este já não encontra-se isolado no topo dos direitos fundamentais, e sim exerce uma relação horizontal com os demais, devendo assim ser analisado juntamente com a autonomia de vontade, e com o direito à dignidade da pessoa humana.

2.6. O direito à vida e a morte com dignidade

O direito a vida é essencial para que haja a existência e a consequente garantia dos demais direitos, sendo assim um requisito essencial de existência dos demais, já que ausente ao indivíduo o elemento vida, este não poderia gozar nenhum outro direito, pois lhe faltaria o que é essencial para ser sujeitos destes: a existência.

Nesta posição privilegiada em relação aos demais direitos, sua proteção foi tutelada como fundamental pelo sistema normativo jurídico brasileiro, possuindo previsão legal tanto no artigo 5º da Constituição Federal, quanto nas codificações dos mais diversos ramos do Direito, como civil, internacional e penal.

Anteriormente, segundo Diniz (2006, p. 28) prevalecia o entendimento que o direito à vida se encontrava em posição hierárquica superior aos demais direitos, valendo-se do argumento que:

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 o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc.

O direito à vida possui sua proteção desde o momento inicial desta, que o ordenamento brasileiro considera como sendo o momento da concepção, até o momento em que essa se encerra. Porém, com o advento de novas tecnologias influenciando nas áreas da biologia e da medicina, estes limites passaram a ser discutidos, como observaremos adiante.

Importante salientar duas vertentes interpretativas deste princípio, enquanto uma destas vertentes crê que o direito à vida refere-se a preservação da existência desta, ressalta-se que os adotantes desta teoria são autores, que acreditam que a vida humana deve cessar-se apenas por causas naturais; já a outra teoria crê que o direito a vida significa o direito a desfrutá-la com dignidade, ou seja, que este direito abarca outros direitos necessários para a manutenção de uma vida digna, como: o direito a saúde, educação, alimentação (TAVARES, 2012).

Em relação aos direitos da personalidade, como os já citados, destaca-se o fato destes serem intransmissíveis e inalienáveis, sendo, portanto, indisponíveis. Apesar da classificação como direito indisponível, em determinadas situações a cessão do seu exercício é admitida, sendo que o único requisito aplicável é que tal cessão não sacrifique a dignidade de seu cedente (CHAVES DE FARIA, ROSENVALD, 2013, P.181).

Existem outras circunstâncias em que o direito à vida é relativizado, como por exemplo, em situações de legítima defesa, em que ocorre o embate 'vida x vida', quando ocorre um choque entre princípios, os quais não estão sujeitos a uma hierarquia interna, mas perante um caso concreto, um pode ser aplicado em detrimento do outro, e quando se trata da defesa do direito de propriedade, que ocorre quando há invasão da propriedade, e aquele que teve sua propriedade invadida, defende-a através do combate ao invasor.

Assim, o direito à vida e o direito digna interligam-se, pois, mesmo baseando no senso comum, vida e morte sendo conceitos opostos, a iminência desta constitui um dos últimos e mais sublimes momentos do indivíduo enquanto detentor de direitos, como o da dignidade humana.

Neste sentido, com o avançar da medicina e conseqüentemente com a descoberta e melhoria de métodos e equipamentos que prolongam a vida dos enfermos, sem garantir-lhes melhora do seu estado clínico, decidir sobre os tratamentos a que deseja submeter-se e por vezes, sobre a própria morte, constitui a constatação de uma importante conquista, que visa garantir um menor nível de sofrimento mental e físico, tanto ao indivíduo que encontra-se na iminência da morte, quanto aos seus entes próximos.

No que tange ao direito a morte com dignidade, convém salientar que este não conflita com o direito à vida, já que este não está relacionado apenas ao direito de sobreviver, e sim ao direito de viver com dignidade.

O direito à vida, na atual concepção do ordenamento jurídico brasileiro, prevista no Código Civil de 2002 em seu artigo 2, é de que o nascituro possui proteção jurídica desde a concepção, reconhecendo a existência de direitos da personalidade a partir do nascimento com vida.

Assim, percebe-se que o direito à vida é um direito fundamental da personalidade, do qual decorrem diversos outros direitos, uma vez que este preza

pela dignidade da pessoa durante sua existência como um todo, indo além da simples manutenção a sobrevivência do indivíduo. Assim, este direito deve ser defendido e efetivado pelo Estado e por toda a sociedade.

3. TESTAMENTO VITAL

Ainda que o direito à vida continue sendo um princípio condutor maior, diante de algumas situações delicadas, como o caso de indivíduos com doenças incuráveis, os médicos deixam de ter razões para continuar realizando procedimentos visando a manutenção da vida a qualquer custo, e passam a prezar pela qualidade de vida do paciente e conseqüentemente a supressão do sofrimento, fazendo com que sejam priorizados a compaixão e o respeito pelo direito à autodeterminação do paciente. Desta forma, o presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo analisar

como o testamento vital, uma das espécies das denominadas Diretivas Antecipadas de Vontade, pode ser utilizado como uma garantia de uma morte digna e as consequências do desrespeito deste.

As diretivas antecipadas de vontade, também denominadas D.A.V., são um gênero de documentos que objetivam a manifestação de vontade referentes a tratamentos e cuidados médicos, e possui 2 subespécies, quais sejam: o testamento vital, objeto de estudo do presente trabalho e o mandato duradouro. Este último é caracterizado pela nomeação de um terceiro, o qual será responsável pelas decisões referentes aos tratamentos médicos decidindo a quais o paciente deve ou não deve ser submetido e também será o responsável por sanar eventuais dúvidas relativas ao testamento vital, quando o testador não estiver mais em condição de manifestar expressamente a sua vontade. Assim, o procurador deverá agir de acordo que considera ser a do paciente.

Já o testamento vital é um documento em que o próprio testador dispõe sobre os tratamentos aos quais deseja ou não ser submetido quando estiver em quadro terminal e avançado e é inovador pois até pouco tempo, portadores de doenças terminais, com perda significativa das faculdades mentais e cognitivas, não possuíam a oportunidade de decidir sobre os tratamentos médicos que seriam utilizados. Assim, nestas situações, o representante legal do paciente quem era incumbido de tomar as decisões necessárias.

O objetivo precípua desses documentos é enfatizar a autonomia do paciente, e o respeito aos valores, crenças e escolhas da pessoa. Estes documentos também garantem segurança jurídica a comunidade médica, uma vez que protege os profissionais desta classe de eventuais acusações de omissão de socorro ou eutanásia, uma vez que segundo a resolução do Conselho Federal de Medicina que versa sobre as Diretivas Antecipadas de vontade, estas, para possuírem eficácia plena e produzirem seus efeitos, devem ser anexadas ao prontuário médico do enfermo.

Além disso, através da utilização destes documentos, há o incentivo a melhoria na comunicação entre médicos, enfermos e a família destes. E através destas medidas, evita-se que na iminência da morte de um ente querido, familiares decidam contrariamente as vontades deste, uma vez que estarão tomados pela forte emoção e tristeza característicos dos momentos anteriores a partida daqueles que amamos.

Visando preservar a autonomia do paciente, diversos países como Bolívia, Argentina, México, incorporaram as diretivas antecipadas de vontade, que é um documento elaborado quando a pessoa se encontra em pleno gozo de suas faculdades mentais, que visa determinar os procedimentos que deseja ou não ser submetida quando não estiver mais no gozo de suas funções mentais, como ocorre por exemplo, com pacientes em estado vegetativo ou com doença crônica incurável.

O primeiro registro do testamento vital ocorreu em 1967, na Sociedade Americana de Eutanásia, neste documento poderia ser expressado por escrito o desejo do indivíduo de suspender aqueles procedimentos médicos que visassem apenas a manutenção da vida.

Como dito por Clemente e Pimenta (2006, p. 4):

Em 1969, Luis Kutner, sugeriu um modelo de documento no qual o próprio indivíduo declarava que, se entrasse em estado vegetativo, com impossibilidade segura de se recuperar suas capacidades físicas e mentais, deveriam ser suspensos os tratamentos médicos, Kutner sugeriu, ainda, que o testamento vital satisfizesse a quatro finalidades: primeira, em processos judiciais, a necessidade de se ter em conta a diferença entre homicídio privilegiado por relevante valor moral (a compaixão) e o homicídio qualificado por motivo torpe; a segunda, a necessidade legal de permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; a terceira, a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; quarta, para satisfazer as três primeiras finalidades, dever-se-ia dar, ao paciente, garantias necessárias de que sua vontade fosse cumprida.

Importante ressaltar que no caso de pacientes em estágios extremamente avançados ou terminais, não é permitido que estes optem por não ser submetidos a tratamentos ordinários, também conhecido como tratamentos paliativos, tais tratamentos honram o direito de morrer com dignidade e o respeito a vida, pois não autoriza a tão temida eutanásia nem prolonga indevidamente a vida e o sofrimento do paciente (distanásia).

Para a Organização Mundial de saúde, os cuidados paliativos são uma abordagem que visa a melhoria da qualidade de vida dos pacientes e de suas famílias, que enfrentam problemas associados a prevenção e alívio do sofrimento tanto físico e mental, quanto espiritual.

Neste sentido, percebemos que através das Diretivas Antecipada de Vontade a pessoa pode optar por não ser submetida a tratamentos que visem apenas prolongar a vida, mas não pode optar, no ordenamento jurídico atual, que tenha sua vida interrompida. Isso faz com que seja trazido um importante questionamento suscitado por Ronald Dworkin (2003, p. 255): Onde se vai traçar a linha divisória entre não ser mantido vivo e ser morto?

Partindo deste raciocínio o autor faz outro questionamento neste mesmo sentido, questionando quais são os riscos de que pessoas venham a pedir para morrer depois de receberem um diagnóstico equivocado, ou que faleçam antes que se descubram ou desenvolvam tratamentos inovadores que podiam salvar suas vidas de tivessem aguardado (DWORKIN, 2003, p.256).

3.1. Conceito e características

O testamento vital é um documento através no qual pessoas em pleno gozo de suas capacidades mentais, pode estabelecer, antecipadamente, a quais tratamentos e medidas deseja ser ou não submetido quando não puder mais manifestar sua vontade, podendo ainda designar responsável para manifestar em seu lugar. (AMARAL, PONA, 2010, p.4)

Luciana Dadalto, em sua obra Testamento Vital substitui o termo “Testamento Vital” por “declaração previa de vontade para o fim da vida”, acreditando que:

Em razão da inadequação da nomenclatura “testamento vital” as características do instituto e, após verificar que no Brasil não há discussões profundas sobre essa questão, nem mesmo sobre o instituto, optou-se por substituir o nome mais utilizado para um que e considerado adequado, em razão de expressar, com fidelidade, as características e os objetivos do instituto. (DADALTO, Luciana, pag. 97)

Importante ressaltar que este tema esta intrinsecamente relacionado as ciências biomédicas, as quais estão se desenvolvendo e conseqüentemente, tendo maior participação no cotidiano e na aplicação dos princípios constitucionais.

Assim, de acordo com Amaral:

“o testamento vital é um documento jurídico redigido por uma pessoa quando plenas as suas faculdades mentais, por meio do qual dispõe antecipadamente a sua vontade quanto aos tratamentos a serem ou não empregados caso advenha situação na qual não possa mais expressar suas intenções em virtude do estado de saúde em que se encontre, podendo ainda servir de instrumento para a nomeação de terceiro para tomar a decisão

quanto aos tratamentos utilizados e ainda dispor acerca da doação ou não de órgãos. Por meio desse documento o indivíduo manifesta a sua vontade de não ser mantido vivo em condições que considere indignas, cuja qualidade da vida já não mais pode ser preservada diante da batalha travada para vencer a morte.”(AMARAL, PONA, 2010, p. 5)

Assim, este documento visa a garantia de uma morte com dignidade, já que se refere a assistência e ao tratamento médico ao qual o paciente será submetido um paciente em estado grave e terminal, não podendo este recusar tratamentos paliativos, uma vez que estes são considerados instrumentos garantidores da efetivação do princípio da dignidade humana e do direito a morte digna.

Baudouin e Blondeau (apud MOTA, 2007) afirmam que: “o testamento vital é um nobre e louvável esforço de humanização e uma tentativa de reapropriação da morte, pois, tem como objetivo a preservação da dignidade humana no fim da vida.”

O testamento vital se diferencia dos demais testamentos, pois enquanto aqueles são causa mortis, e suas disposições versam sobre questões patrimoniais, o testamento vital é um ato Inter vivos, e seus efeitos são produzidos anteriormente ao falecimento de do indivíduo.

Assim, o testamento vital é um ato jurídico inter vivos, unilateral, personalíssimo, revogável, gratuito e solene.

É um ato jurídico pois necessita da manifestação de vontade do indivíduo para produzir efeitos. Unilateral uma vez para possuir eficácia basta apenas que a declaração de vontade do testador ocorra na forma da lei.

É caracterizado como personalíssimo pois apenas o indivíduo pode realizá-lo, sendo proibida a outorga de poderes referentes a confecção deste. E deve ser realizado de forma escrita e respeitar as solenidades, sob pena de nulidade.

Dentre os requisitos necessários para a eficácia do testamento vital, tem-se a capacidade do testador, ou seja, para realizar testamento vital o indivíduo deve ter 18 anos completos, e esteja no gozo de suas faculdades mentais e psíquicas.

Em relação a idade mínima para a sua confecção, Luciana Dadalto (2014, p.53) manifesta no sentido de que mesmo não possuindo a capacidade segundo o critério etário adotado pelo legislador brasileiro, qual seja 18 anos completos, o maior de 16 anos, portando autorização judicial para a prática do ato, pode realizar testamento vital.

Em relação a forma, Luciana Dadalto (2013, p. 151-152) entende ser necessário a realização por meio de escritura pública para garantia de segurança jurídica.

Entretanto outros autores, como Roxana Cardoso (2005, p. 239) não se manifestam sobre se o testamento deve ser realizado de forma pública ou privada, manifestando-se apenas sobre a necessidade desse ser realizado de forma escrita para obter eficácia perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Adotando visão semelhante a de Luciana Dadalto, lavratura do testamento vital perante tabelião garante maior segurança jurídica deste, uma vez que os tabeliões são dotados de fé pública.

No que tange a eficácia dos Testamentos Vitais no ordenamento jurídico brasileiro, Luciana Dadalto (2010, p. 140) argumenta que no Brasil, estes possuem eficácia médica apenas com a sua inscrição no prontuário médico.

Entretanto, como não há regulamentação que valide o Testamento Vital, apenas a resolução do Conselho Federal de Medicina, a qual, tecnicamente, se vincula apenas aos profissionais da área, este tema carece de regulamentação através de lei específica esclarecendo seus requisitos de validade, forma e eficácia.

No Brasil, as Diretivas Antecipadas de Vontade ainda não possuem regulamentação legal, não existindo ainda nenhum projeto de lei visando a sua regulamentação. Assim, o CRM editou a resolução 1995 datada de 2012, para buscar regulamentar a conduta médica frente as diretivas antecipadas de vontade.

Entretanto, tal resolução trata os termos Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital como sendo sinônimos, desconhecendo, portanto, elementos essenciais.

Assim, atualmente a validade legal do testamento vital ocorre através da interpretação principiológica da Constituição Federal de 1988, que afirma o direito a dignidade e a liberdade de expressão.

Como já exposto anteriormente, o Testamento Vital possui como objetivo a manutenção da dignidade do paciente, mesmo em situações avançadas e terminais de vida, em que o paciente não possui alguma incapacidade superveniente que o impede de manifestar livremente acerca de suas vontades,

Neste sentido, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 2, da resolução 1995/2012, o médico deve respeitar as Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente, desde que estas estejam de acordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Ou seja, caso o procedimento que o paciente deseja realizar esteja em desacordo com os preceitos contidos no Código de Ética Médica, como é o caso da Eutanásia, o médico não deverá considerar tal vontade.

Em relação a eutanásia, o Código de Ética Médica a veda expressamente ao dispor que é vedado ao médico:

Artigo 41: Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Assim, ao afirmar que deve ser oferecido ao paciente com doença incurável e avançada todos os cuidados paliativos disponíveis e que não devem ser empreendidas ações terapêuticas inúteis, o Código de Ética Médica visa garantir aos pacientes que se encontram nesse estado a melhor qualidade de vida possível e não o prolongamento de sua vida através de tratamentos que apenas prolongarão o seu sofrimento.

3.2. Distinção entre conceitos técnicos da área da medicina: eutanásia, ortotanásia, distanásia e suicídio assistido

Diante do estudo das Diretivas Antecipadas de Vontade, diversas vezes nos deparamos com termos técnicos da área de saúde como eutanásia, ortotanásia, distanásia e suicídio assistido, assim faz-se imprescindível a diferenciação destes institutos para uma melhor compreensão deste trabalho.

A denominação eutanásia vem εὐθανασία - εὐ 'bom', θάνατος 'morte"', e para Dworkin (2003, p.1) a eutanásia significa matar deliberadamente uma pessoa por razões de benevolência, em que envolve a opção pela morte. Este termo teve sua primeira utilização no século II d.C., quando o historiador latino Suetônio o empregou quando descreveu como suave a morte do imperador Augusto:

“a morte que o destino lhe concedeu foi suave, tal qual sempre desejava: pois todas as vezes que ouvia dizer que alguém morreria rápido e sem dor, desejava para si e para os seus iguais eutanásia”. (SUETÔNIO apud SIQUEIRA-BATISTA & SCHRAMM, 2003, p. 4)

Posteriormente, em 1623, este termo foi novamente empregado por Francis Bacon em sua obra “*Historia vitae mortis*” que a descreveu como o “tratamento adequado as doenças incuráveis”. (Silva, 2000).

Anteriormente ao surgimento do termo eutanásia, o assunto relativo a este estava presente em diversas discussões, tendo atravessando inúmeros períodos históricos, como: os povos celtas, Cleópatra e Platão. Platão, no ano de 400 a.C., na cidade de Atenas, defendia o sacrifício de idosos, já em condições de fraqueza e invalidez, como meio para o robustecimento do bem-estar e da economia coletiva. Em relação ao povo celta, estes além da prática de eliminar crianças com malformações, também matavam idosos, em razão de considerá-los improdutivos para a sociedade, dado que não cooperavam para a prosperidade da nação. (Silva, 2000).

Buscando ainda uma visão multidisciplinar do conceito de eutanásia, o livro “*Eutanásia Novas Considerações Penais*”, de Marcello Ovidio (2011, p. 24) diz que:

“no campo da medicina, a eutanásia pode ser definida como o ato de proporcionar morte sem sofrimento a um doente atingido por afecção incurável que produz dores intoleráveis. Já o campo jurídico, seria o direito de matar ou morrer por qualquer razão”.

Desta forma, a eutanásia ocorre quando o médico vale-se tanto de uma conduta comissiva quanto de uma omissiva para alcançar o resultado morte do paciente, empregando os meios necessários para objetivar tal resultado com o consentimento deste. (Sá, 2012, p. 88).

Sobre a eutanásia, esta é considerada como sendo gênero, existem defensores de que existem 3 espécies distintas, quais sejam: a ativa direta, que é aquela em que se provoca a morte através da administração de drogas ou outros meios letais; a ativa indireta, também denominada ortotanásia, na qual são administrados calmantes com o objetivo de aliviar a dor do paciente, mas que possuem como efeito colateral o apressamento da morte deste; e a passiva, que é caracterizada pelo abandono dos meios que visam prolongar a vida.

Houve, em 1996, no Brasil, a propositura de um projeto pelo Senado Federal, de número 125/1996, objetivando a possibilidade de realização de procedimentos de

eutanásia no Brasil, entretanto, este projeto não progrediu (MORAES apud CARVALHO, 2003). Tal projeto estabelecia que para a realização da eutanásia, seria necessário que ocorresse a avaliação do estado de saúde do paciente por 5 médicos, e que estes atestassem a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do doente, ainda neste projeto, havia a previsão de que o paciente quem, primariamente, teria legitimidade para realizar a requisição da eutanásia, e caso este não estivesse em gozo de suas faculdades para manifestar sua decisão, esta caberia a seus parentes próximos.

Atualmente, a eutanásia, na legislação brasileira é considerada uma prática criminosa, entretanto no Código Penal de 1940, atualizado em 1984, a eutanásia é tida como uma das hipóteses privilegiadas de homicídio em razão de sua menor gravidade.

Ainda hoje a eutanásia é vista como um tabu, mesmo após as constatações de que este procedimento é realizado desde os primórdios da humanidade, como uma forma de solidariedade e compaixão aqueles que se encontram em estágio avançado e terminal. Porém, a ideia de interrupção de uma vida humana, gera polemica.

Em relação a morte assistida, ou suicídio assistido, este é semelhante ao instituto da eutanásia, e consiste na promoção de meios para que o paciente já em estado avançado e terminal ponha fim a sua própria vida por conta própria. Assim, as pessoas que o cercam, apenas disponibilizam a este os meios necessários para que o paciente coloque fim a sua vida de maneira digna e indolor. Assim, um dos requisitos para o suicídio assistido é o consentimento do paciente, e que o ato executório para ceifar sua vida tenha partido dele próprio. Já a eutanásia, caso o paciente não esteja em condições de manifestar sua vontade pela realização desta, pode ser realizada a partir da manifestação do consentimento de terceiros, como por exemplo, dos familiares do paciente. (MARTINS, 2010)

Como ponto em comum, tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido, são técnicas voltadas para colocar fim a vida de pacientes que já se encontram em estado terminal, e em decorrência de seus problemas físicos e psíquicos, possuem um quadro de dores graves e incuráveis. Como já dito, estas modalidades são práticas desde a tempos remotos, remetendo assim, ao início da civilização, onde imperavam a compaixão e a solidariedade em relação ao próximo. Assim, estes dois temas são importantíssimos para o direito, por envolverem diretamente o direito à vida e a morte,

considerando que o direito à vida e a sua proteção é o pilar de todos os direitos, e que envolve o direito à vida com dignidade, assim, todos os procedimentos que visam apenas o prolongamento da vida, sem a garantia da qualidade desta e da consequente manutenção da dignidade da pessoa humana, devem ser suspensos. (MARTINS, 2000)

3.3. O Testamento Vital como instrumento garantidor da aplicação do princípio da morte digna

O conceito de morte digna e seus parâmetros varia de acordo com a época vivida. Por exemplo, na Idade Média, uma morte digna era aquela que ocorria no leito familiar, cercado de seus entes queridos, promovendo a distribuição dos bens e a continuidade de seus desejos. Neste contexto, a morte digna era aquela planejada, sendo oposta a essa a inesperada e súbita.

Atualmente, com o avanço da medicina e consequente desenvolvimento de técnicas capazes de prolongar artificialmente a vida humana, o conceito de morte digna sofreu modificações e passou a ser aquela com menor grau de sofrimento, cercada por familiares.

Pode-se afirmar que houve uma mudança em relação ao objeto de preocupação que era a morte em si, e passou a ser o processo de morrer, pois apesar do imenso avanço tecnológico, ou por muitas vezes, por conta deste, ocorre sofrimento. Neste contexto, utilizar técnicas avançadas deixa de ser o melhor para o paciente, já que muitas vezes estas prolongam o sofrimento retirando do indivíduo aquilo que mais lhe é significativo, sua dignidade.

A morte é parte essencial da existência humana, e devido a sua importância não deve ser vista como um tabu, em uma sociedade repleta de indivíduos com desejos singulares, coexistem diversas perspectivas sobre o que caracteriza uma morte como sendo digna. Por exemplo, alguns consideram como digna uma morte rodeado pelos entes queridos, outros gostariam de estar sozinhos neste momento de passagem, existem aqueles que prefeririam que ocorresse enquanto estivessem dormindo etc.

Conforme citado por Pimenta, os princípios dos cuidados paliativos segundo a OMS: a) promover o alívio da dor e outros sintomas incapacitantes; b) afirmar a vida e considerar a morte um processo normal da vida; c) não acelerar nem adiar a morte;

d) integrar os aspectos psicológicos e espirituais no cuidado ao paciente; e) oferecer suporte ao paciente para que possa viver tão ativamente quanto possível até a morte; f) oferecer suporte aos familiares durante toda a trajetória da doença.

Menezes, disserta sobre a boa morte afirmando que esta deve envolver quatro condições, as quais são pilares defendidos pelo Testamento Vital, quais sejam: reduzir o conflito interno com a morte; estar em sintonia com o ego; reparar ou preservar relações significativas; atender os desejos da pessoa. Portanto, para garantir a dignidade da pessoa humana é necessário que o enfermo possua consciência sobre a aproximação da morte, que possua assegurado seus direitos a intimidade de privacidade, e acesso as diretivas antecipadas de vontade.

Os princípios elencados pela Organização Mundial da saúde devem ser aplicados precocemente conjuntamente com outros tratamentos.

Para Esslinger, para o bem morrer são importantes as seguintes condições: conforto respiratório, ausência de dor, a presença de familiares, a realização de desejos, suporte emocional e espiritual.

Em razão do quadro clínico irreversível, muitas vezes os pacientes encontram-se em estados indignificantes de existência, vivendo muitas vezes em estado vegetativo ou em quadros extremos de dor.

O Testamento Vital surge para amparar doentes que se encontram nas situações acima mencionadas, situações as quais em inúmeros casos retiram do indivíduo a capacidade de manifestar livremente sobre seus desejos e vontades. Assim, através deste instrumento, o indivíduo pode, ainda gozando de suas faculdades, dispor acerca dos tratamentos aos quais desejam ser submetidos, optando, por exemplo se desejam ter a vida mantida por aparelhos realizando mecanicamente funções básicas ou não.

O Testamento Vital baseia-se em dois objetivos, sendo o primeiro em garantir que os direitos do paciente terminal sejam atendidos e o segundo, em garantir aos médicos que estes possuam um documento assegurando-lhes garantia em relação aos procedimentos que foram autorizados ou proibidos de realizar.

Assim, verifica-se que o Testamento Vital possui como princípio norteador a beneficência do paciente, que significa respeitar as escolhas deste, uma vez que através da defesa da morte digna, não se defende o direito do indivíduo de extirpar seu direito fundamental precípua, a vida, mas sim de negar-se a ser submetido a

tratamentos médicos que visam apenas o prolongamento de uma vida sem dignidade, prezando apenas pela quantidade e não pela qualidade desta.

Este pensamento está de acordo com a filosofia do hospice, a qual é adotada nos hospitais através do emprego de tratamentos e medidas paliativas, visando o resguardo do direito a uma morte digna. Assim, possui como pilar a aceitação da morte como evento natural e inerente ao ciclo natural da vida humana, evento o qual não deve ter seu acontecimento antecipado, nem prolongado, em situações de morte iminente.

Neste sentido, busca a naturalização da morte que ainda é um tabu na maioria das sociedades, através da suspensão do esforço terapêutico, visando a morte natural, desencadeando assim a ortotanásia, instituto o qual foi explicitado em capítulo prévio.

Este entendimento visa impedir a inversão de valores frequentemente ocorrida em casos de terminalidade da vida, quando o paciente passa a ser coisificado em função de sua doença, conforme condenam Pessini e Bertachini (2006, p. 2):

"Esqueceu-se de que, se as coisas têm preço e podem ser trocadas, alteradas e comercializadas, as pessoas têm dignidade e clamam por respeito."

Assim, nestas condições, a pessoa tem retirado aquilo que lhe é mais sagrado, sua dignidade como pessoa humana. Neste contexto, faz-se imprescindível colacionar trecho sabiamente redigido por Muller (2007, 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 de sua vida, de modo a morrer de uma forma que lhe pareça mais digna, de acordo com suas convicções e crenças pessoais no exercício de sua autonomia, encontra-se plenamente amparado e reconhecido pela nossa Constituição"

Através do testamento vital, o indivíduo não pode optar por não ser submetido a tratamentos paliativos, os quais possuem como objetivo a manutenção da qualidade da vida, o alívio da dor e outros sintomas, a manutenção da consciência e dignidade no final da vida, compondo a arte de morrer, do latim *ars moriendi*.

A vontade externada pelo paciente expressa o seu posicionamento diante do embate "vida versus morte", e destarte, a morte digna desejada pelo enfermo seria apenas deixar a natureza agir de forma independente, naquilo que a medicina não possui meios para remediar ou curar.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade de aplicação do testamento vital como instrumento garantidor do direito a morte digna.

Verificamos que o processo de solidificação deste instituto ocorreu primariamente no cenário internacional, sendo o seu primeiro registro em 1967 na Sociedade Americana de Eutanásia, visando a garantia da aplicação dos princípios da dignidade humana e da autonomia de vontade ao indivíduo nos momentos antecedentes a sua morte.

Este pensamento está de acordo com o pensamento de Immanuel Kant que dissertou neste mesmo sentido quando dispôs que:

“(...) o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.”

Foi constatada a ausência de previsão legal não só do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro, mas também das Diretivas Antecipadas de Vontade. Esta ausência gera insegurança jurídica, uma vez que não há previsão dos requisitos legais para que o Testamento Vital possua eficácia plena e além disso, dificulta o acesso deste a população como um todo, uma vez que significativa parcela desta

desconhece a existência de um documento por meio do qual pode-se dispor sobre quais tratamentos deseja ser submetido quando não estiver em condições físicas e psicológicas de manifestar suas vontades.

Diante do desconhecimento deste documento por parte significativa da população, verifica-se a necessidade da implantação de políticas públicas visando a conscientização sobre a importância e a necessidade referente a realização destas manifestações prévias.

Assim, em um contexto no qual através dos avanços dos ramos da medicina e da tecnologia, as pessoas estão possuindo uma vida mais longa. Entretanto, muitas vezes ocorre apenas o aumento quantitativo dos anos vividos, não ocorrendo o aumento proporcional no que tange a qualidade de vida. Neste contexto, o indivíduo poder optar por não ser submetido a tratamentos que irão prolongar sua vida, sem a consequente garantia da qualidade desta, nada mais é do que o livre exercício do seu direito a dignidade humana.

Visualiza-se a necessidade da ampliação dos debates relacionados a morte, com o objetivo de desmitificar a visão sobre esta e serem verificadas as possibilidades de preservação da dignidade e qualidade no final da vida, pois a ausência deste debate e consequente conscientização relacionadas a este assunto, podem gerar graves consequências, principalmente em situações nas quais decisões sobre a possibilidade de realização de tratamentos necessitam ser efetuadas com extrema urgência.

Portanto, para assegurar maior segurança tanto para os médicos, os quais ficam apreensivos em seguir estes documentos e posteriormente sofrerem acusações de eutanásia e omissão de socorro, quanto para os pacientes, que ali estão exprimindo suas últimas vontades, faz-se necessário a regulamentação legal deste instrumento.

Como restou exposto ao longo desta dissertação, o Testamento Vital mostrou-se um instrumento eficaz para efetivar o direito a morte digna, uma vez que através deste não se legaliza o suicídio e a eutanásia, mas sim a possibilidade de, diante de determinadas situações e enfermidades, o indivíduo possa optar por não ser submetido a tratamentos que violem a sua dignidade enquanto ser humano.

Assim, quando o ordenamento jurídico oferece aos seus cidadãos as ferramentas necessárias para a elaboração de testamentos vitais, está garantindo-

lhes o direito a autonomia de vontade, assegurando-lhes o direito de ser condutor de sua própria existência.

Neste contexto, visualiza-se a superação do “paternalismo médico”, ocorrente em um contexto de imperatividade estatal e indisponibilidade do direito a vida. Assim, em contraponto surge o direito de cada indivíduo influir direta e ativamente sobre seu destino, manifestando de acordo com seus valores éticos, religiosos e morais, como deseja passar os momentos que antecedem a sua morte.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Autonomia de vontade e testamento vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. 2010. 29 f. Artigo Científico – Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2010.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Sérgio Luiz. Diretivas Antecipadas de Vontade e sua Aplicação. Disponível em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/234264883/diretivasantecipadas-de-vontade-e-sua-aplicacao>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BEDIN, Gilmar Antonio. Estado, Direito e Justiça: Em busca de um conceito de Estado de Direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2334>. Acesso em set 2019.

BEZERRA, Carolina. Eutanásia: Tipos de Eutanásia e suicídio assistido. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2006/2147>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31. ed. [S.l.]: Malheiros, 2016.

BORGES, Roxana Cardoso. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em 12 out. 2019.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.931 – Código de Ética Médica. 17 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf> >. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf>. Acesso 19 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

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. Acesso em: 29 set. 2019.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; PIMENTA, Waldemar J. D.. Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias? 2006. 32 f. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231>. Acesso em: 29 set. 2019.

DADALTO, Luciana. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515/516>. Acesso em: 10 out. 2019.

DADALTO, Luciana; GRECO, Dirceu Bartolomeu; TUPINAMBÁS, Unai. Diretivas Antecipadas de Vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, v.21, n. 3, p. 463-476, 2013.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DA SILVA, José Antônio Cordeiro da Silva. *Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital*. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n3/1983-8034-bioet-23-3-0563.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão, 1789. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>> Acesso em: 17 set 2019.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: . Acesso em ago 2019.

DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 252.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 11. ed. : JusPODIVM, 2013. p.320.

FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 331 p.

GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos. A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=72fed322f249b958>>. Acesso em: 17 set. 2019.

GUIMARÃES, Marcelo Ovidio Lopes. Eutanásia novas considerações penais. 2. Ed.– São Paulo: JH Mizuno, 2011.

KUTNER apud RIBEIRO, Diaulas Costa. Suspensão de esforço terapêutico. Cadernos de direito clínico. Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Ano I, número 1, Out. 2005. Brasília. p. 17.

LIMA, George Marmelstein. Direitos Fundamentais: Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo? Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MARANHÃO, Ney. A afirmação histórica dos direitos fundamentais. A questão das dimensões ou gerações de direitos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2225, 4 ago. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13261>. Acesso em: 7 nov. 2019.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Direito à morte digna: Eutanásia e morte assistida. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8765. Acesso em ago 2019.

MATTAR, Joaquim José Marques. A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede23-julho-2010-joaquim-mattar.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

Menezes RA. Em busca da boa morte: antropologia dos cuidados paliativos. Rio de Janeiro: Garamond; 2004.

MORAZ, Daniela. O testamento vital como meio de efetivação do direito à morte com dignidade. 2015. 87 p. Monografia (Curso de Direito)- Universidade de Passo Fundo, Casca, 2015. Disponível em: <http://file:///F:/TCC%202/CAS2015DanielaMoraz.pdf>. Acesso em: 09 out. 2019.

MOTA, Sílvia. Testamento vital. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/testvital-definicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2019.

MULLER, Letícia Ludwg. Direito à morte com dignidade e autonomia. Curitiba: Juruá, 2007.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2ª.ed. São Paulo: Método, 2008

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública. Rio de Janeiro: Cad. Saúde Pública, pg. 855 a 865, 2004.

SILVA, Divina Gleyce. A possibilidade do testamento vital à luz da escada ponteana. 2017. 76 f. Trabalho de conclusão de curso superior, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

SILVA, José A.; SOUSA, Luis E. A.; et al. Conhecimento de estudantes de medicina sobre o testamento vital. *Revista bioética*. Belém, v. 3, n. 23, p. 563-571, 2015.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Eutanásia. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1863>>. Acesso em: 26 out. 2019.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.