

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Luíza Wohlmeister Azeredo

DIREITO A UMA MORTE DIGNA: TESTAMENTO VITAL
À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

Carazinho

2019

Luíza Wohlmeister Azeredo

DIREITO A UMA MORTE DIGNA: TESTAMENTO VITAL
À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

Monografia apresentada ao curso de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais sob a orientação de Prof^a. Me. Renata Holzbach Tagliari.

Carazinho

2019

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por me apoiarem desde as pequenas conquistas, como os espetáculos de dança e as apresentações da escola, até as aprovações que esse começo de vida adulta me proporcionou. Por me apoiarem quando decidi estudar para a OAB e para concursos. Obrigada, vocês sempre foram a minha melhor torcida. Ainda, agradeço o imenso esforço que fizeram para que eu pudesse ter a experiência acadêmica que tive.

Ao Mateus, meu amor, por me ajudar a superar os momentos de crise e por me apoiar nas decisões que tomei nesses anos de faculdade. Por ser o meu melhor parceiro de estudos, de viagens, conversas e por sempre embarcar nas minhas ideias e aventuras, nem sempre, tão racionais. Obrigada por ser o meu refúgio.

À Isabella, minha irmã, por me motivar, sempre, a ser uma pessoa melhor. Você é uma mulher incrível. À Bibiana e à Manoela, minhas irmãs de coração, por sempre estarem ao meu lado nos momentos difíceis dessa jornada e por serem compressivas pelas minhas ausências nesse período de estudos. Obrigada pela nossa amizade, por tantos anos de risadas, parceria, conversas bobas e conversas profundas e, sobretudo, muito apoio. Amo vocês.

À professora Renata Holzbach Tagliari pelo cuidadoso acompanhamento na produção do presente trabalho. À professora Vanderlise Wentz Baú, pelo apoio ao longo desses cinco anos de faculdade, pelo carinho com que sempre me tratou.

À Laila, que foi minha companhia favorita para estudar e que estava comigo quando eu escolhi o tema desse trabalho, por ser um ponto de luz na vida cinzenta que muitas vezes levamos. À Maia, minha companheira de estudos, por alegrar minha rotina.

RESUMO

Trata-se de análise que busca verificar a possibilidade jurídica do testamento vital no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se o vácuo legislativo, bem como as poucas manifestações judiciais sobre o tema. Ademais, faz-se imprescindível a análise do intrínseco conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, destacando a vertente da autonomia privada e do direito a uma morte digna. Inicialmente, a análise perpassa pela conceituação e delimitação do instituto, bem como, pela necessária diferenciação entre eutanásia, ortotanásia e o cotejo das mesmas com o instituto do testamento vital. Ainda, faz-se mister um cuidadoso exame das resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema, além da análise dos três julgados existentes no país acerca da ortotanásia e do testamento vital. Por fim, dada a colisão entre os princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, será realizado sopesamento entre o direito à vida, verificando sua disponibilidade ou indisponibilidade, e o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de verificar, no caso do testamento vital, qual dos dois deverá ser prevalente na situação posta.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Vida. Ortotanásia. Testamento Vital.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 PRINCÍPIOS BASILARES PARA A ANÁLISE DO TESTAMENTO VITAL	7
2.1 DIREITO À VIDA E A DISCUSSÃO ACERCA DE SUA INDISPONIBILIDADE.....	7
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO A UMA MORTE DIGNA	13
2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	19
3 NATUREZA JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL E SEUS LIMITES OBJETIVOS	23
3.1 NATUREZA JURÍDICA, VALIDADE E EFICÁCIA DO TESTAMENTO VITAL.....	23
3.2 EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, DISTANÁSIA E O TESTAMENTO VITAL.....	30
3.3 TRATAMENTOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS	34
4 PANORAMA DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO VÁCUO LEGISLATIVO	40
4.1 REFLEXOS DEONTOLÓGICOS NA ESFERA JURÍDICA: RESOLUÇÕES Nº1.805/06, 1.995/12 E 2.217/2018 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.....	40
4.2 ANÁLISE DE JULGADOS: AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E CASO O CASO JULGADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	46
4.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A VIABILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA PELA TEORIA DE ROBERT ALEXY	57
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	66
ANEXO A - MODELO DE TESTAMENTO VITAL	70

1 INTRODUÇÃO

O direito, como ciência social, é diretamente permeado e voltado à resolução das demandas vertentes da sociedade. Nessa senda, é relevante destacar que o direito deve ser considerado em compasso com o momento histórico vivido pela sociedade, bem como, com relação aos anseios do âmago social.

Nesse sentido, o impacto das novas tecnologias tem sido sentido nas demais áreas dos saberes, implicado alterações operacionais e tecnológicas em diversas ciências. A medicina não fugiu a essa regra, de modo que os avanços tecnológicos proporcionaram a evolução nos tratamentos, diagnósticos e, inclusive, a cura de doenças. Contudo, a existência de inúmeros recursos para o tratamento dos pacientes também implicou um ônus. O emprego de tais tecnologias para o prolongamento da vida dos pacientes em situações de terminalidade, situações de fim de vida. Esse prolongamento demasiado passou a ser questionado pela sociedade, pois, em que medida é digno, ou não, manter uma vida somente pelo uso de aparelhos.

É precisamente dessa situação que exsurge a discussão acerca do direito a uma morte digna. O direito, como ciência social veio a ser permeado por tal celeuma, de modo que instrumentos como o testamento vital foram trazidos à luz para tal discussão. Contudo, inevitavelmente, tal discussão implica o conflito entre o direito fundamental à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no direito a uma morte digna.

Especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, não há legislação específica sobre o testamento vital, tampouco outras diretivas antecipadas de vontade, o que torna a situação ainda mais nebulosa e suscetível a desdobramentos indesejáveis devido à falta de segurança jurídica, inevitavelmente trazida em razão da ausência de pronunciamento do poder legislativo sobre o tema.

Apesar do vácuo legislativo, as situações de terminalidade continuam existindo no mundo dos fatos, tanto que o Conselho Federal de Medicina possui duas resoluções sobre o tema, uma sobre ortotanásia e a outra sobre as diretivas antecipadas de vontade. Tais situações, apesar da inércia legislativa, precisam receber a tutela adequada, dado, ainda, o complexo conflito entre direitos fundamentais envolvido.

É nessa perspectiva que o judiciário foi provocado a analisar as resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais foram alvo de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público Federal. Há também um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

acerca da ortotanásia, envolto em grandes controvérsias. Tais decisões serão analisadas em detalhes no decorrer do último capítulo do presente.

Contudo, destaca-se que não há um posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, bem como, que a doutrina se divide no que tange à disponibilidade, ou não, do direito à vida, bem como, à existência de um eventual direito a uma morte digna. Assim, faz-se necessária a análise feita no presente trabalho, considerando o sopesamento entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, como direito a uma morte digna, a fim de se perquirir qual dos dois será prevalente e, por conseguinte, a possibilidade jurídica ou não do testamento vital no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

2 PRINCÍPIOS BASILARES PARA A ANÁLISE DO TESTAMENTO VITAL

Objetivar-se-á, neste capítulo, elucidar a intrínseca relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia da vontade, sendo esse verdadeiro desdobramento daquele. Ademais, verificar-se-á em que medida os citados princípios se relacionam com o direito à vida, bem como, quando poderá haver eventual conflito entre tais princípios e o direito fundamental à vida. Nessa senda, faz-se mister investigar as origens de tais garantias e os mecanismos de correlação entre elas, a fim de estipular os limites e conferir o correto alcance de suas significações.

2.1 Direito à vida e a discussão acerca de sua indisponibilidade

O direito à vida, que corresponde à esfera primária e mais básica dos direitos conferidos aos homens, é, sem dúvida, direito primordial e inerente à natureza humana, intrínseco ao próprio existir. Assim, a digressão acerca do direito à vida, perpassa, necessariamente, pela análise histórica e conceitual do que se compreende por direitos humanos, de modo a atingir um núcleo semântico sobre o qual se desenvolverá a discussão sobre a indisponibilidade do direito à vida.

Desse modo, pode-se dizer que o conceito de direitos humanos é orientado por três diferentes expressões, as quais se manifestam sob acepções distintas. Para Malheiro (2016, p. 2), a primeira dessas expressões se refere aos direitos do homem, os quais possuem forte ligação com o direito natural, como o direito à vida e à liberdade. Nesse sentido, Castilho (2015, p. 234) destaca que tais direitos pertencem à categoria de direitos naturais, constituindo fundamento para futuras positivações em tratados, leis ou em constituições, seria, de fato, uma moral jurídica universal de caráter transcendente.

Destaca-se, nesse sentido, que o fundamento último do que se conhece como direitos do homem seria um cunho axiológico conferido a esse complexo de direitos. Assim, verifica-se que tal classificação se assemelha aos postulados da corrente de pensamento jusnaturalista. Para Castilho (2015, p. 236), tal escola realizava distinção entre o direito natural e o direito positivado, pelo que o primeiro se referia a um conjunto de regras universais, provenientes da natureza e relativas a valores e princípios racionais, portanto, incontestáveis e acima de qualquer indagação, se relacionando intimamente com a noção de justiça. Já o direito positivo seria o conjunto das normas jurídicas postas pelo homem, de forma concreta, tendo como

parâmetro de sua elaboração o direito natural, de forma que o direito positivo nada mais passaria de uma revelação do direito natural.

Contudo, essa maneira de compreensão do direito foi fortemente criticada quando a cientifização e elaboração de métodos racionais bateram à porta, inclusive, das ciências de cunho humano. No âmbito jurídico, a concepção oposta ao jusnaturalismo foi o positivismo, movimento conduzido pelo austríaco Hans Kelsen. Consoante muito bem explica Castilho (2015, p. 240), o positivismo jurídico objetiva fundamentar a validade de todo o ordenamento jurídico não em valores axiológicos, mas sim através de uma norma fundamental, uma espécie de ficção jurídica, tida como fundamento último de validade do direito.

Porém, esse distanciamento intencional entre o direito e as diretrizes axiológicas, no intuito de purificar o direito como ciência, resultou, no plano fático, em uma dissociação extremamente prejudicial. Como exemplo, pode-se destacar os regimes totalitários da Europa continental na primeira metade do século XX, como o nazismo e o fascismo. Tais regimes, apesar de terem se desenvolvido sob os ditames legais vigentes, trouxeram consigo valores bárbaros e cruéis, que vieram a ceifar milhões de vidas. Assim, verifica-se a impraticabilidade de uma dissociação total entre o direito positivo e os valores axiológicos, pois uma ordem jurídica dissociada de valores pode vir a legitimar atrocidades que, do ponto de vista estritamente legal, poderiam ser vistas como permitidas. É nesse contexto que se dá a ascensão do pós-positivismo, justamente questionando os efeitos causados por essa rígida separação entre direito e moral que culminou na possibilidade de produção e aplicação de normas jurídicas sem referencial axiológico algum. Portanto, pode-se dizer que o pós-positivismo opera uma reaproximação entre direito, ética e moral, no sentido de superar a nociva pureza do positivismo jurídico (CASTILHO, 2015, p. 241-242),

Toda essa análise pode vir a ser compreendida em uma perspectiva dialética, partindo do pressuposto de considerarmos o jusnaturalismo como tese, o positivismo como antítese e, por fim, o pós-positivismo como a síntese. Assim, essa digressão busca elucidar a importância do reconhecimento e da manutenção do viés axiológico na produção das normas, bem como, da necessária reaproximação entre direito, ética e moral. Desse modo, há de se considerar, sim, o viés axiológico do que se convencionou denominar direitos do homem, de modo que tais vetores valorativos devem, necessariamente, ser considerados na análise do que se consideram direitos humanos e direitos fundamentais.

Assim, retomando o esforço no sentido do que se entende por direitos humanos, entra-se na análise da segunda acepção, qual seja, os direitos humanos (*stricto sensu*). Para Malheiro (2016, p. 2), tal categoria representa aqueles direitos conexos ao direito natural, porém

positivados em tratados internacionais, que, portanto, transcendem os âmbitos normativos internos. Ainda, para Castilho (2015, p. 12-16), tal expressão é produto de uma luta histórica por reconhecimento e proteção, bem como, traz a semântica de Kant, ao considerar cada ser humano como um fim em si mesmo, portanto, o valor humano é medido pela dignidade e não por qualquer preço monetário, donde despontam características dos direitos humanos, tais como a inalienabilidade e a imprescritibilidade. Interessante observar, nesse caso, como destacado acima, a relação de permanência dos postulados axiológicos nessa categoria que representa a positivação de direitos, considerando a reciprocidade e a dialeticidade entre tais acepções.

Por fim, a terceira acepção se refere aos direitos fundamentais que, segundo Malheiro (2016, p. 2), são aqueles previstos em tratados internacionais, mas incorporados ao ordenamento jurídico de cada Estado. Além disso, Castilho (2015, p. 204), destaca que o termo fundamental se deve justamente ao fato de cada Estado eleger os direitos que serão basilares à constituição de seus ordenamentos jurídicos, portanto, fundamentadores de seus sistemas jurídicos internos. Particularmente no Brasil, que possui uma Constituição classificada como rígida, destaca-se que os direitos fundamentais ostentam a condição de cláusulas pétreas, portanto, não podendo ser objeto de alteração pelo poder constituinte derivado de reforma, a fim de restringir ou abolir tais garantias.

Interessante retomar a ideia de que, apesar dos graus de positivação, em âmbito supranacional ou em âmbito interno, a carga dos direitos humanos e dos direitos fundamentais remonta ao cerne do direito natural, cujas concepções axiológicas transbordam e alcançam os direitos em uma forma geral. Ainda, no que tange aos direitos fundamentais, faz-se pertinente observar que o ordenamento jurídico brasileiro positivou, ao caput do art. 5º da Constituição Federal, o direito fundamental à vida¹, erigido ao status de cláusula pétrea por força do art. 60, §4º² do mesmo diploma legal. O status de cláusula pétrea representa e reforça a intangibilidade de tais prerrogativas, de modo que esse não poderá ser abolido por ação do poder constituinte derivado, quando de eventual emenda à Constituição.

Nesse ínterim, no que tange aos direitos fundamentais, há classificação relevante, que se refere à evolução de tais direitos, representada pelo que se convencionou denominar gerações ou dimensões, mantendo a mesma lógica de diálogo entre cada dimensão, de modo que o

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

conteúdo de uma acrescenta e não substitui a outra. Para Lenza (2018, p. 1173), os direitos de primeira dimensão se referem às liberdades individuais, representando uma necessária abstenção estatal, no sentido de balizar a atuação estatal e respeitar a esfera de liberdades privadas do indivíduo. Faz-se imperioso notar o momento histórico no qual se insere tal dimensão, considerando a transição entre um Estado autoritário e o Estado de Direito, donde urgia o respeito às liberdades individuais. Alguns documentos históricos são marcos dessa dimensão, tais como a Magna Carta (1215), assinada pelo rei João sem Terra, na Inglaterra, consagrando a liberdade e a propriedade privada; a Paz de Westfália (1648), tratado internacional celebrado ao fim da Guerra dos Trinta anos; *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688), ambos provenientes da Inglaterra e, por fim, as declarações oriundas das Revoluções Francesa (1789) e Americana (1776).

Verifica-se, assim, que os movimentos sociais em busca de uma abstenção estatal, a fim de concretizar a esfera de liberdades básicas do indivíduo, perpassaram pelos séculos XVII, XVIII e XIX, e culminaram nos direitos de primeira dimensão, quais sejam os direitos civis e políticos, atrelados à liberdade do indivíduo e a um não fazer estatal, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política, dentre outros.

Já os direitos de segunda dimensão, ligados à igualdade, possuem viés social, econômico e cultural, e representam a necessidade da intervenção estatal, ao contrário da primeira dimensão. A origem histórica dos mesmos remonta à Revolução Industrial Europeia, a partir do século XIX e se estende ao século XX, marcado pela Primeira Guerra Mundial. São direitos coletivos e sociais, tais como saúde, alimentação, educação, ou seja, que impõem ao Estado um ônus de atuação (LENZA, 2018, p. 1175).

Nesse sentido, passou a ser pauta social inadiável a intervenção do Estado a fim de corrigir, ou ao menos tentar amenizar, as desigualdades presentes entre as estruturas sociais. Além disso, o contexto do período entreguerras, fortemente permeado pela crise dos anos 1930, que assolou a economia de forma geral, são fatores que aprofundaram ainda mais as diferenças sociais, criando esse anseio por não mais uma postura negativa do Estado, mas sim uma faceta intervencionista, no sentido de garantir um núcleo de direitos mínimos a todos os cidadãos, indiscriminadamente.

Por conseguinte, tem-se os direitos de terceira dimensão, ligados ao valor da fraternidade, refletem as mudanças sociais, considerando a sociedade de massa e o crescente desenvolvimento tecnológico e científico. Nessa dimensão, os direitos transcendem os interesses individuais, considerando que o indivíduo está inserido em uma coletividade,

refletindo em tutelas universais, tais como a do meio ambiente e a do consumidor (LENZA, 2018, p. 1176).

Outrossim, a quarta dimensão se relaciona com o “direito dos povos”, que representa o cuidado com a preservação do próprio existir humano, tutelando situações que põem em risco a vida humana, como é o caso dos avanços em engenharia genética. Ainda, nessa dimensão se encontram o direito à biossegurança, a proteção contra a globalização desenfreada, o direito à democracia e a inclusão digital. Por fim, a quinta dimensão se refere ao direito à paz, como um reflexo direto dos conflitos que assolam o mundo no século XXI, tendo em conta, principalmente, as ameaças terroristas no cenário internacional (MALHEIRO, 2016, p. 39).

Diante do exposto, no que tange especificamente ao direito à vida, pode-se verificar que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de direito fundamental, positivado na Carta Magna, bem como, que é compreendido dentro da primeira dimensão de direitos fundamentais, orientada pela abstenção estatal e pela proteção da esfera de liberdades individuais, pelo que, desse modo, adentra-se à análise, de per si, do direito à vida.

Para Lenza (2018, p. 1187), o direito à vida possui uma dupla acepção, abrangendo, primeiro, o direito de não ser morto, portanto, de continuar vivo, e segundo, por outro lado, o direito a ter uma vida digna. Em decorrência do primeiro aspecto é que se pode verificar na Carta Magna a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, ao art. 5º, inciso XLVII da CFRB/1988³. No que tange ao segundo aspecto, qual seja o direito a uma vida digna, perpassa-se pela necessidade de prover garantias vitais básicas ao desenvolvimento do ser humano, refletindo na proibição de tratamentos indignos, por exemplo.

É justamente nessa segunda acepção do direito à vida, considerando a ideia de uma vida digna, que se desenvolve a discussão sobre possibilidade de dissociação desses elementos, ou seja, da manutenção de uma vida já desprovida dos elementos que garantiam uma existência digna. É nesse sentido que surge a discussão acerca do direito de morrer com dignidade, culminando no questionamento em relação à disponibilidade da vida, bem como, quanto à possibilidade de o direito à morte poder vir a consagrar a dignidade do indivíduo

A discussão acerca do direito à vida abre caminho para o que a doutrina denomina “desacordo moral razoável”, decorrendo da inexistência de consenso com relação a temas polêmicos, culminando em entendimentos antagônicos, de modo que ao assumir uma posição,

³ XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

automaticamente se nega a outra. Tal contradição é uma marca das sociedades modernas, onde a democracia se desenvolve em uma pluralidade de visões de mundo (LENZA, 2018, p. 191).

Acerca de tal celeuma, Lenza (2018, p. 1190 - 1191) leciona que o direito à vida não é absoluto, tendo em conta que o próprio texto constitucional excepciona tal direito em caso de guerra. Ainda, menciona precedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais houve a disposição do bem jurídico ora em análise, como no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴, em que foi reconhecida, por unanimidade, a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, considerando a impossibilidade de vida extrauterina em tal situação. Nesse sentido também foi o entendimento da Corte quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁵, quando decidiu que a utilização de células tronco embrionárias para pesquisas não violaria o direito à vida, uma vez que o embrião não possuiria qualquer diferenciação de células cerebrais, portanto, sem cérebro, não haveria vida.

Apesar de não haver nenhum precedente do Supremo Tribunal Federal acerca da disposição do direito à vida, no que tange especificamente à eutanásia e à ortotanásia, fica claro que, com base nos julgados citados, a Corte vem admitindo certa flexibilização do direito à vida, pelo que poderia se inferir por sua disponibilidade. No entanto, interessante notar que a votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁶ foi acirrada, sendo que por 6 votos a 5 votos, prevaleceu o entendimento acerca da possibilidade das pesquisas com células embrionárias, demonstrando a necessidade de continuidade e amadurecimento de tal discussão envolvendo o direito à vida.

No entanto, para Moraes (2013, p. 95), o direito à vida possui conteúdo de proteção positiva pelo Estado, de modo que o direito à vida não inclui o direito à própria morte. Desse modo, destaca que, apesar do Estado não poder evitar, em situações fáticas, que ocorra o suicídio ou até mesmo a eutanásia, em razão da impossibilidade da onipresença estatal, isso não significa que o direito à vida é disponível, tampouco que haja um direito subjetivo do indivíduo à sua morte. Ainda, deixa claro que o direito à vida não engloba direito à própria morte, entendendo como incabível a ação do poder público para garantir a morte por meio de legislação que venha a permitir a eutanásia ou suicídios. Por fim, referido autor se posiciona contra a eutanásia e a ortotanásia, do mesmo modo, não vislumbra eventual amparo do Estado ao direito a uma morte digna.

⁴ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3510

⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510

Nesse ponto da discussão faz-se interessante retomar a ideia de desacordo moral razoável, uma vez que a discussão travada acerca da disponibilidade do direito à vida traz posições antagônicas, no entanto, com argumentos igualmente contundentes. Assuntos como esse, que adentram em aspectos intrínsecos à esfera do que se considera digno e que tangenciam a perspectiva da existência humana, por certo, são essencialmente polêmicos.

Assim, à medida em que se discute se a vida é um bem jurídico disponível ou indisponível, tal discussão projeta-se no âmbito da própria dignidade da pessoa humana. O paradigma que sustenta o confronto entre o direito à vida e à dignidade da pessoa humana é justamente se a manutenção de uma vida, que perdeu patamares mínimos para a qualificação da dignidade, justifica-se por eventual impossibilidade de se dispor sobre o direito a vida. Desse modo, faz-se imprescindível adentrar na análise acerca do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a uma morte digna

No presente tópico, objetiva-se analisar se há como obter um conteúdo mínimo comum, acerca do significado do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que se projete tal mínimo comum na perspectiva da eventual existência de um direito a uma morte digna. Ademais, faz-se impossível analisar o conteúdo do que se entende por dignidade da pessoa humana dissociado do contexto histórico que culminou na consagração de tal princípio.

Inicialmente, Castilho (2018, p. 249), introduz a noção de que a dignidade da pessoa humana, como núcleo imanente aos seres humanos, pode ser atribuída ao Cristianismo, justamente pela afirmação, sustentada por tal religião, de que o homem foi “criado” à imagem e semelhança de Deus. Assim, o homem era considerado uma extensão da entidade máxima sagrada da religião católica, de modo que compartilhava um atributo específico e sagrado com seu “criador”, fato que era comum a todos os cristãos. Deve-se, contudo, atentar ao fato de que a dignidade, sob esse viés divino, considerando o período histórico em que se insere, não era compartilhada por todos os homens, mas somente os cristãos a possuíam.

Verifica-se que, posteriormente, veio a ocorrer a laicização do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que todo indivíduo passa a ser detentor de dignidade, independentemente de sua religião. Para Castilho (2018, p. 250), tal processo, que culminou no afastamento do cunho sacralizado da dignidade, ocorreu entre os séculos XVII e XVIII, tendo, também, como contribuição, a ideia de que a dignidade não é algo ínsito ao ser humano, mas sim, um valor conferido e reconhecido pela sociedade ao indivíduo.

Faz-se mister mencionar a contribuição definitiva de Immanuel Kant para a construção do que hoje se conhece por dignidade da pessoa humana. Desse modo, Castilho (2018, p. 251), muito bem sintetiza que, para Kant, a autonomia ética do ser humano é o fundamento primordial de sua dignidade, uma vez que, por ser racional, o ser humano é capaz de conceber para si suas próprias leis. Desse modo, a razão proporciona a autonomia, que vem a culminar no cerne da própria dignidade do ser humano. Em outras palavras, pode-se dizer que, ao considerar a racionalidade atributo único dos seres humanos, apenas em nossa espécie encontrado, a própria racionalidade é o fundamento da dignidade humana. Além disso, faz-se importante retomar a máxima de Kant acerca da dignidade, qual seja a de que todo homem é um fim em si mesmo, vedando a utilização do ser humano como meio para atingir um determinado fim.

Diante do processo histórico de construção do princípio da dignidade humana, verifica-se que esse é um contra-ataque a grandes violações realizadas contra os seres humanos. Como exemplo sombrio da história, pode-se citar as atrocidades cometidas pelo regime nazista durante o período da Segunda Guerra Mundial. Sob a alegação de uma suposta supremacia eugênica, seres humanos foram submetidos a torturas, a trabalhos forçados e foram mortos em massa, simplesmente por pertencerem a determinada religião, possuírem determinada cor ou biotipo, ou ainda, por pertencerem a segmentos sociais marginalizados. O genocídio causado pelo regime nazista é um claro exemplo em que o ser humano foi considerado um meio para alcançar um ideal ridículo de eugenia, foi “coisificado”, de modo que a dignidade era atributo de apenas alguns segmentos sociais, outros, no entanto, não eram dignos para tal regime totalitário.

Violações desse viés tornaram premente a necessidade de assegurar um tratamento digno a todas as pessoas, indistintamente. Desse modo, pode-se verificar que várias constituições, mundo a fora, passaram a albergar o princípio da dignidade da pessoa humana como garantia fundamental de seus ordenamentos jurídicos. No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido a fundamento do Estado Democrático de Direito, positivado ao art. 1º, inciso III da Carta Magna.⁷

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que também é fundamento da República Federativa Brasileira, não encerra sua significância com a referida positivação. Mas, pelo contrário, deve ser realizado imenso esforço para que todo o ordenamento jurídico seja compatibilizado com essa perspectiva axiológica, além de ser um dever social que a aplicação

⁷ 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;

da dignidade da pessoa humana também se dê entre os particulares, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Malheiro (2016, p. 30) destaca que a aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana é um dever social, além de que tal princípio representa o núcleo axiológico do direito constitucional contemporâneo brasileiro. Ademais, salienta que a dignidade constitui núcleo essencial de irradiação dos direitos humanos, uma vez que sua função é propagar os interesses fundamentais dos indivíduos, bem como, que é um núcleo exegético do ordenamento jurídico brasileiro, pois a interpretação de todas as regras deve ter como ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aclareado o fundamento constitucional de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, há grande discussão acerca do efetivo conteúdo, do núcleo semântico do mesmo. Nesse sentido, Castilho (2018, p. 254) destaca que há uma fluidez no conceito do termo, e que, justamente por isso, há muitas críticas acerca da discricionariedade que possa vir a culminar em eventual voluntarismo. No entanto, o autor discorda de tal posicionamento, ressaltando que apesar de aplicação do princípio dever ser construída caso a caso, há sim, um núcleo mínimo de sentido para a dignidade da pessoa humana.

Interessante notar que esse aspecto fluído e aberto da dignidade da pessoa humana, vem ao encontro da própria tendência de organização da sociedade moderna, uma vez que há uma pluralidade de projetos de vida que, sem dúvida, geram situações plurais, as quais não poderão ser tuteladas por conceitos fixos e definitivos. Por essa perspectiva, o conteúdo, de certa forma, adaptável, da dignidade da pessoa humana, vem justamente para tutelar da forma mais ampla possível os fatos do mundo dos fatos.

Outrossim, verifica-se a dificuldade em conceituar o que se entende por dignidade, de modo que, a doutrina emprega esforços para, ao menos, definir um núcleo mínimo, a fim de que exasperadas relativizações não venham a esvaziar o sentido do instituto. Nessa senda, Sarlet conceitua a dignidade como sendo

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais humanos (2006, p. 60).

Assim, fica claro que a dignidade da pessoa humana é reconhecida a todos, não comportando que grupos ou segmentos sociais sejam excluídos, promovendo um conteúdo negativo, que protege o ser humano de qualquer ato degradante ou desumano, bem como, um conteúdo positivo, de modo que devem ser garantidos ao indivíduo, pelo Estado, as condições mínimas para que sua vida se desenvolva de forma saudável.

Nesse sentido, na busca por encontrar um núcleo semântico mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana, sobressai-se a característica da inerência de tal atributo a todos os seres humanos, de modo que, a mesma é inalienável e irrenunciável. Hodiernamente, a herança Kantiana de fundamentar a dignidade no predicado humano da racionalidade culmina na imprescindível análise acerca da autonomia, do poder humano de fazer escolhas. Por conseguinte, exsurge como relevante conteúdo da dignidade da pessoa humana, justamente a proteção à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ou seja, a proteção de sua autonomia racional (CASTILHO, p. 256).

Nesse ponto, faz-se mister introduzir em que medida os doentes terminais são albergados pela noção do princípio da dignidade da pessoa humana. Em que pese a dignidade despontar como de titularidade universal e com a característica de que não pode ser suprimida, não há como olvidar que Kant fundamenta a dignidade no atributo racional da autodeterminação dos humanos. É nesse ponto de aparente contradição que se discute a dignidade daqueles desprovidos de autodeterminação, como é o caso dos doentes terminais.

Castilho (2016, 257), critica essa atribuição de um fundamento quase que biológico à dignidade da pessoa humana, destacando que, o fato da dignidade decorrer da condição humana, que Kant atribui à racionalidade e à autodeterminação, não implica que a dignidade seja um fruto exclusivo dela, tampouco há que se falar em um viés físico de atribuição. Para o autor, hodiernamente, a dignidade possui um forte viés de reconhecimento, como um valor social, representando o aspecto coletivo da mesma.

Nesse sentido, Sarlet (2006, p. 49), destaca que há uma dimensão dúplice na dignidade, uma que se vincula à autodeterminação e diz respeito à tomada de decisões essenciais da própria existência, e outra dimensão que se traduz na necessidade de proteção por parte Estado e da sociedade, principalmente quando ausente a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Ainda, o autor destaca, o caráter universal da dignidade, sendo comum a todos os seres humanos, seja a aqueles que comentem ilícitos, seja a aqueles que se verificam em situação de incapacidade. Esses últimos indivíduos, embora já tenham perdido sua capacidade de autodeterminação, mesmo assim, devem ser tratados de uma forma digna.

Ao analisar tal duplicidade, Castilho (2018, p. 257), explica que Sarlet identifica um elemento fixo e imutável da dignidade da pessoa humana e um segundo elemento mutável, de modo que aquele se refere à titularidade universal da dignidade e da impossibilidade de sua supressão, e este se refere ao dever estatal de preservar e promover a dignidade existente nas pessoas. O autor justamente defende que, quando o primeiro elemento faltar, qual seja a autodeterminação, o segundo permanece, de modo que o indivíduo em caso de doença terminal, suprimido de sua capacidade, continua sendo digno e merecedor da promoção de sua dignidade. O autor ressalta que, hodiernamente, a dignidade não pode ser fruto exclusivo da característica humana da autodeterminação, o que viria a dar um viés biológico ao conceito, mas sim, deve ser considerado em um sentido mais amplo, na dimensão coletiva de tal direito, proveniente do reconhecimento social.

Além disso, como bem leciona Dworkin (2009, p. 339), a pessoa que se encontra, em razão de causa superveniente, em estado de demência, mesmo assim, conserva seus interesses críticos. Ademais, é justamente por continuar sendo uma pessoa e o mantendo o valor geral que sua vida possui, que tais fatores pesam decisivamente em favor do seu direito à dignidade, ainda que em situações de demência.

Assim, cabe notar que nesses casos, o indivíduo ficaria, sob o prisma biológico, desprovido de consciência. No entanto, deve-se questionar essa aceção de que a dignidade possua ligação estrita e definitiva com a consciência de autodeterminação, numa aceção de verificação física e biológica, o que poderia gerar uma aplicação subversiva do princípio. A autonomia é o traço em comum entre os humanos, o que, segundo Kant, é a base do que dignifica nossa existência. No entanto, a perda da autonomia não implica na perda da condição humana, pelo que o indivíduo continua a resguardar as prerrogativas de um tratamento digno, continua sendo um fim em si mesmo.

Nessa senda, considerando o que propõem os autores acima citados, são dignos os doentes terminais, pois é impensável excluir um grupo de tal garantia, além disso, apesar de não possuírem autodeterminação continuam a existir como seres humanos, sendo fins em si mesmos e devem ter sua dignidade reconhecida. Portanto, verifica-se que encontra albergue na doutrina a titularidade de dignidade por parte do doente terminal. Nesse sentido, questiona-se a possibilidade que os indivíduos detenham, também, o direito a uma morte digna, perquirindo se, quando ausente os atributos que dignificam o seu existir, exsurge o direito de dignificar a morte do indivíduo, desse modo, o direito à morte digna propriamente dito.

Kóvacs (2009, p. 3) destaca que cada época possui um contexto particular no sentido de indicar uma morte que pareça ser mais adequada, por exemplo, na Idade Média, em razão das

guerras e de doenças que rapidamente se espalhavam, a morte era avistada, era um horizonte familiar para o qual as pessoas se preparavam, de modo que se esperava morrer rodeado de familiares, tendo sido a distribuição dos bens já realizada. Hodiernamente, no entanto, a maior parte das doenças tem um desenvolvimento e tratamento, igualmente, lentos, quando não dolorosos ou associados ao sofrimento, como por exemplo os pacientes oncológicos, para os quais, muitas vezes o tratamento traz mais sofrimento que a própria doença, desse modo, o que se deseja, em regra, é uma morte rápida, sem sofrimento. Ademais, além dessa perspectiva histórica em que os indivíduos se encontram imersos, há de se considerar os desejos individuais, cada pessoa considera determinados pontos como essenciais à manutenção de sua qualidade de vida.

É sob essa perspectiva que Moller (2007, p. 144 apud DADALTO, 2015, p. 48), afirma que, o direito que um doente em estágio terminal tem para recusar ou interromper determinados tratamentos médicos, de modo a morrer de uma forma que considere mais digna, de acordo com seus conceitos subjetivos e particulares do que isso venha a significar, consoante as suas crenças e convicções, encontra-se plenamente amparado pela nossa Constituição. Assim, exsuriria o direito a uma morte digna, amparado no arcabouço normativo pátrio, no sentido de garantir a dignidade do paciente através do exercício de sua autonomia para melhor determinar o fim de sua própria vida.

Esse é o campo semântico que a doutrina atribui ao direito a uma morte digna. Nesse mesmo sentido complementa Dadalto (2015, p. 48), que vê a necessidade de que o Estado Democrático de Direito assegure o direito à vida digna, de modo que, o paciente em situação de fim de vida, possa vir a recusar a submissão a tratamentos que firam sua dignidade, considerando é claro, as particularidades de cada indivíduo, sustentadas através de sua autonomia.

Também nesse sentido Aith (2007, p. 183), postula que o paciente terminal possui, sim, o direito de perquirir uma morte digna, recusando-se a seguir tratamentos e procedimentos que não virão a salvar sua vida, mas tão somente prolongarão seu sofrimento. Ressalta ainda, que tal escolha é de cunho subjetivo, cabendo ao médico o papel de preservar os interesses expressados pelo paciente e de assegurar conforto físico, psíquico e social, aliviando os sintomas que causam o sofrimento, de modo a garantir, de fato, que a morte se dê de forma digna.

Sob esse viés, é justamente o direito a uma vida digna que irá garantir uma morte digna. Tais acepções, de início, parecem antagônicas, mas se compatibilizam na medida em que consagram a dignidade do indivíduo, seja em vida, seja em morte. O núcleo semântico da

expressão direito à morte reside justamente na possibilidade que o indivíduo tem de refutar determinados tratamentos, que possam reduzir sua vida à indignidade, ainda que essa recusa possa o levar a morte. No entanto, ressalta-se, tal morte será experienciada da forma como aquele indivíduo concebe uma morte digna, a partir de suas pré-compreensões e crenças.

Assim, evidenciado que o indivíduo em estágio de doença terminal é titular de dignidade, bem como, que tal dignidade pode vir a abranger o direito a encerrar uma vida que já padece de atributos dignificantes e a garantir o que se denomina uma morte digna, faz-se imperiosa a análise do princípio da autonomia da vontade, a fim de se verificar por quais meios o indivíduo pode vir a concretizar seu direito a uma morte digna. Nesse sentido, a autonomia no indivíduo, seria, *in casu*, o instrumento para a consagração de seu direito à dignidade.

2.3 Princípio da autonomia privada

Neste item buscar-se-á analisar o conteúdo do que se entende por autonomia privada, de modo, não a esgotar o tema, mas sim, a estabelecer uma base na qual se possa correlacionar tal conceito com o sentido de dignidade da pessoa humana, bem como, posteriormente a analisar tais princípios como vetores do instituto do testamento vital.

Inicialmente é importante ressaltar o caráter histórico que se encerra na construção da autonomia da vontade. Segundo Dadalto (2015, p. 08-09), apesar de possuir uma faceta alterável a depender do contexto histórico que se insere, a origem da autonomia remonta ao poder de estabelecer por si próprio as regras referentes a sua conduta, sem imposições externas. No que tange à faceta histórica, a autora destaca que, por exemplo, sob a égide do Estado Liberal, a autonomia do indivíduo era tida como autossuficiência, bem como, que era preponderante no que tange à vontade do Estado. Já no Estado Social, tal autonomia começa a encontrar balizas, sendo, em parte, suprimida, pois o regime se direciona no sentido de prevalência do bem comum. Por fim, a autora destaca que no contexto do Estado Democrático de Direito, a autonomia da vontade passa a coexistir pacificamente com as funções estatais.

Nessa senda, destaca-se que os direitos fundamentais operam como limitadores da autonomia de vontade, justamente por serem aplicáveis às relações entre particulares. Nesse sentido, Lenza (2018, p. 1184), leciona que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, a chamada eficácia horizontal, gera uma colisão entre princípios como a autonomia da vontade e a livre iniciativa, em face de princípios como a dignidade da pessoa humana e a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Ademais, Gozzo e Ligiera (2012, p. 39-42), trazem uma interessante análise da dignidade humana como autonomia e heteronomia. A dignidade como autonomia representa um poder individual, a própria capacidade de autodeterminação do indivíduo para escolher os rumos de sua vida. Ao passo que a dignidade como heteronomia representa um compartilhamento de valores pela comunidade, em uma análise específica do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo um marco inicial para a reconstrução democrática do país, destacando a existência de uma dimensão comunitarista no texto constitucional, destacando-se compromissos com o bem de todos, a erradicação da pobreza e a solidariedade social. Esse seria, para os autores, justamente o aspecto da dignidade humana como heteronomia, de modo que, a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade.

Traz-se à baila uma discussão pertinente, que se refere não somente à nomenclatura do princípio, mas à carga semântica que tal alteração acarretou. Dadalto (2015, p. 8-11) defende que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado começou a aumentar sua esfera de atuação, adentrando no âmbito privado, alterou-se a denominação de princípio da autonomia da vontade para autonomia privada. Essa mudança de nomenclatura se deve a grandes alterações no campo do direito privado, de modo que, a autonomia da vontade passa a ter uma carga mais valorativa, relacionada a preceitos subjetivos, uma vontade psicológica do indivíduo. Já a autonomia privada se refere a um viés mais objetivo, no que tange a uma manifestação de vontade como a fonte dos negócios jurídicos. Desse modo, afigura-se mais adequado tratar o princípio como autonomia privada, uma vez que a análise do presente trabalho se refere à vontade objetiva do indivíduo em realizar um ato jurídico que implica a disposição sobre tratamentos em situação de fim de vida.

Segundo Venosa (2018, p. 57), essa tendência da ampliação da atuação estatal se traduz em uma publicização do direito privado, de maneira que a atuação estatal visa a garantir uma necessária socialização das relações jurídicas. Contudo, tal interferência estatal jamais terá o condão de suprimir a autonomia do indivíduo, pois é justamente nela que reside a liberdade individual, portanto, há a latência da compatibilização entre a autonomia dos indivíduos e essa nova faceta da atuação estatal.

Nessa senda, a autonomia privada pode ser compreendida, também, em uma perspectiva habermasiana. Dadalto (2015, p. 13), destaca que a autonomia privada deve ser vista sobre o viés dialógico, de modo a ser dirigida a aspectos públicos e privados, patrimoniais e existenciais, com fundamento na dignidade da pessoa humana. É importante destacar que, sob

esse viés, a autonomia não passa a ser exercida com o fim de autorregulamentação, apenas, mas também considera a relação do indivíduo com o meio que o cerca, principalmente, através do diálogo, tendo em vista o caráter habermasiano destacado pela autora.

É justamente nesse ponto que se destaca o conceito de cooriginariedade entre a autonomia pública e autonomia privada, cunhado pelo ilustre Habermas, a fim de superar a dicotomia existente entre os mesmos. Nesse sentido, Habermas (2003, p. 167, apud DADALTO, 2015, p. 12) destaca que o sistema de direito proporciona aos sujeitos que direcionem seus arbítrios em prol de seus interesses e sucessos individuais, ao passo que o mesmo sistema mobiliza liberdades comunicativas civis em prol do bem comum. Desse modo, pode-se visualizar a autonomia privada como a capacidade que o indivíduo possui de tomar suas decisões, através do diálogo com os outros sujeitos.

Do exposto, verifica-se que a autonomia, compreendida como a possibilidade de tomada de decisões, deve ser permeada pelo viés do diálogo, bem como, necessariamente entendida em conformidade com a dignidade da pessoa humana, transbordando a visão tradicional restrita ao viés individual e econômico, para o fim de compreender uma ótica pública e também direcionada a aspectos existenciais.

É nessa perspectiva, considerando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como os preceitos da ordem constitucional interna, que Dadalto (2015, p. 17) conceitua a autonomia privada como sendo a legitimadora da ação do indivíduo, em conformidade com a ordem pública e com respaldo na dignidade da pessoa humana, a fim de garantir que os indivíduos possam perseguir seus interesses individuais, tendo como baliza, contudo, as relações interpessoais, o interesse coletivo.

Ainda, no que tange à autonomia cerceada por aspectos não só materiais, faz-se mister compreender o que se considera com relação jurídica existencial. De acordo com Dadalto (2015, p. 21-23), situação jurídica é aquela que, de acordo com o contexto histórico de cada sociedade, são eleitas como merecedoras de proteção jurídica. Tais relações podem se dividir em patrimoniais e materiais, as primeiras podem ser ditas como as naturalmente associadas ao conceito de autonomia no direito privado, como a liberdade contratual, a propriedade, contudo, as mesmas vieram a sofrer alterações com a transição ao Estado Democrático de Direito, como acima explicitado, de modo que tanto a propriedade quanto os contratos passaram a ser balizados pela função social. Por outro lado, as situações jurídicas existenciais ganham relevo após a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, quando a tutela da pessoa humana adquire status prioritário.

É justamente em razão da valoração da dignidade da pessoa humana que, ao adentrar na agenda governamental e na pauta social, as situações jurídicas despontam com grande importância e força nesse contexto pós-constitucional, uma vez que reconhecer a dignidade da pessoa humana é reconhecer a autonomia privada do indivíduo, mormente em situações existenciais. As situações de terminalidade, de fim de vida, são exemplos das situações existenciais, de modo que o resultado não poderia ser outro, que não a sua entrada na esfera de proteção tutelada pelo direito.

Ademais, faz-se mister correlacionar a autonomia com os postulados básicos da bioética. Beauchamp; Childress (1979 apud Dadalto, 2015, p. 45), a partir da edição de 1979 de seu livro, passam a vincular como princípios da bioética: a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça. Para Gozzo e Ligiera (2012, p. 72), tais princípios são tidos como parâmetros, especificamente no que tange à autonomia, essa se refere ao respeito pela liberdade de decisão dos pacientes, legitimando a obrigatoriedade do consentimento livre e informado, evitando que se sobreposse a real vontade do enfermo. Nesse sentido, os autores concluem que o princípio da autonomia deve ser sempre conjugado com os princípios da beneficência (não maleficência) e da justiça, pois considerando as particularidades de cada caso, deve ser atingido o maior grau de benefício ao paciente.

Delineado os contornos essenciais do que se entende por autonomia privada, faz-se mister correlacionar a aplicação da mesma sob o prisma do testamento vital, o qual toma relevo nas situações de fim de vida, verdadeiras situações jurídicas existenciais permeadas pelo princípio da autonomia da vontade e lastreadas pela dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Dadalto (2015, p. 47) destaca que essa capacidade de perseguir seus interesses individuais, que se traduz na autonomia privada, reside na ideia de dignidade humana. É justamente na tomada de decisão, feita através da autonomia, que se dá a concreção do que o paciente concebe como um existir digno. Precisamente nessa percepção que exsurge o direito do paciente a uma morte digna, exercendo sua autonomia para escolher a quais tratamentos médicos deseja ou não se submeter.

Ressalta-se que, nas situações de fim de vida, o exercício da autonomia privada se daria, justamente, através do testamento vital. Tal instrumento será objeto de análise do próximo capítulo, de modo que será promovida intensa discussão, principalmente, no que tange ao seu conceito e seu objeto, tendo por objetivo delinear sua natureza jurídica e verificar quais situações são possíveis de disposição via testamento vital.

3 NATUREZA JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL E SEUS LIMITES OBJETIVOS

No presente capítulo, busca-se efetivar a contextualização do testamento vital, bem como delinear o referido instituto, através de um comparativo dos conceitos oferecidos pelos doutrinadores civilistas. Em um segundo momento, serão explorados os requisitos essenciais para a constituição do testamento vital, perpassando pela discussão sobre sua natureza jurídica e a diferenciação entre eutanásia, ortotanásia, distanásia. Por fim, será feita uma diferenciação entre tratamentos ordinários e extraordinários, a fim de delimitar o objeto do testamento vital.

3.1 Natureza jurídica, validade e eficácia do Testamento Vital

Para Gagliano (2017, p. 320-322), o testamento vital é ato jurídico pelo qual o paciente expressa a vontade de não receber determinados tratamentos médicos, a fim de que estas disposições sejam cumpridas em momento futuro, caso se encontre incapacitado para expressar sua vontade. Ainda, para o autor, poderia ser mais adequada a qualificação do instituto como negócio jurídico, tendo em vista que, ao recusar ou aceitar determinada intervenção ou tratamento, essas declarações possuem um cunho de ato negocial, na medida que se baseiam no princípio da autonomia privada e são naturalmente uma expressão volitiva do indivíduo.

Além disso, Tartuce (2017, p. 430) também critica a nomenclatura “testamento”, tendo em vista que o instituto se assemelha a um testamento somente quando dispuser sobre destinação do corpo ou disposições sobre o enterro, portanto, *post mortem*. Quando presentes essas últimas disposições, defende que essas disposições se assemelhariam ao codicilo e que o correto seria a alteração da nomenclatura do instituto para “declaração vital” ou “declaração biológica”. Porém, tal autor enxerga o instituto como ato jurídico *strictu sensu* unilateral, que tendo conteúdo lícito, estará apto à produção de efeitos.

Ademais, consoante Gonçalves (2017, p. 324) o instituto é tido como declaração unilateral de vontade, no qual a pessoa doente, em estado incurável ou terminal, manifesta o desejo de ser submetida ou não a procedimentos que tenham o condão de evitar a sua morte. Ainda, o autor também destaca o papel do testamento vital para influir na conduta médica, limitando a atuação da família, a fim de que prevaleça a vontade do declarante. Por fim, também destaca o fato de não ser um ato *causa mortis*, uma vez que produzirá efeitos antes dessa, ao contrário da lógica geral dos testamentos, os quais vêm a produzir efeitos somente após a morte.

Portanto, para o autor, a expressão “diretivas antecipadas de vontade” seria mais adequada do que testamento.

Nessa senda, Dadalto (2015, p. 97) conceitua o testamento vital como documento através do qual determinada pessoa capaz manifesta seus desejos sobre a suspensão de tratamentos, os quais valerão caso o outorgante venha a se encontrar em estado terminal vegetativo ou com doença crônica incurável, ou seja, incapaz de expressar sua vontade de forma livre e consciente. Além disso, para Dadalto (2015, p. 04), o instituto em tela se assemelha ao do testamento por ser negócio jurídico unilateral, personalíssimo e gratuito, porém se distancia à medida que os efeitos se dão antes da morte. Seria assim, clara a inadequação da nomenclatura, bem como a sua equiparação, como sinônimo, de diretivas antecipadas de vontade.

Porém, ao contrário do que é defendido por Gonçalves, Dadalto (2015, p. 89) explicita existir uma diferenciação entre diretivas antecipadas de vontade e o testamento vital. Trata-se de uma relação de gênero e espécie, de modo que as diretivas antecipadas de vontade correspondem a um termos mais amplo, que contempla, como espécies tanto o testamento vital quanto o mandato duradouro.

Desse modo, posto que o objetivo do presente trabalho se restringe a espécie de diretiva de vontade denominada testamento vital, será realizada breve conceituação no que tange ao mandato duradouro. Para Dadalto (2015, p. 91-96), a grande diferença entre testamento vital e mandato duradouro é que esse último se refere à nomeação de uma pessoa, para que essa aja como “procurador de saúde” da pessoa enferma, tendo em suas mãos a responsabilidade de decidir pelo paciente, quando esse não mais puder fazê-lo. Assim, o procurador de saúde decidirá com base na vontade do paciente, acerca de alguma decisão sobre recusa de tratamentos, o que pressupõe a existência de um vínculo que possibilite ao procurador conhecer a vontade do paciente que se encontrará incapacitado, diferente do testamento vital, em que o próprio paciente consigna sua vontade em documento para posterior cumprimento. Por fim, apesar da semelhança inicial, pois ambas modalidades tem razão de ser quando o paciente não possuir mais capacidade para expressar-se, o mandato duradouro abrange um espectro mais amplo de situações, visto que terá eficácia mesmo quando a incapacidade do paciente seja transitória, ao passo que o testamento vital só toma espaço quando a incapacidade for definitiva, frente à situação de fim de vida.

No que se refere à nomenclatura, para Dadalto (2015, p. 03), é possível que a expressão testamento vital tenha se popularizado em razão das traduções literais de outras línguas, como o *living will* (EUA), *testamento biológico* (italiano), *testament de vie* (francês), *instrucciones*

previas (espanhol). Contudo, a escolha gramatical de introduzir o vocábulo no Brasil como testamento vital ou testamento biológico, talvez não tenha sido a melhor opção, uma vez que ocorre certa perda semântica, bem como, induz a impropriedades acerca da natureza jurídica do instituto. Nesse sentido, consoante as definições doutrinárias acima expostas, pode-se ver que vários representantes da doutrina civilista encaram com restrições a nomenclatura “testamento vital”, principalmente tendo em vista que os efeitos do instrumento jurídico se darão ainda durante a vida do declarante, e não após a morte.

Assim, apesar da nomenclatura não ser, necessariamente, a mais adequada às peculiaridades do instituto, cabe destacar, como denominador comum conceitual, a característica de ser um instituto em que uma pessoa capaz expressa a sua vontade, referente a realização, ou não, de determinados procedimentos médicos, a fim de que tais disposições façam-se valer quando o declarante venha a se encontrar incapacitado, em situação de fim de vida.

Desse modo, independente da terminologia adotada, como dispõe Gagliano, Filho (2017, p. 321), trata-se de instituto de relevância jurídica e social, amparado no princípio da dignidade humana, visto que impacta sobre a vontade do indivíduo em situações relativas à sua saúde. Assim, para fins deste trabalho, apesar da crítica à nomenclatura e, em razão da maior familiaridade linguística, em simetria ao que a doutrina especializada vem adotando, utilizar-se-á a expressão testamento vital, a fim de qualificar um dos institutos que visam garantir uma morte digna à pessoa em situação de fim de vida.

Por conseguinte, resolvida essa questão prévia quanto à nomenclatura do instituto, traz-se à baila a discussão acerca da natureza jurídica do mesmo. Diante do que acima foi exposto, pode-se verificar que há uma divergência entre os autores no que tange à natureza jurídica do testamento vital, uma vez que Pablo Stolze Gagliano o classifica como negócio jurídico, assim como o faz Luciana Dadalto e Carlos Roberto Gonçalves. No entanto, Flávio Tartuce classifica o mesmo instituto como ato jurídico unilateral em sentido estrito, pelo que se faz necessária análise do instituto sob o prisma da Teoria do Fato Jurídico.

Para Pontes de Miranda (1999, p. 52 apud Colombo, 2011, p. 157), nem todos os fatos do mundo dos fatos interessam ao mundo jurídico, no entanto, os que interessam passam a ser denominados fatos jurídicos. Desse modo, os fatos interessantes ao mundo jurídico são denominados fatos jurídicos *lato sensu* e correspondem apenas a uma fração da totalidade dos fatos existentes. Assim, para Colombo (2011, p. 158), os fatos jurídicos em sentido amplo se dividem, basicamente, em três grupos: os fatos jurídicos *strictu sensu*; os atos jurídicos lícitos,

os quais se subdividem em atos meramente lícitos, atos-fatos jurídicos e atos negociais; e por fim, os atos ilícitos.

Dessa maneira, pode-se dizer que, no que tange à primeira categoria, os fatos jurídicos *strictu sensu* são aqueles que independem da vontade humana, dividindo-se em fatos ordinários, tais como o nascimento, a morte e a maioridade, que se dão no curso natural da vida humana; e em fatos extraordinários, como o caso fortuito e a força maior, nos quais a interferência de um evento natural foge a ordem comum das coisas. Já no que tange à segunda categoria, qual seja a dos atos jurídicos lícitos, verifica-se que a interferência humana se dá como característica distintiva e definitiva. Adentrando nas divisões internas de tal categoria, no que toca ao subgrupo do ato meramente lícito, esse corresponde a uma simples manifestação de vontade e possui a produção de seus efeitos já disciplinada em lei. Já no subgrupo do ato-fato jurídico, esse pode ser dito como aquele que, apesar de decorrer da vontade da pessoa, é irrelevante se a pessoa teve ou não a intenção de praticar tal ato, tratando-se de uma classificação residual, embora possua caráter negocial (COLOMBO, 2011, p. 158 - 159).

Por fim, o subgrupo do negócio jurídico é aquele em que os efeitos jurídicos decorrem por escolha das partes, de modo que a declaração de vontade é destinada à produção de um efeito jurídico, seja de transferir, modificar ou extinguir direitos, estaremos diante de um negócio jurídico, que pode ser unilateral ou bilateral (VENOSA, 2010, p. 325 apud COLOMBO, 2011, p. 159).

Interessante retomar a informação, nesse momento, de que, conforme exposto acima, Pablo Stolze Gagliano classifica o testamento vital como negócio jurídico, assim como o faz Luciana Dadalto e Carlos Roberto Gonçalves, contudo, Flávio Tartuce classifica o mesmo instituto como ato jurídico unilateral em sentido estrito. Assim, verifica-se que para o primeiro grupo de autores, há uma valorização da declaração da vontade do indivíduo na realização do testamento vital, de modo que esse elemento é determinante para qualificar o testamento vital como um negócio jurídico, ao passo que, na acepção contrária, confere-se maior importância à simples manifestação da vontade, que sendo lícita, poderá produzir efeitos.

Nesse sentido, tratando especificamente sobre essa celeuma, para Barbosa; Brito (2015, p. 11), o testamento vital se assemelha mais ao negócio jurídico do que ao ato jurídico *strictu sensu*, uma vez que o negócio jurídico implica a voluntariedade, a atuação da parte interessada no sentido de que os efeitos do negócio jurídico sejam *ex voluntate*, ao passo que o ato jurídico *strictu sensu* representa a produção de efeitos pré-determinados, já engessados e previstos na lei, com menor grau de voluntariedade da parte. Nesse sentido, considerando que o testamento vital implica a manifestação voluntária da parte no sentido de dispor acerca do recebimento de

tratamentos, pode-se observar uma maior aproximação do instituto com a natureza do ato jurídico negocial.

Desse modo, para fins desse trabalho e sem intenção de alcançar definições absolutas, considera-se mais adequada a aproximação do instituto do testamento vital à natureza de negócio jurídico, pelas razões acima explicitadas e de acordo com o entendimento de Pablo Stolze Gagliano, Luciana Dadalto e Carlos Roberto Gonçalves, mesmo existindo entendimento divergente, o de Flávio Tartuce.

Ademais, faz-se necessária breve incursão sobre os planos em que os atos jurídicos são analisados. Para Mello (2017, p. 161-166), no que tange ao plano da existência, há a análise de todos os fatos jurídicos, sejam eles lícitos ou ilícitos, válidos ou invalidáveis, eficazes ou ineficazes, pelo que a mera existência jurídica do fato é premissa suficiente para que esse seja analisado nos planos seguintes. Porém, no que toca ao plano da validade, somente os fatos jurídicos cujo elemento volitivo seja o fator central do suporte fático passarão pela análise nesse plano, que se debruça sobre a existência ou não de eventuais vícios que possam conduzir à nulidade ou anulabilidade. Assim, tanto o ato jurídico *strictu sensu*, quanto o negócio jurídico passarão pelo campo da validade, todavia, o fato jurídico *strictu sensu*, o ato-fato jurídico e o ato ilícito não serão analisados nesse plano.

Dada essa diferenciação preliminar e explanadas as controvérsias existentes, bem como a posição adotada para fins deste trabalho, considerando o testamento vital como ato jurídico negocial, explorar-se-ão os requisitos para a validade de um negócio jurídico à luz do art. 104 do Código Civil,⁸ implicando a análise da presença dos três pilares do negócio jurídico: a capacidade da parte outorgante, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei.

De pronto, só há que se falar em testamento vital quando a elaboração do instrumento for realizada por pessoa capaz e dotada de discernimento, sendo imprescindível a capacidade do outorgante quando da confecção do documento. Assim, fica claro que o testamento vital deve ser elaborado por pessoa dotada de discernimento, a fim de que as disposições sejam aplicadas em momento futuro, caso sobrevenha a incapacidade do outorgante (DADALTO, 2015, p. 98).

Aliado ao discernimento, é fator indispensável que o testamento vital seja elaborado sob os ditames do consentimento livre e esclarecido, uma vez que o outorgante deve entender sobre o que está dispondo a fim de que o instrumento consagre a efetiva autonomia de vontade. Faz-

⁸ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

se mister, portanto, que a pessoa tenha plena consciência dos efeitos que as suas disposições no testamento vital podem causar, a fim de que a vontade expressa nesse documento corresponda perfeitamente aos desejos de quem elabora o testamento vital (DADALTO, 2015, p. 86).

Desse modo, verifica-se que são essenciais e intrínsecos à existência perfeita do instituto do testamento vital que a declaração de vontade do outorgante se dê sob a forma de um discernimento livre e informado acerca das disposições a serem realizadas, a fim de que se garanta a idoneidade do instituto e a coerência com suas funções originais, fazendo jus a um exercício correto da autonomia de vontade, alicerçada na informação e no discernimento.

No que tange à forma, Dadalto (2015, p. 5) recomenda que o testamento vital se dê sob a forma escrita e que seja realizado via reconhecimento público do instrumento, a fim de conferir maior segurança jurídica ao mesmo, gerando uma força de vinculação potencializada, que culmine em uma eficácia mais ampla. No entanto, para Barbosa; Brito (2015, p. 12-14), tal exigência pode ser vista como desarrazoada, tem em vista que não há uma legislação específica que regulamente o testamento vital no Brasil. Assim, nos termos do próprio art. 104 do Código Civil, o respeito à forma específica somente se dá quando houver prescrição ou vedação legal. Assim, para as últimas autoras, a forma do testamento vital seria livre, uma vez que não há legislação específica sobre o assunto.

Superados os requisitos da forma e da capacidade, a análise acerca da licitude do objeto do testamento vital, é, sem dúvidas, o elemento mais controverso da referida análise, uma vez que implica, necessariamente, a análise de institutos como a eutanásia e a ortotanásia, que também não possuem uma legislação ou um tipo penal específico e autônomo, gerando uma nebulosa zona de convergências e divergências. Nesse sentido, tal análise da licitude do objeto do testamento vital será feita em tópico a seguir, específico para tal fim.

Por fim, adentra-se da análise do plano da eficácia que, juntamente ao aspecto da licitude, consagram aspectos controversos e desafiadores para o testamento vital, no contexto brasileiro. Segundo Mello (2017, p. 163-166), a eficácia se refere, justamente, à análise da produção de efeitos de determinado ato jurídico. Nesse sentido, tal análise merece detalhamento pois, dado o vácuo legislativo acerca do testamento vital, essa insegurança jurídica causada pode vir a gerar um déficit de eficácia do instituto.

Inicialmente, para Barbosa; Brito (2015, p. 12), pode-se dizer que o testamento vital produzirá efeitos somente quando o outorgante vier a se encontrar em uma situação de terminalidade que venha a justificar o manejo das disposições contidas no negócio jurídico. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico sujeito a uma condição suspensiva, subordinando sua eficácia a um evento futuro e incerto, pois é elaborado em momento anterior e somente

passará a valer quando o evento futuro se verificar, qual seja a situação de terminalidade, momento em que será iniciada a eficácia do testamento vital.

A problemática exsurge, em um primeiro momento, no fato de o médico ter conhecimento acerca da existência do testamento vital e, em segundo momento, na efetiva vinculação do médico no que tange ao cumprimento das disposições consignadas no documento, considerando, principalmente, a ausência de um regramento legal específico para o instituto.

Pode-se dizer que a sistemática atual consiste em anotar no prontuário do paciente a existência do testamento vital. Contudo, tal prática pode inviabilizar o conhecimento do médico sobre o testamento vital, dada a ausência de um sistema integrado de comunicação entre os hospitais. Assim, Dadalto (2015, p. 185) ventila a possibilidade de que exista, no Brasil, um Registro Nacional de Testamento Vitais, em semelhança ao que ocorre em outros países de tradição de *civil law*, como o Brasil, pelo que havendo um cadastro nacional o acesso seria unificado e facilitado. Destaca-se, ainda, que a Seção de São Paulo do Colégio Notarial do Brasil, realizou recomendações, através do provimento CG nº 06/1994, a fim de que fosse implantado um registro único de testamentos vitais em São Paulo. Além disso, em Minas Gerais também há um registro único para testamentos vitais, ainda em fase de implementação.

Contudo, cabe pontuar que tal medida, como se vê, partiu isoladamente de alguns Colégios Notariais no país, não tem um reflexo em âmbito nacional, assim, apesar de serem excelentes iniciativas, não resolvem a celeuma em âmbito nacional. Desse modo, acredita-se que somente uma lei federal teria capacidade de instituir norma prevendo tal criação de ramo notarial, tudo isso por força do princípio da legalidade, norma fundamental positivada ao art. 5º, II da Constituição da República Federativa do Brasil.⁹

A produção de uma lei, em sentido formal, inclusive contribuiria para a segurança do médico ao fazer prevalecer a vontade do paciente em eventual conflito com a vontade da família. Além disso, cabe destacar que o médico somente se vincula ao cumprimento das disposições que estejam em consonância com as resoluções do Conselho Federal de Medicina e com o contexto do ordenamento jurídico brasileiro, o que dá relevo à discussão travada no item a seguir, acerca da licitude do testamento vital (DADALTO, 2015, p. 110).

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Nesse contexto, conceituado o instituto e elucidados seus requisitos essenciais, traz-se à baila um questionamento de grande relevo: as disposições quanto ao conteúdo do testamento vital e os limites para que tais disposições sejam albergadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, lícitas. Assim sendo, torna-se imperioso tratar sobre a distinção entre eutanásia e ortotanásia e, conseqüentemente, quais situações são alcançadas pelo testamento vital, em verdadeira análise acerca da validade do instituto.

3.2 Eutanásia, ortotanásia, distanásia e o testamento vital

No presente tópico será desenvolvida uma diferenciação entre os institutos da eutanásia, ortotanásia e distanásia e, posteriormente, a confrontação dos mesmos com o ordenamento jurídico vigente no país, a fim de analisar a licitude e verificar quais podem ser albergados pelo testamento vital. Não se busca, aqui, esgotar o tema da diferenciação entre os supra referidos institutos, que, por si só, poderia ser objeto autônomo de uma monografia. Ao contrário, busca-se elencar os elementos-chave para diferenciação entre eutanásia, ortotanásia e distanásia, alinhando-os ao conteúdo que se refere ao testamento vital.

Nesse sentido, é tema de grande controvérsia a distinção entre eutanásia e ortotanásia, tampouco é pacífica a confrontação dos institutos com o ordenamento jurídico brasileiro. Questionamento pertinente e essencial ao estudo do testamento vital, muito bem ventilado por Tartuce (2017, p. 424), implica saber se o testamento vital se traduz em um exercício lícito da autonomia privada ou ilícito, caso em que seria um ato nulo. Desse modo, a depender do conteúdo do instrumento jurídico em tela, bem como dos quadros clínicos que o justificarem, que se dará a verificação da licitude do mesmo.

Historicamente, pode-se ver que a eutanásia esteve presente em várias épocas e nas mais variadas bases geográficas ao redor do globo. Na Índia antiga, os enfermos eram jogados no Rio Ganges; em Atenas o Senado decidia sobre os idosos portadores de doenças incuráveis, podendo lhes dar uma bebida venenosa; na Idade Média, oferecia-se aos guerreiros muito feridos um punhal, conhecido como punhal da misericórdia, para que com a morte evitassem agonia e ultraje. Vê-se que a eutanásia só foi condenada a partir do judaísmo e do cristianismo, em razão do caráter sagrado atribuído à vida, adquirindo, inclusive, o status de crime gravoso em algumas culturas (FRANÇA, 2017, p. 550).

Etimologicamente, a palavra eutanásia significa “morte boa” e se configura no emprego de técnicas que precipitam a ocorrência da morte, portanto, importa em uma conduta ativa a

fim de se obter o resultado morte. No entanto, é indispensável observar que a eutanásia é motivada pelo ímpeto de aliviar o sofrimento de alguém (GONÇALVES, 2017, p. 322).

Também pode ser definida como uma morte piedosa, benéfica, sem sofrimento, sem dor. Para alguns países, é prerrogativa reconhecida e sancionada conforme o interesse social. É uma conduta para se promover a morte mais cedo do que se espera em um paciente incurável ou que se encontre em um sofrimento insuportável, motivada pela compaixão (FRANÇA, 2017, p. 549-552).

Por outro lado, representando uma prática diametralmente oposta à eutanásia, a distanásia significa o prolongamento desnecessário dos tratamentos a um paciente terminal insalvável (FRANÇA, 2017, p. 559). Também, pode ser entendida como a prática de prolongar a vida, mediante uso de aparelhos ou fármacos, ainda que em prejuízo do conforto do paciente, ou seja, a prioridade seria a longevidade, em detrimento da dignidade da pessoa humana; representando o prolongamento do processo de morte (GONÇALES, 2017, p. 325).

Portanto, a distanásia, esse prolongamento de tratamentos sem uma real possibilidade de melhora, é justamente o que se busca combater com o testamento vital, ou seja, tal prática distanástica culmina numa sobrevivência permeada pela indignidade da pessoa humana. Veja-se que a distanásia é prática que se opõe à eutanásia e à ortotanásia, pois na distanásia se prolonga a vida do enfermo, lançando-se mão de todo o arsenal médico-tecnológico disponível sem uma perspectiva de melhora do quadro, por vezes, prolongando a dor e a miséria existencial da pessoa submetida a essa prática.

Por fim, o terceiro instituto sobre enfoque é a ortotanásia, que, etimologicamente, significa “morte correta”. Para Gonçalves (2017, p. 352), trata-se de um procedimento destinado a evitar que se prolongue o sofrimento do paciente, mediante o não emprego de técnicas terapêuticas inúteis de prolongamento de vida, proporcionando uma morte natural, quando da desvinculação do paciente para com o suporte médico. Cabe pontuar, ainda, que a ortotanásia é prática que remete, justamente, ao oposto das práticas consideradas como distanásia, consoante acima já explorado.

Além disso, para Busato (2017, p. 31), a ortotanásia pode ser dita como uma limitação do tratamento médico e de oferecimento de cuidados paliativos, a fim de que o doente terminal não sofra demasiadamente, tampouco seja acorrentado a um padecimento desnecessário, ou seja, busca libertar o paciente de um mero “existir por existir”, permeando a dimensão da dignidade de sua existência.

Ainda, há de se conceituar a eutanásia passiva, que, para Villas-Bôas (2014, p. 226 Apud DADALTO, 2015, p. 53) seria a omissão deliberada no fornecimento de medidas que seriam

úteis e necessárias ao paciente, a fim de que se antecipe a morte do mesmo. Diferentemente da ortotanásia, em que a suspensão de medidas só se dá quando essas forem inúteis e não influírem em uma melhora do paciente, na eutanásia passiva a continuidade do tratamento poderia vir a influir positivamente sobre o quadro do paciente, contudo, interrompe-se, deliberadamente, essa possibilidade.

Contudo, para alguns autores, não há que se falar em diferenciar a eutanásia passiva da ativa. Nesse sentido, para França (2017, p. 573), não haveria necessidade alguma de se diferenciar a eutanásia ativa da passiva, pois em ambos os casos, o elemento volitivo é o mesmo, não havendo relevante diferença moral entre a obtenção de um resultado pela forma comissiva ou omissiva.

Delineado os elementos essenciais que constituem a distanásia, eutanásia (ativa e passiva) e ortotanásia, deve-se concentrar atenções nos últimos dois institutos. Desse modo, a diferenciação entre a ortotanásia e a eutanásia é essencial para a determinação dos efeitos jurídicos de cada uma, à luz da legislação pátria, uma vez que, apesar de não possuírem um delineado jurídico diretamente determinado pelo legislador, a prática da eutanásia e a prática da ortotanásia recebem tratamentos jurídicos distintos.

Consoante observa Mello (2009, p. 3) o Brasil não possui uma legislação específica para a eutanásia, que atualmente se enquadra como homicídio, nos termos do art. 121, §1º¹⁰ do Código Penal, podendo ser atenuado pelo “relevante valor social”, consubstanciando homicídio privilegiado. Desse modo, o autor destaca que a eutanásia é, de regra, vista como um crime, portanto, conduta típica, ilícita e culpável.

Segundo Bitencourt (2017, p. 77), a eutanásia seria tratada, provisoriamente, no Código Penal, como homicídio privilegiado pelo relevante valor moral da conduta, também denominado de homicídio piedoso. Ainda, cabe ressaltar que na exposição de motivos do Código Penal, ao item 39, é explicitado que “por motivo de relevante valor social ou moral, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do “homicídio eutanástico”).

Porém, como bem pontua Busato (2017, p. 30), deve-se considerar que o Código Penal foi elaborado na década de quarenta, época em que os programas de eugenia nazista defendiam a permissão da eutanásia com um cunho claramente discriminatório aos indivíduos

¹⁰ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

considerados pelos nazistas como “desprovidos de valor vital”. Por isso, o Código Penal traz, em sua exposição de motivos, uma interpretação mais restrita acerca da eutanásia, a fim evitar a eutanásia discriminatória, que era uma questão latente à época, tendo em vista, principalmente, que tal prática culminou no genocídio praticado pelos nazistas, direcionado a grupos socialmente marginalizados ou a etnias específicas. Hodiernamente, tendo em vista a superação dessa infeliz problemática, a pauta em relevo social é distinta, lastreada na dignidade da manutenção da vida humana, de forma que a ideia da ortotanásia ganha relevo, se aglutinando às expectativas sociais e demandando novas respostas jurídicas.

No entanto, a licitude da ortotanásia não é tema pacífico. Segundo Martins (2013), ao contrário das práticas eutanásticas, na ortotanásia não há uma ação ofensiva à vida, pelo que, não é cabível o enquadramento da mesma como homicídio privilegiado, tampouco há que se falar em omissão de socorro, uma vez que o paciente se encontra em estado irreversível. Desse modo, não haveria impedimento legal para a prática, uma vez que, se não há previsão legal que impeça a prática, deve-se entendê-la como permitida, com forte no princípio da legalidade entre os particulares.

Já para Moraes (2013, p. 95), o ordenamento jurídico não autoriza a eutanásia, tampouco a ortotanásia. Defende, o autor, que a vida não é bem jurídico disponível, pelo que não há como o poder público se mobilizar elaborando legislação que permita a eutanásia ou que forneça meios instrumentais para a prática de suicídios. Assim, sob sua perspectiva, o direito a uma morte digna não encontra albergue no ordenamento jurídico-constitucional. Interessante destacar, contudo, que o autor considera ortotanásia como sinônimo de eutanásia passiva, atribuindo a ambas o conceito de serem técnicas que impedem o prolongamento artificial da vida, em casos de doenças incuráveis e terríveis.

Por outro lado, para Gagliano (2017, p. 320), tendo em vista que o médico apenas suspenderá ou não utilizará procedimentos ou equipamentos que impeçam ou retardem a morte como efeito natural, a ortotanásia se configura como limite das previsões contidas no testamento vital. Ainda, considerando-se que a pessoa apenas irá recusar antecipadamente tratamentos que prolongariam dolorosamente a sua vida, não há que se falar em ilicitude dessas disposições. Nesse mesmo sentido discorre Tartuce (2017, p. 524), tendo em vista a delimitação entre os institutos da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia, e considerando que o limite do testamento vital é a ortotanásia, é positivo o juízo de admissibilidade do testamento vital quando em cotejo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, entende-se, para os fins dessa pesquisa, que o testamento vital se traduz em exercício lícito da autonomia privada quando suas disposições se limitarem a práticas

ortotanásticas, visto que essas consistem no não emprego de tratamentos inúteis a melhora do paciente, proporcionando uma morte oriunda de efeitos naturais. Ao contrário da eutanásia que, seja ativa ou passiva, é ilícita, pois a conduta do médico irá resultar, diretamente, na morte do paciente, seja pela omissão de tratamentos úteis ao paciente, seja pelo emprego de conduta no sentido de obter o resultado morte. A eutanásia, ainda que permeada pelo ideal da morte piedosa, é prática ilícita no Brasil e não pode ser viabilizada pelo testamento vital.

Por fim, cabe fazer uma distinção entre o que se compreende como tratamentos ou cuidados ordinários e extraordinários, na medida que tal diferenciação determinará quais tratamentos serão passíveis de suspensão, dando contornos objetivos a ortotanásia e às disposições passíveis de serem feitas via testamento vital.

3.3 Tratamentos ordinários e extraordinários

Superado esse momento de diferenciações iniciais e considerando a posição adotada pela licitude da ortotanásia, levanta-se o questionamento acerca de quais situações práticas tornam possível que se realize a ortotanásia e, por conseguinte, quais situações são plausíveis de disposição via testamento vital. Ou seja, quais quadros clínicos autorizam que o médico lance mão das práticas ortotanástica, que eventualmente podem vir a ser instrumentalizadas por um testamento vital.

Nesse sentido, é de suma importância entender quais situações práticas se encontram albergadas pela ortotanásia e quais situações são consideradas práticas eutanásticas, a fim de que o testamento vital contenha apenas disposições lícitas, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, serão explorados os posicionamentos doutrinários acerca da diferença entre cuidados paliativos e dos cuidados extraordinários. Em um segundo momento, o objeto será a discussão acerca do que se considera estágio de terminalidade, para fins de enquadramento na permissão ortotanástica do art. 41, § único do Código de Ética Médica¹¹.

Para Dadalto (2015, p. 98) os tratamentos extraordinários são aqueles ditos como fúteis, que não possuem o condão de alterar ou melhorar a situação de terminalidade do paciente. Desse modo, dada essa irrelevância terapêutica, os tratamentos extraordinários podem ser dispostos sob o prisma do testamento vital, vez que visam apenas o prolongamento da vida, sendo equivalentes à chamada “suspensão de esforços terapêuticos”.

¹¹ Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

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

Nesse sentido, considerando os tratamentos extraordinários como aqueles fúteis, que não servirão para uma melhora no quadro do paciente, é essencial verificar que se trata de conceito maleável e permeável, de modo que cada contexto específico pode vir a alterar essa conceituação, pois a

futilidade não equivale a ineficácia provada. É um termo contextualmente específico. O que é útil em um contexto pode não ser em outras circunstâncias. Um tratamento fútil não apresenta benefícios ao paciente e se chega a essa conclusão tendo por parâmetro a situação do paciente, quero dizer, a gravidade da doença, a esperança de vida, a qualidade de vida do paciente, seus interesses e seus projetos. (DRANE, 1999, p. 94 Apud DALTO, 2015, p. 40)

Para exemplificar, apenas alguns tratamentos são vistos como extraordinários, portanto, fúteis, como “a internação em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI), a traqueostomia, a ventilação mecânica, a oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, antibióticos, etc.” (DADALTO, 2015, p. 41).

Em contrapartida, os tratamentos ordinários, também chamados de “cuidados paliativos”, visam amenizar o sofrimento do paciente que se encontra em situação de terminalidade, proporcionando conforto. Nesse sentido, vê-se que os tratamentos ordinários garantem ao paciente terminal a manutenção de sua qualidade de vida até que sobrevenha a morte, portanto, são de indispensável manutenção. Assim, os tratamentos ordinários não podem ser objeto do testamento vital, justamente por assegurarem direitos referentes à esfera básica de dignidade da pessoa humana, buscando a garantia da qualidade de vida ao paciente (DADALTO, 2015, p. 39 e 98).

França (2017, p. 560), destaca a importância entre se definir o que é um tratamento ordinário e o que é extraordinário, de modo que faz-se imperiosa a distinção entre os meios terapêuticos fúteis e os cuidados paliativos, pois esses representam o apoio permanente e necessário para que o paciente terminal preserve sua qualidade de vida, dentro de um enfoque multidisciplinar, ao passo que aqueles já não possuem o condão de impactar positivamente no quadro clínico do indivíduo.

Dadalto (2015, p. 38-39) destaca que não é possível elencar em um rol taxativo quais cuidados seriam paliativos ou não. No entanto, a identificação de um tratamento paliativo, e, portanto, de indispensável manutenção, pode ser feita através de quatro princípios. O primeiro seria o princípio da proporcionalidade, segundo o qual há uma obrigação moral do médico no uso de tratamentos em que se verifique a proporcionalidade entre os meios utilizados e os possíveis resultados. O segundo leva em conta a produção de duplo efeito que o tratamento ou o medicamento pode causar, devendo sopesar-se os benefícios e malefícios. O terceiro é o da

prevenção, qual seja, o exercício de antever quais complicações poderão advir do emprego de determinada técnica, que se verificam com certa frequência. Por fim, o princípio do não abandono, salvo por objeção de consciência, e do tratamento à dor, no sentido de controlar a dor paciente.

Porém, França critica a aplicação do princípio da proporcionalidade e do duplo efeito, aduzindo que, em casos nos quais envolvem a resolução do binômio qualidade *versus* quantidade de vida, tais critérios não seriam suficientes para determinar a prevalência entre bons e maus resultados, uma vez que os resultados são meras previsões. Critica-se, portanto, a própria discricionariedade que se instaura no âmbito dessas decisões (FRANÇA, 2017, p. 557).

Nesse sentido, Dadalto (2015, p. 42) pontua que alguns tratamentos ficam em uma zona gris, onde há grande discussão para qualificá-los como ordinários ou extraordinários. Nesse sentido, há grande controvérsia no que tange à classificação da suspensão de alimentação, uma vez que tal suspensão acarretará, indubitavelmente, na morte do paciente. Para alguns, tal prática é considerada, inclusive, como eutanásia, para outros, ortotanástica.

A referida autora apresenta, ao final de seu livro, um modelo de testamento vital, no qual elenca os tratamentos disponíveis para que a pessoa exerça sua autonomia de vontade. Dentre esses, constam a suspensão da alimentação e da hidratação, do que se pode inferir que a autora os classifica como tratamentos extraordinários, pois permite que haja disposição sobre os mesmos (DADALTO, 2015, p 208).

Desse modo, verifica-se que, apesar da difícil distinção que demanda atuação da *expertise* médica com atenção às peculiaridades de cada caso, os tratamentos paliativos ou ordinários são de indispensável manutenção, uma vez que justamente contribuem ao bem-estar do paciente e impactam na manutenção de sua dignidade como pessoa humana. Já os tratamentos extraordinários são aqueles que já não tem mais eficácia para melhorar ou alterar o quadro do paciente, de forma que se tornam inúteis e, assim, podem ser alvo de disposição via testamento vital. Assim, vê-se que tanto França quanto Dadalto convergem seus posicionamentos na medida que consideram essencial a manutenção de cuidados paliativos ao paciente em estado terminal, portanto, é firme o entendimento de que tais cuidados se encontram fora da esfera de disposição do indivíduo, visto que são indispensáveis à consecução de patamares mínimos à sua existência.

Assim, ultrapassada tal diferenciação, agora, já adentrando no segundo momento dos questionamentos reservados para esse tópico, discutir-se-á, sobre o ponto de vista de Dadalto e de França, quais situações fáticas são consideradas como terminalidade, e assim se fazem suscetíveis de práticas ortotanástica, tendo em vista a grande controvérsia entre os autores.

Para Dadalto (2015, p. 25), faz-se mister destacar quais situações são consideradas “situações de fim de vida”, pois, para a autora, o testamento vital não se aplica somente à terminalidade, mas também aos demais estágios clínicos que coloquem o paciente em situação de fim de vida. Para a autora, são, basicamente, três situações de fim de vida: a doença terminal, o estado vegetativo persistente e as doenças crônicas, especialmente a demência avançada. Assim, faz-se indispensável conceituar o que se entende pela condição de paciente terminal, que a autora atribui como sendo

aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo”.⁶² Ou, ainda, que é aquele “que se torna irrecuperável” e caminha para a morte, sem que se consiga reverter esse caminhar”(KNOBEL, SILVA, 2004 p. 133 apud DADALTO, 2015, p. 29).

Já o estado vegetativo persistente, segundo estudo realizado pela *Multi-Society Task Force* ou PVS, publicado no *The New England Journal of Medicine* (1994, p. 1572-1579 apud DADALTO, 2015, p. 32) pode ser dito como uma situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral. Cabe destacar que o termo persistente se refere ao diagnóstico dessa condição de incapacidade, diferente do prognóstico de estado vegetativo permanente, esse último irreversível.

Por fim, a demência avançada, se enquadra na definição dada pela Organização Mundial da Saúde para doenças crônicas incuráveis:

são permanentes, produzem incapacidade/deficiências residuais, são causadas por alterações patológicas irreversíveis, exigem uma formação especial do doente para a reabilitação, ou podem exigir longos períodos de supervisão, observação ou cuidados (DADALTO, 2015, p. 35).

Assim, para Dadalto (2015, p. 50), face a essas três situações de fim de vida, é primordial garantir o respeito e a efetividade da autonomia da pessoa, inclusive no que tange ao direito do paciente se manifestar, previamente, acerca dos tratamentos aos quais não deseja se submeter. Ainda, defende que a garantia do interesse individual é albergada pelo Estado Democrático de Direito, a fim de garantir uma existência digna e a coexistência de todos os projetos de vida, inclusive o do paciente em situação de fim de vida.

Entretanto, para França (2017, p. 559), a situação que autoriza a suspensão dos meios artificiais em paciente é, tão somente, a de morte encefálica, definida nos rigorosos critérios da

Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, não havendo que se falar, portanto, em outras hipóteses de cabimento que não a morte encefálica.

Para o referido autor, a partir da Resolução nº 1.480/97, também do Conselho Federal de Medicina, tornou-se mais fácil falar sobre os limites do fim da vida, uma vez que nela são estipulados os critérios para a definição da morte encefálica, de modo que ao se definir a morte encefálica, se definiu os critérios da própria morte:

caracterizada naquela Resolução, deverá ter causa conhecida e ser um processo irreversível, clinicamente justificado por coma aperceptivo, ausência da atividade motora supraespinal e apneia, e complementarmente por exames que comprovem a ausência da atividade elétrica cerebral, ou ausência das atividades metabólicas cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral (FRANÇA, 2017, p. 559).

Assim, uma vez verificado um quadro clínico contundente com a resolução supra, o indivíduo é considerado morto. Desse modo, para França (2017, p. 559), nos casos em que restar confirmada a morte encefálica, não haveria que se falar em eutanásia, uma vez que o indivíduo já se encontra morto, pelo conceito atual que se possui de óbito. Porém, ainda que definida a morte encefálica, o autor destaca que existem três situações críticas que levam a dilemas éticos: os pacientes em estado vegetativo continuado, em estado vegetativo permanente e os pacientes terminais.

Para França (2017, p. 559), no que tange ao estado vegetativo, diferencia entre o persistente e o permanente. O paciente em estado vegetativo persistente é aquele que apresenta lesões recentes no sistema nervoso central, mas que tem seus cuidados prestados nos moldes dos pacientes salváveis, portanto merecendo todo o suporte vital necessário e disponível. Para o autor, supressão dos tratamentos, nesse caso, seria equivalente ao homicídio.

Já o paciente em estado vegetativo permanente, que é mais grave do que o persistente, é aquele que “não tem nenhuma evidência de consciência, não se expressa e não entende os fatos em torno de si, [...] mas que tem preservadas as funções do hipotálamo e do tronco cerebral” (FRANÇA, 2017, p. 559). Nesse caso, o autor sustenta que, do mesmo modo, deve-se dar a manutenção dos esforços terapêuticos.

Por fim, o paciente terminal é aquele que não mais responde a quaisquer medidas terapêuticas existentes e aplicáveis, de forma que se instaura um quadro em que não se tem perspectiva de cura. Porém, segundo o autor e, ao contrário do posicionamento de Dadalto, “Mesmo nestas condições, qualquer iniciativa de supressão da vida, ainda que a pedido dele ou da família, constitui ato ilegal e antiético e, por isto, incompatível com o exercício médico” (FRANÇA, 2017, p. 560).

Dessa forma, vê-se uma divergência entre os posicionamentos dos autores, acerca de quais quadros clínicos autorizariam a realização da ortotanásia. Tal discussão se projeta no âmbito da eficácia do testamento vital, na medida que a depender do quadro clínico em que o paciente se encontre, pode ser possível ou não a realização da ortotanásia, e, conseqüentemente poderão ou não ser atendidas as disposições expressas no instrumento do testamento vital.

Assim, considerando o disposto no art. 41 do Código de Ética Médica, filio-me à posição de Dadalto, no sentido de que não somente a morte encefálica, mas também a doença terminal, o estado vegetativo persistente e as doenças crônicas, especialmente a demência avançada, ensejam a eficácia das disposições contidas no testamento vital. Desse modo, vê-se que o testamento vital, como espécie de diretiva antecipada de vontade, é essencial para assegurar a vontade do paciente que, quando se encontrar em uma situação de terminalidade, possa dispor acerca de quais tratamentos deseja ou não receber, respeitando os limites do que se considera ortotanásia e dos quadros clínicos que, majoritariamente, admitem a mesma.

Ademais, salienta-se que a possibilidade de disposição de tratamentos, via testamento vital, restringe-se aos tratamentos extraordinários, os quais não possuem o condão de melhorar o quadro clínico do paciente em situação de fim de vida. Nesse sentido

Quanto às disposições de recusa e/ou aceitação de cuidados e tratamentos, esta pesquisa entende que, para serem válidas perante o ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispor acerca da recusa dos cuidados paliativos, vez que estes são garantidores do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, do direito à morte digna, bem como por afrontarem a própria filosofia dos cuidados paliativos, que orienta a prática médica no tratamento de pacientes terminais no Brasil. Assim, apenas disposições que digam respeito à rejeição de tratamentos fúteis serão válidas, por exemplo: não entubação, não realização de traqueostomia, suspensão de hemodiálise, ordem de não reanimação, entre outros. A definição da futilidade deve levar em conta a inexistência de benefícios que este tratamento trará ao paciente, sendo aferida no caso concreto (DADALTO, 2015, p. 182).

Nessa perspectiva, traz-se à luz o instituto do testamento vital, como expressão da autonomia de vontade do paciente capaz e informado, preferencialmente de forma escrita e com limite de conteúdo e licitude na prática da ortotanásia, abrangendo as situações da doença terminal, do estado vegetativo persistente e as doenças crônicas, especialmente a demência avançada, para fins de dispor apenas sobre os tratamentos extraordinários. Desse modo, faz-se necessária a análise das manifestações do Conselho Federal de Medicina sobre o tema, bem como, a análise dos casos que chegaram ao judiciário, com relação a essa temática.

4 PANORAMA DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO VÁCUO LEGISLATIVO

No presente tópico, preliminarmente, será feita a análise das resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca da ortotanásia e das diretivas antecipadas de vontade. Na sequência, proceder-se-á à análise das sentenças proferidas nas Ações Cíveis Públicas referentes ao questionamento das Resoluções de números 1.805/06 e 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina e o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação 70054988266. Após, far-se-á uma breve análise dos projetos de lei que visam regulamentar a situação e, por fim, são ventiladas possíveis soluções ao vácuo legislativo, com base no sopesamento de princípios de direitos fundamentais.

4.1 Reflexos deontológicos na esfera jurídica: resoluções nº1.805/06, 1.995/12 e 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina

A primeira manifestação sobre o tema da ortotanásia se deu através da Resolução 1.805 do Conselho Federal de Medicina, de 09 de novembro de 2006, composta por apenas três artigos.¹² No primeiro artigo, fica claro que a intenção é possibilitar a suspensão de tratamentos do doente terminal, em face de enfermidade grave e incurável, destacando o papel da vontade do paciente ou de seu representante. Esse artigo é de suma importância para análise sobre o tema do testamento vital, uma vez que, caso o doente se encontre incapaz de expressar-se, a sua vontade será ouvida através do documento firmado anteriormente. Ainda, o parágrafo segundo salienta, como foi discorrido no capítulo anterior, a essencialidade do papel do médico em informar o paciente acerca de sua real condição, visando proporcionar o consentimento

¹² Art. 1º **É permitido ao médico** limitar ou **suspender** procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, **em fase terminal, de enfermidade grave e incurável**, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. (Grifos nossos).

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

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

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

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

Parágrafo único A decisão mencionada no *caput* deve ser precedida de comunicação e esclarecimento sobre a morte encefálica ao representante legal do doente.

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

informado. Indo além, torna uma obrigação do médico o esclarecimento ao doente acerca das hipóteses de tratamento, sendo inerente ao instituto a correta informação ao paciente acerca da matéria que poderá vir a dispor no testamento vital.

Fica claro, portanto, que no âmbito da ética médica, há que se falar na validade da ortotanásia, lastreada na resolução supracitada, que expressamente prevê a possibilidade de suspensão de tratamentos, em se tratando de doente em fase terminal. Ressalta-se, contudo, que o disposto em tal resolução, tem força de vinculante somente nesse referido âmbito deontológico, como consequência da vinculação da comunidade médica às resoluções do Conselho Federal de Medicina. Essa é grande problemática trazida pela regulamentação, justamente por ser oriunda de órgão de classe, tal resolução vincula um âmbito restrito, diferentemente do que ocorreria numa manifestação efetiva do Poder Legislativo (TARTUCE, 2018, p. 426).

Já o segundo artigo trata da diferenciação entre tratamentos e cuidados ordinários e extraordinários. Em síntese, pois já elucidados anteriormente, pode-se dizer que os tratamentos ordinários, direcionados a manutenção do conforto e da dignidade do paciente são de observação compulsória, pelo que indisponíveis via testamento vital. Já os tratamentos extraordinários, os quais não possuiriam o condão de alterar a situação do paciente, sem possibilidade de influir em sua melhora, esses sim poderão ser disponíveis, inclusive via testamento vital. Portanto, o caput assegura o direito a assistência integral, no que se refere às práticas ordinárias, visando dar suporte e concreção à dignidade da pessoa humana, de modo que a ortotanásia se torna disponível apenas no que tange aos tratamentos extraordinários, posto que os tratamentos ordinários são indispensáveis para a manutenção da qualidade e dignidade da vida do paciente.

No entanto, o parágrafo único sinaliza a hipótese em que o paciente esteja enquadrado nos rigorosos critérios que definem a morte encefálica, caso em que poderá ocorrer tanto a supressão de tratamentos extraordinários quanto ordinários, uma vez que o paciente já se encontra morto pelos critérios atuais que se tem para qualificar o indivíduo como tal, fato que por si só autorizaria a suspensão dos tratamentos ordinários, sem entrar na discussão acerca da eutanásia ou ortotanásia, uma vez que o indivíduo já se encontra morto (FRANÇA, 2017, p. 559).

Porém, se esse for o desejo da família e, a despeito da morte encefálica, ainda assim, poder-se-á optar pela manutenção desses cuidados ordinários, também chamados de paliativos que são aqueles indispensáveis à manutenção da dignidade do paciente, a fim de amenizar o sofrimento nos casos de terminalidade. Nesse sentido, abre-se campo para tomada de decisão,

respeitando a autonomia privada, pois permite-se o abandono dos cuidados ordinários e extraordinários, mas não obriga que o indivíduo tome, necessariamente, tal escolha (DADALTO, 2015, p. 98).

Analisado o conteúdo dos artigos da referida resolução, fica claro que o Conselho Federal de Medicina teve a intenção de amparar a atuação médica, regulamentando a conduta ética a ser tomada quando o médico se defrontar com o caso de um doente terminal. No entanto, por envolver, inevitavelmente, disposições acerca da ortotanásia, tal regulamentação foi objeto de inúmeras discussões, tendo, inclusive, sido objeto de questionamento pela Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, a qual será analisada no próximo item.

Nesse sentido, em 24 de novembro de 2009, foi aprovado o Código de Ética Médica, pela Resolução 1.931/09, tal fato se deu após o ajuizamento da Ação Civil Pública que questionava a Resolução nº 1.805, mas antes da prolação da sentença definitiva, que se deu em 1º de dezembro de 2010 (DADALTO, 2015, p. 171).

Ainda, recentemente, no dia 30 de abril de 2019, entrou em vigor novo Código de Ética Médica, através da Resolução nº 2.217/2018. Tal alteração, contudo, não afetou os dispositivos correlatos à análise da ortotanásia e do testamento vital, pelo que os comentários tecidos pela doutrina quanto ao código anterior encontram-se em plena compatibilidade com o novo código, visto que não houve alteração no que tange à matéria abordada no presente trabalho.

Assim, o Código de Ética Médica elenca, em seu primeiro capítulo, dentre os princípios fundamentais, ao inciso XXII, que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”. Portanto, tal norma representa uma clara orientação à não realização de práticas distanásticas, bem como indica a imprescindível manutenção de cuidados paliativos (intervenções ordinárias). Nesse contexto, ao indicar a necessidade de manutenção apenas dos cuidados paliativos, em uma interpretação *a contrariu sensu*, pode-se dizer que permite a supressão de tratamentos e cuidados extraordinários, coadunando com a indicação de não perpetuar práticas distanásticas. Assim, ter-se-ia mais uma fonte para apoiar a possibilidade da ortotanásia, indo ao encontro do disposto à Resolução nº 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina.

Também nessa seara, o dispositivo de análise imprescindível e que merece transcrição integral é o art. 41 do Código de Ética Médica¹³. Assim, depreende-se que o caput do artigo

¹³ Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

oferece uma proibição geral quanto à eutanásia, proibindo a abreviação da vida do paciente. No entanto, o parágrafo único estabelece uma exceção com relação ao caput, correspondendo à ortotanásia, uma vez que, ao mencionar a possibilidade de supressão de tratamentos inúteis ou meramente protelatórios e a manutenção dos tratamentos ordinários (paliativos), reitera o entendimento já expressado na Resolução nº 1.805, no sentido de possibilitar a ortotanásia, mas limitando-a à suspensão de tratamentos extraordinários, apenas.

Assim, infere-se da interpretação conjunta do caput do artigo e seu parágrafo, que a distanásia é prática indesejável no âmbito médico, bem como, que a eutanásia é prática proibida. Além disso, ao elencar a imprescindibilidade somente dos cuidados paliativos, pode implicar uma eventual disposição, no que tange aos cuidados extraordinários, que é justamente o campo de atuação da eutanásia. Portanto, pode-se dizer que, ao não mencionar a imprescindibilidade de manutenção dos cuidados extraordinários, o Código de Ética Médica oferece substrato ao suporte da ortotanásia, considerando a expressão de vontade do paciente.

Ainda, há diretrizes estabelecidas no Código de Ética Médica¹⁴, no sentido de que o médico poderá lançar mão da escusa de consciência, podendo recusar-se a realizar atos médicos que, embora autorizados, contrariem sua consciência. Fato que, não impede, por exemplo, a delegação do ato a outro médico que se sinta confortável em praticá-lo. Segundo Dadalto (2015, p. 101) a objeção de consciência deve se dar por recusa justificada, seja por motivo ético, religioso ou de foro íntimo, devendo-se, nesse caso, encaminhar o paciente para os cuidados de outro médico.

Analizados tanto a Resolução nº 1.805/06 quanto os dispositivos pertinentes à Resolução nº 2.217/2018), faz-se necessária a análise de uma terceira resolução, a Resolução nº 1.995/12, que trata sobre as diretivas antecipadas de vontade, objeto central da análise aqui proposta e de interesse crucial para a compreensão do testamento vital.

A Resolução nº 1.995/12 é bastante concisa, seguindo os moldes formais da resolução nº 1.805/06, uma vez que possui apenas três artigos¹⁵, no entanto, o seu tamanho é inversamente

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.

¹⁴ Dos direitos dos médicos IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

¹⁵ Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

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

proporcional à importância que a mesma viria a ter. Ainda, à semelhança do que ocorreu com a Resolução nº 1.805/06, a Resolução nº 1.905/12 também foi objeto de Ação Civil Pública, a qual será analisada no item seguinte.

No que tange ao primeiro artigo, fica claro que o mesmo se dedica a definir as diretivas antecipadas de vontade, conferindo às mesmas a atribuição de representar previamente os desejos do paciente, acerca dos cuidados ou tratamentos que deseja, ou não, receber, a fim de ter validade em momento posterior, quando o paciente se encontre incapacitado de se expressar. Ao que tudo indica, o Conselho Federal de Medicina, ao dispor sobre declarações antecipadas de vontade, usou o vocábulo atribuído de seu real significado, qual seja, como gênero, abrangendo não só o testamento vital, como também o mandato duradouro (mencionado no parágrafo primeiro), os quais são espécies do gênero declarações antecipadas de vontade, como já explicitado em análise anterior (DADALTO, 2015, p. 02).

O artigo segundo elucida a necessidade de ser levada em consideração, pelo médico, essa manifestação de vontade expressa pelo paciente, de modo que, em análise conjunta com o parágrafo terceiro, fica claro que a vontade previamente expressa pelo paciente deve se sobrepor, inclusive, à vontade da família do mesmo, em havendo eventual oposição. Ora, o fato de a vontade do paciente expressamente ser prevalente sobre desejos da família explicita uma louvável valorização da autonomia de vontade (TARTUCE, 2017, p. 428).

Assim, respeitada a vontade prévia do paciente, tira-se o poder decisório de outros atores com interesses escusos na eventual suspensão de tratamentos extraordinários do paciente. Apesar de condenáveis, não é possível evitar que esses interesses escusos se projetem sobre uma situação de fim de vida posto que, aspectos econômicos, como a abertura da sucessão ou a própria abertura de uma vaga em Unidades de Tratamento Intensivo, podem vir a mover familiares com duvidosas intenções. No entanto, a determinação de que a vontade expressa

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

anteriormente pelo paciente prevalecerá sobre interesses alheios, funciona como uma blindagem contra essas situações (FRANÇA, 2017, p. 561),

Já o parágrafo segundo, do artigo segundo, também coaduna com o que foi anteriormente discutido quando da análise do art. 41 do Código de Ética Médica, já que disposições que extravasam a matéria sujeita à disposição via testamento vital devem ser desconsideradas pelo médico. Nesse sentido, se a diretiva antecipada estiver em desacordo com o código médico, essa poderá ser desconsiderada pelo médico, implicando, na prática, em uma não sujeição dos médicos a essas cláusulas (FRANÇA, 2017, p. 562)

Dáí advém a importância de alinhar as disposições do testamento vital aos limites da ortotanásia, uma vez que, sob pena de cometer ilícito, o médico não levará a cabo intervenções que impliquem eutanásia, considerando a explanação já feita acerca da diferenciação entre os institutos da ortotanásia e da eutanásia. Ainda, em nota, o Conselho Federal de Medicina informou que a referida resolução “respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia e não possui qualquer relação com a prática de eutanásia, [...] reafirma um limite inerente ao instituto: a impossibilidade de conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico do país em que são propostas” (DADALTO, 2015, p. 164).

Além disso, importante disposição reside na determinação de registro no prontuário médico do paciente acerca da existência de diretivas antecipadas de vontade. Consoante Dadalto (2015, p. 165), a atribuição dessa função ao médico em muito se assemelha ao que dispõem outros países, e repercute na efetividade das diretivas antecipadas de vontade, possibilita que médico obtenha fácil conhecimento e acesso às mesmas.

Por fim, o parágrafo quinto traz uma medida interessante ao tratar sobre a inexistência de disposições orientadas à situação de fim de vida, ou à ausência de consenso entre os familiares (quando inexistente manifestação de vontade do paciente terminal, por inteligência do que dispõe o parágrafo segundo). Assim, nesses casos, deve o médico se reportar ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina, a fim de aclarar e solucionar a situação da forma mais adequada possível.

Feita essa breve análise acerca do conteúdo material da resolução, cabe a pontuação de algumas reflexões acerca da abrangência e da efetividade da mesma. Para Dadalto (2015, p. 164), a resolução não esgota o tema e tampouco tem o condão de legalizar o instituto das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, uma vez que, novamente se esbarra na amplitude de vinculação da resolução, que é meramente administrativa, não possuindo, portanto, força de lei. Ainda, dentre os aspectos faltantes estariam os maiores propulsores de discussão acerca do

instituto, quais sejam a classificação de certos tratamentos como paliativos ou curativos, especialmente no caso da suspensão de hidratação e nutrição.

Assim, depreende-se que esse vácuo legislativo, no que tange ao instituto das diretivas antecipadas de vontade, deu espaço para que o Conselho Federal de Medicina se manifestasse, em seu âmbito de vinculação administrativa. No entanto, apesar dessa permissão deontológica, deve-se observar que não há manifestação do Poder Legislativo. Nessa perspectiva, adentra-se ao capítulo final do presente trabalho, objetivando analisar as manifestações do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 Análise de julgados: ações civis públicas e caso o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Como foi amplamente veiculado no desenrolar do presente trabalho, não há como se falar em testamento vital, sem que se remeta à delicada problemática da ortotanásia. Nesse sentido, a resolução nº 1.805, ao permitir a suspensão de tratamentos do paciente em estado terminal veio, justamente, incidir sobre essa problemática, pelo que veio a ser questionada por ação civil pública¹⁶, ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal, em 09 de maio de 2008.

Em síntese, os argumentos tecidos pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal foram que o Conselho Federal de Medicina não detinha poder regulamentar para estabelecer como ética uma conduta tipificada como crime; a indisponibilidade do direito à vida, que só poderia ser restringido por lei em sentido estrito e, por fim, argumentou que a ortotanásia poderia ser usada de má-fé por familiares e até pelo sistema de saúde, considerando o contexto socioeconômico brasileiro. Já o Conselho Federal de Medicina, em sua defesa, alegou que a resolução versa sobre ortotanásia, e não eutanásia; que a ortotanásia não é considerada um crime e que o direito a uma boa morte decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo, portanto, aplicabilidade imediata.

Em sede de decisão liminar, o magistrado responsável, Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, suspendeu a eficácia da resolução nº 1.805, em linhas gerais, por considerar a ortotanásia prática tipificada como crime e enquadrada no art. 121 do Código Penal. O magistrado, em interpretação extremamente legalista, considerou a existência do Projeto de Lei 236/2012, que pretende alterar o Código Penal Brasileiro, para, dentre várias outras propostas, enquadrar a

¹⁶ Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3

eutanásia em um tipo penal autônomo e atribuir à ortotanásia o caráter de excludente de ilicitude¹⁷. Ainda, argumentou que a regulamentação da ortotanásia deveria se dar por lei em sentido estrito, emanada pelo Poder Legislativo, não tendo o Conselho Federal de Medicina poder para dispor sobre tal matéria (TARTUCE, 2018, p. 427)

Assim, a decisão da liminar de suspensão foi no sentido de que, se há um projeto descriminalizando a prática ortotanástica, é porque hoje ela é considerada uma prática criminosa. No entanto, o método de interpretação utilizado, foi amplamente criticado, pois encontra-se muito longe de uma interpretação sistemática, desconsiderando princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como o da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda, na concessão da liminar, o magistrado menciona a ortotanásia como sendo instituto que não antecipa o momento da morte, mas somente permite que essa ocorra em tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários, que poderiam prolongar a sofrimento do paciente. Apesar de reconhecer a ortotanásia, delimitando precisamente sua significância, o magistrado enquadra a prática como conduta criminosa, equiparada a homicídio, utilizando-se do raciocínio de que, se há um projeto de lei descriminalizando a ortotanásia, é porque tal conduta, é criminosa (DADALTO, 2015, p. 159-160).

No entanto, quando da análise do mérito da demanda, o mesmo magistrado que havia suspenso a resolução em sede liminar, em elogiável esforço exegético, muda seu posicionamento para fins de rejeitar o pedido principal, não reconhecendo a nulidade da resolução nº 1.805, revogando a antecipação de tutela anteriormente concedida. Na sentença proferida, revertendo o seu posicionamento inicial, o magistrado julgou improcedentes os pedidos vertidos à exordial, chegando à conclusão de que a referida resolução não ofende o ordenamento jurídico, considerando ser, a interpretação mais adequada do Direito, em face do atual estado da medicina.

Informação curiosa que se revela é que o próprio Ministério Público Federal, em sede de alegações finais, revê seu posicionamento original e passa a adotar, também, a tese da defesa. Pelo que se observa da transcrição do parecer da Procuradora da República Luciana Loureiro de Oliveira, na sentença proferida, a procuradora discordou do subscritor da petição inicial dos autos, o Procurador da República, Ailton Benedito de Souza. Nesse caso, consoante explanado

¹⁷ Eutanásia: Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos. § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude § 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão do paciente.

por Lenza (2018, p. 1007), quando se verificam posicionamentos conflitantes entre diferentes procuradores do Ministério Público, que atuem nos mesmos autos, há a incidência da norma constitucional prevista no parágrafo primeiro do art. 127 da Constituição Federal¹⁸, a qual assegura independência funcional, unidade e indivisibilidade da atuação ministerial, admitindo-se a ocorrência de opiniões colidentes.

Aclareado esse ponto, e salientando-se que tanto o Ministério Público, quanto o magistrado encarregado alteraram seus posicionamentos iniciais para fins de aderir à tese do Conselho Federal de Medicina, passar-se-á à análise da fundamentação da sentença, que se dá com base nos argumentos trazidos pelo parecer da Procuradora da República Luciana Loureiro de Oliveira.

Nos termos da sentença proferida e de acordo com apurada análise realizada por Dadalto (2015, p. 161), pode-se dizer que a sentença foi fundamentada em cinco premissas: (1) que a resolução em tela não trata sobre matéria penal, mas sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; (2) que a ortotanásia não constitui crime de homicídio, tendo em conta a interpretação do Código Penal conforme a Constituição; (3) que a resolução não gerou alteração significativa na rotina dos médicos; (4) que a resolução deve, ao contrário, incentivar a informação do paciente acerca dos procedimentos adotados ou não, contribuindo a uma maior transparência e controle da atividade médica, e, por fim, (5) que os pedidos formulados não merecer ser acolhidos por terem se revelado não úteis em face da argumentação desenvolvida.

Esmiuçando os argumentos desenvolvidos na fundamentação, inicialmente, perpassam pela diferenciação entre eutanásia, distanásia e ortotanásia, de modo a identificar a eutanásia como a conduta em que se causa a morte de um paciente terminal, praticada por sentimento de piedade e a ortotanásia é qualificada como conduta ética médica, precedida de consentimento informado do paciente ou de familiares e que tem como objeto os tratamentos extraordinários.

No que tange ao tratamento legal dos institutos, a decisão qualifica a eutanásia como prática de homicídio doloso, podendo se amoldar à forma privilegiada, em razão do relevante valor moral. Já no que tange à análise da ortotanásia, o parecer transcrito na decisão conclui pela atipicidade material do crime de homicídio, por considerar que, do ponto de vista de uma interpretação conforme a constituição, alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana,

¹⁸ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

não há que se falar em crime. Assim, afasta a alegação de que a resolução adentra na normatização de matéria penal, uma vez que a decisão apenas determina o caráter ético disciplinar da atuação do médico, nos casos em que venha lançar mão da ortotanásia.

Por fim, verifica-se que a decisão proferida vem ao encontro da maioria dos posicionamentos doutrinários, com o fim de considerar a ortotanásia uma prática lícita, com albergue no ordenamento jurídico, à luz de uma interpretação conforme a constituição. Ainda, é de se ressaltar que a sentença confere validade à resolução, reconhecendo que a prática ortotanástica é comum no dia a dia médico e que a resolução vem a fim de tutelar o agir ético do médico diante dessa situação prática, e não com o intuito de legislar sobre matéria penal. Desse modo, o dispositivo da sentença tem o condão de autorizar a ortotanásia, dando suporte ético ao testamento vital nesses casos (TARTUCE, 2017, p. 428).

Na sequência, adentra-se, num segundo momento, na análise da sentença proferida nos autos da ação civil pública¹⁹ referente ao questionamento da resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina, que versa propriamente sobre as diretivas antecipadas de vontade, proferida pelo magistrado Eduardo Pereira da Silva, em 21 de fevereiro de 2014.

O Ministério Público Federal aduziu que a referida resolução estaria eivada de inconstitucionalidade e ilegalidade, uma vez que autoriza que os pacientes lancem mão da ortotanásia e extrapola os poderes de regulamentação do órgão, se imiscuindo em competência da União, prevista ao art. 22, I, XVI e XXIII da Constituição Federal; institui as diretivas antecipadas de vontade sem facultar ao paciente a designação de um representante legal; a inidoneidade do prontuário como instrumento para registro das diretivas antecipadas e, por fim, talvez o mais interessante dos argumentos se dá acerca de a resolução não prever o direito de a família do paciente influenciar na formação de vontade, indo de encontro ao caput do art. 226²⁰ da Constituição Federal. Por fim, requereu a declaração de inconstitucionalidade incidental da resolução e a suspensão da mesma, em todo o território nacional, além da proibição de expedir atos normativos que extrapolem os seus poderes regulamentares.

Por outro lado, o Conselho Federal de Medicina, em sua defesa, explicitou que não há que se falar em ilegalidade, vez que a Lei nº 3.268/57 outorgou aos Conselhos de Medicina a competência para tratar do exercício técnico e moral da Medicina; que a resolução em tela não pretende introduzir no ordenamento jurídico a possibilidade da ortotanásia, mas apenas informar ao médico a conduta ética exigida; que a família será consultada quando da inexistência de diretiva antecipada; que a resolução não criou forma especial, apenas indicando

¹⁹ Ação Civil Pública de nº 1039-86.2013.4.01.3500

²⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

o registro no prontuário médico e, ao fim, que vários países já adotam o instrumento em seus Códigos de Ética Médica.

Adentrando na fundamentação, inicialmente, deve-se dizer que o magistrado estendeu os efeitos da decisão para todo o território nacional, a despeito de se tratar de ação civil pública e considerando a natureza controvertida do art. 16 da Lei 7347/1985²¹. Apesar de tal dispositivo legal vincular os efeitos da ação civil pública à base geográfica de competência do órgão prolator, tal disposição tem sido relativizada pela jurisprudência para abranger território mais amplo, sendo esse o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça expresso nos Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1134957/SP, pela relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016. Contudo, tal análise implicaria considerar que o controle difuso de constitucionalidade, em sede de ação civil pública, não realizado pelo Supremo Tribunal Federal, possua efeitos *erga omnes*, celeuma que, por si só, pode ser objeto autônomo de monografia.

Retomando à fundamentação da sentença, o primeiro esforço realizado é no sentido de constatar a amplitude de vinculação da resolução, o magistrado, então, em face da inexistência de lei específica sobre o tema, assevera dois desdobramentos. O primeiro, afirma que a resolução não encontra vedação no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o órgão não extrapolou o seu poder normativo outorgado pela Lei nº 3.268/57. Já o segundo desdobramento, proveniente do vácuo legislativo, é explicitado pelo magistrado ao dizer que a resolução tem efeito apenas na relação ético-disciplinar, entre os Conselhos de Medicina e os médicos, não tendo o condão de criar direitos ou obrigações na esfera cível ou penal. Desse modo, destaca que a família e o poder público não estão impedidos de buscar a tutela judicial caso se oponham à diretiva antecipada ou objetivem a responsabilização do profissional da saúde por eventual ilícito.

Nesse sentido, a fundamentação da sentença destaca a necessidade de que uma lei, em sentido formal, disponha sobre o tema das diretivas antecipadas de vontade. Nesse sentido também se alinha o posicionamento de Dadalto (2015, p. 164-167), para quem a resolução não legalizou as diretivas antecipadas no país, por não possuir força de lei, de modo que a resolução não esgota o tema, demonstrando a necessidade de legislação específica sobre o tema.

Em momento seguinte da sentença, o magistrado elucida que a resolução do Conselho Federal de Medicina é compatível com a autonomia de vontade, com o princípio da dignidade

²¹ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

da pessoa humana, com a proibição de submissão a tratamento desumano e degradante, além de coadunar com o disposto ao artigo 15 do Código Civil.²²

No que tange às alegações quanto à capacidade do declarante e quanto à forma da diretiva antecipada, a sentença categoricamente afirma que, nos termos do art. 107 do Código Civil²³, se a lei não prevê forma especial, a validade da declaração de vontade não se vincula a nenhuma representação específica. Dessa forma, a resolução, que não previu nenhuma forma especial para o instituto, respeita o entendimento que a diretiva antecipada não depende de forma específica, bem como, as disposições acerca da capacidade obedecem ao disposto nos artigos iniciais do Código Civil. Acerca da forma da diretiva antecipada, Dadalto (2015, p. 165), destaca que o Conselho Federal de Medicina, por ser órgão de classe, não o fez e nem poderia determinar que as diretivas fossem, obrigatoriamente, registradas em cartório. No entanto, essa medida, representada pela lavratura de escritura pública, indubitavelmente, garantiria segurança jurídica.

No que tange à eleição de um representante, ao contrário do que foi alegado pelo Ministério Público Federal, a sentença destaca que resolução permite a designação de um representante para tal fim, além da investigação da vontade do paciente junto a familiares, quando não haja registro da mesma (art. 2º, §5º da resolução 1.995), estrutura que coaduna com o mandato duradouro, anteriormente mencionado.

No tocante à alegação de que a família seria tolhida de participação nesse momento crucial, o magistrado evidencia que a resolução faz com que a vontade do paciente prevaleça sobre a dos familiares, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na autonomia de vontade. No entanto, destaca que a resolução é nítida no sentido de que, quando não houver registro de diretiva antecipada, entrará em cena a família, que será ouvida, não ferindo, portanto, o disposto ao art. 226 da Constituição Federal. Pelo explicitado, verifica-se uma relação de subsidiariedade da família, e não de exclusão, como bem explicitado por Dadalto (2015, p. 169), de modo que se houver choque de vontades, entre a diretiva antecipada e a vontade da família, aquela deverá prevalecer sobre essa, sempre priorizando o respeito à vontade do paciente.

Nesse sentido, Dadalto (2015, p. 168), afirma que as diretivas antecipadas de vontade são expressão máxima da autonomia do paciente, de modo que a alegação de alijamento da

²² Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

²³ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

família, em fato, se contrapõe ao direito constitucional de autodeterminação do indivíduo. Complementa, ainda, que a família é o “locus de desenvolvimento de relações interpessoais de afeto, amparada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, entendido como o reduto intagível de cada indivíduo e da solidariedade, que implica no respeito e consideração mútuos”.

O último ponto discutido se refere ao registro, pelo médico, quando informado, das diretivas antecipadas de vontade no prontuário médico do paciente. A sentença deixa claro que o registro no prontuário não foi eleito como um requisito para a validade das diretivas antecipadas de vontade do paciente, mas meramente, uma forma de registrar tal manifestação, pelo que não há que se falar em qualquer inidoneidade desse método.

Nesse diapasão, Dadalto (2015, p. 165-170) destaca que vários outros países permitem que as diretivas antecipadas de vontade sejam registradas no prontuário do paciente. No entanto, critica tal ponto da resolução, alegando que tal incumbência não condiz com o papel que o médico tem nos demais países, no que tange à comunicação direta pelo paciente que originará o registro no prontuário.

Por fim, no dispositivo, a sentença julgou improcedentes os pedidos vertidos pelo Ministério Público Federal. Tal decisão representa um marco para o ordenamento jurídico brasileiro, pois é a primeira vez que o Poder Judiciário de manifesta explicitamente acerca das diretivas antecipadas de vontade, reconhecendo, de forma explícita, o direito de autodeterminação aos pacientes terminais. No entanto, peca por não diferenciar de forma expressiva diretiva antecipada de vontade, testamento vital e mandato duradouro, bem como, por afirmar que as diretivas antecipadas não se aplicam somente aos pacientes em estado de terminalidade, o que desnatura por completo o instituto (DADALTO, 2015, p. 171-172).

Para encerrar a análise da decisão, destaca-se os dois principais pontos que emergem do julgado, quais sejam (1) a necessidade de legislação sobre o tema e a (2) inafastabilidade da jurisdição caso haja oposição da família ou do poder público quanto às diretivas antecipadas de vontade ou objective-se promover a responsabilização do profissional por ilícito. No entanto, esse segundo ponto firmado gera uma grande instabilidade à diretiva antecipada de vontade, de modo que a efetividade do instrumento passa a ser fulminada, ao ponto de não sabermos se as alegações de invalidade do instrumento serão feitas com base em justos motivos ou se terão por finalidade frustrar a efetivação da vontade do paciente, com alicerce em interesses obscuros (DADALTO, 2015, p. 172).

No sentido de aclarar esse conflito, Dadalto destaca a necessidade da legislação sobre o tema, a fim de ampliar o âmbito de vinculação da diretiva antecipada de vontade, que hoje se restringe, somente, ao âmbito médico:

É preciso, entretanto, ter em mente que a resolução não esgota o tema, pelo contrário, demonstra a necessidade de legislação específica sobre as diretivas antecipadas de vontade a fim de regulamentar questões afetas ao discernimento do outorgante, a uma exemplificação de cuidados e tratamentos que podem ou não ser recusados, bem como quais são os critérios para aceitação e recusa dos mesmos, ao registro das diretivas antecipadas, e à extensão da participação do médico na feitura das diretiva (2015, p. 173).

Encerrada a análise da referida sentença, que tratou sobre as diretivas antecipadas de vontade, tendo em conta a instável efetividade do instituto quando transborda o âmbito médico disciplinar, é que se vislumbra a necessidade de legislação sobre o tema, a fim de trazer segurança jurídica ao instituto, uma vez que, nos parâmetros fixados pela sentença, que tem vigência em todo o território nacional, a vinculação se dá somente no campo da ética e disciplina médica, deixando de fora o campo jurídico, que pode vir a ser provocado a qualquer momento para se manifestar acerca da diretiva realizada pelo paciente. Antes de analisar os projetos de lei em andamento no Brasil acerca da regulamentação do tema, faz-se necessária a análise da última decisão proferida sobre o tema no país, qual seja, o acórdão proferido na apelação civil²⁴, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Trata-se de demanda que chegou ao Judiciário versando sobre pessoa idosa que se recusava realizar a amputação de sua perna, por não ter parentes e estar em hospital colônia, visando, assim, à obtenção do suprimento judicial da vontade do referido paciente. A sentença esclarece que o idoso em questão se encontrava em processo de necrose do pé esquerdo, motivo pelo qual se fazia imperiosa a amputação do referido membro a fim de evitar uma infecção generalizada que poderia causar a morte. Importante ressaltar que, em primeira instância, o juiz recusou o pedido, alegando que não havia, nos autos, provas suficientes acerca da comprovação do risco de vida corrido pelo paciente, de modo que, apesar de possuir quadro clínico de depressão, mantinha sua capacidade para denegar tratamento médico (DADALTO, p. 174).

O Ministério Público alegou que o idoso estava em estado depressivo, embora não apresentasse sinais de demência, consoante laudo acostado aos autos e que, portanto, encontrasse incapacitado para tomar referida decisão. Ainda, o *parquet* destaca que, em razão do risco de morte, deveria ser considerada a indisponibilidade do direito à vida, prevista na Constituição

²⁴ Apelação Civil nº 70054988266

Federal, para fins de alcançar a tutela almejada, qual seja, a realização da amputação mesmo contra a vontade do paciente, para evitar o risco de morte.

Inicialmente, o relator do voto, Desembargador Irineu Mariani, diferencia os institutos da eutanásia, ortotanásia e distanásia, alinhando a situação em tela com o instituto da ortotanásia e mencionando a resolução de nº 1.805/2006. Nesse sentido, a decisão destaca que o direito à vida deve ser analisado conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a não ser considerado absoluto, tratando-se, portanto, de um direito de viver, e não de um dever.

Ainda na fundamentação, destaca os pontos principais da resolução nº 1995/2012, no que tange ao testamento vital, tais como a necessidade de a vontade ser expressa em momento anterior, bem como sob plenas condições de capacidade do paciente, e o dever de que essa vontade prevaleça. Nesse sentido, o relator equipara ao testamento vital a manifestação de vontade do caso em tela, no sentido de que a recusa em amputar o membro, de modo a causar risco de vida, é albergada por tal espécie de diretiva antecipada. Além disso, destaca o teor do art. 15 do Código Civil, segundo o qual ninguém será constrangido à realização de procedimento médico, em havendo risco de vida.

Com base na fundamentação acima explanada, o relator decide por reconhecer a recusa do paciente como testamento vital, no sentido de não se submeter à imputação, assumindo os riscos inerentes à recusa, de forma a não prover a apelação interposta pelo Ministério Público, respeitando a vontade do paciente de se submeter ou não ao procedimento cirúrgico em questão. Como bem pontua Gonçalves (2018, p. 324), entendeu-se que o Estado não pode se imiscuir na vontade do paciente, a fim de constrangê-lo a realizar determinado procedimento.

Tal decisão, contudo, tem sido alvo de críticas por parte da doutrina. Inicialmente, as críticas se concentram no fato de a mera manifestação de recusa de tratamento não pode ser correspondente ao instituto do testamento vital, uma vez que, no caso em tela, o paciente não se encontrava em situação de fim de vida (DADALTO, 2015, p. 173).

Dadalto (2015, p. 175-176), ressalta que nos autos não há elementos suficientes para deixar claro se o paciente se encontrava em situação de doença ameaçadora de vida, aquém das possibilidades terapêuticas, de modo que não há como igualar a recusa de submissão à cirurgia ao testamento vital. Em interessante análise, a autora aponta que alguns dos elementos que o próprio magistrado indica, como requisitos do testamento vital (declaração pré-existente, capacidade e respeito da vontade expressa), encontram-se ausentes no caso concreto. Veja-se, ainda, que a manifestação de vontade já se deu em fase crítica, portanto, é posterior, ou ao menos concomitante, à verificação do quadro infeccioso, ainda, deve-se ter em conta que a

capacidade do paciente poderia, sim, ter sido influenciada e fulminada pelo quadro de depressão diagnosticado. Por fim, aponta como grave falha a omissão de um laudo pericial psiquiátrico detalhado a fim de avaliar a capacidade de discernimento do paciente.

Desse modo, fica claro que a decisão, apesar de ousada e de ter suma importância no que tange à discussão do instituto, por representar uma manifestação formal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o assunto, não se fez imune a críticas da doutrina. Do ponto de vista em que se analisa o acórdão, poderia acrescentar um último comentário no que tange à forma do testamento vital. Ora, por certo que não há forma prescrita em lei, no entanto, a mera informação oral do paciente acerca de sua negativa de submissão a um procedimento médico, parece um tanto quanto temerária ou precária devendo haver, ao menos e ainda que particular, um documento escrito acerca da “diretiva de vontade”, nesse caso, ou como explicita a resolução 1.995/2012, com registro no prontuário médico.

Para encerrar essa análise do panorama brasileiro acerca das diretivas antecipadas de vontade, far-se-á uma breve explanação acerca dos projetos de lei existentes para regulamentar o tema. Atualmente, a disciplina das diretivas antecipadas de vontade foi alvo do Projeto de Lei 267/2018, de autoria do Senador Paulo Rocha e do Projeto de Lei 149/2018, de autoria do Senador Lasier Martins.

O primeiro, o Projeto de Lei 267/2018, constitui-se de oito artigos, sendo que proceder-se-á à análise dos principais. No artigo primeiro, busca-se delimitar os casos em que seria possível valer-se das diretivas antecipadas, quais sejam, a doença terminal; doenças crônicas e/ou neurodegenerativas em fase avançada; estado vegetativo persistente. Ainda, assevera que o menor de 18 e maior de 16 anos precisará de autorização judicial para realizar sua diretiva antecipada, bem como, ressalta que a diretiva de vontade deve prevalecer à vontade de familiares e médicos, devendo ser respeitada.

No artigo segundo, estabelece-se a relação de gênero e espécie entre diretiva antecipada de vontade e o testamento vital e mandato duradouro, externando preocupação em excluir do exercício do mandato aqueles que possuam algum interesse econômico sobre a decisão. Ao artigo terceiro, lista-se uma série de tratamentos que são passíveis de serem disponíveis via testamento vital, tais como reanimação cardiopulmonar, respiração artificial e nutrição e hidratação artificiais (todos tratamentos extraordinários). No entanto, também estabelece vedações, ou seja, tratamentos que são indisponíveis, como é o caso dos cuidados paliativos. No artigo quarto, há disposição sobre a forma, que poderia ser pública ou privada, instituindo, ainda, dever do paciente em comunicar ao médico acerca da existência de diretiva antecipada de vontade, a fim de que se registre no prontuário. No artigo quinto, o Projeto de Lei determina

que o Ministério da Saúde deverá criar e regular o Registro Nacional de diretivas antecipadas de vontade (RENTEV), no prazo de dois anos após a entrada em vigor da lei, sendo essa disposição de fundamental importância para efetividade do instituto.

Pelo que se verifica, o projeto de lei é de extrema técnica e impecável direcionamento aos pontos cruciais para a solução da demanda. No entanto, em consulta ao site do Senado Federal, verificou-se que o Projeto de Lei 267/2018 foi arquivado, havendo a informação de que foi solicitada a retirada, em caráter definitivo, do projeto pelo próprio senador que o elaborou.

No que tange ao Projeto de Lei 149/2018, sua estruturação se dá em dez artigos, sendo que alguns se destacam pela relevância, pelo que a análise se concentrará nesses e também em um paralelo com o Projeto de Lei já comentando. O artigo segundo elenca uma série de conceitos, inicialmente, quanto à forma da diretiva antecipada de vontade. Nesse ponto já se tem a primeira diferença quanto ao Projeto de Lei 267/2018, pois, aqui, exige-se que se dê por “escritura pública sem conteúdo financeiro”, firmando a forma pública do instituto. Importante destacar que o Projeto de Lei vincula a efetividade da diretiva que, se devidamente elaborada de forma pública, obriga que o profissional da saúde promova a sua efetivação, no entanto, facilita a revogação, que pode se dar por manifestação oral.

Ainda, conceitua doença terminal ou grave e irreversível danos à saúde como doença incurável, progressiva e irreversível, bem como, define cuidados paliativos como aqueles indispensáveis à promoção da qualidade de vida e à dignidade do paciente. Quanto à capacidade, em seu artigo terceiro, explicita que toda pessoa maior e capaz pode ser autora de diretiva antecipada de vontade, diferentemente do primeiro Projeto de Lei, nada fala sobre os relativamente incapazes. Ainda, quanto aos tratamentos disponíveis, fala que os são aqueles considerados desproporcionais, fúteis ou extraordinários, inclusive alimentação e hidratação artificial. No entanto, confere uma conceituação mais subjetiva, não elencando em um rol como o Projeto de Lei anterior o faz.

Já o artigo quarto trata sobre a revogabilidade do instituto a qualquer tempo e, à semelhança do Projeto de Lei anterior, também faz menção à objeção de consciência do médico como motivo para o não cumprimento de eventual diretiva antecipada que exorbite sua área de disposição. Também prevê a anotação junto ao prontuário do paciente, bem como estipula dever de informar o paciente acerca da possibilidade de elaborar tal documento.

Atualmente o Projeto de Lei 149/2018 encontra-se em tramitação perante o Senado Federal. Em 10/10/2018, foi recebido o Relatório da Senadora Lídice da Mata, com voto pela aprovação do Projeto, porém, na forma do projeto substitutivo que a mesma havia apresentado,

que é extremamente próximo do texto do Projeto de Lei 267/2018. No entanto, deve-se considerar que apesar da semelhança, o projeto de lei em tramitação, o Projeto de Lei Substitutivo 149/2018, não dispõe expressamente sobre a gratuidade do instituto, diferentemente do que fazia o PL 267/2018, bem como não prevê a criação do Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENTEV).

Tal substituição, como já elencado nos comentários ao Projeto de Lei 267/2018, faz-se de muita valia para a efetivação do instituto no país, uma vez que o texto substitutivo angaria aspectos mais esclarecedores e objetivos quanto à natureza das diretivas antecipadas de vontade. A última movimentação alimentada no site do Senado sobre o Projeto de Lei Substitutivo, em 08/05/2019 e indica que o mesmo foi enviado à Comissão de Assuntos Sociais.

Assim, dado o panorama acerca das diretivas antecipadas de vontade no Brasil e todos seus aspectos normativos retrospectivos e prospectivos, diante da ausência de uma lei vigente sobre o tema, mas considerando o arcabouço principiológico do sistema jurídico brasileiro, faz-se necessário o cotejo entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3 A possibilidade jurídica do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro e a viabilidade de relativização do direito à vida pela Teoria de Robert Alexy

Dada a análise realizada no capítulo, há dois pontos elementares para adentrarmos na discussão aqui proposta, quanto à possibilidade jurídica do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro é o reconhecimento da inexistência de lei, no sentido formal, sobre o tema. O segundo é a existência de, apenas, três manifestações do Judiciário acerca da ortotanásia e do testamento vital, nas quais foi reconhecida a possibilidade de realizar-se a ortotanásia, bem como, a viabilidade do testamento vital no Brasil. Porém, destaca-se que na sentença proferida na ação civil pública²⁵ asseverou-se que a resolução nº 1.995 possui efeito apenas na relação ético-disciplinar, de modo que a família e o poder público podem buscar a tutela jurisdicional caso se oponham à diretiva antecipada firmada pelo paciente, gerando grande instabilidade no instituto. Ademais, há de se ressaltar que tais decisões não partiram do Supremo Tribunal Federal, tampouco possuem caráter vinculante com relação aos demais tribunais, por isso, no que tange ao testamento vital, surge espaço para decisões conflitantes.

É nesse sentido que se adentra na problemática do presente tópico, em que pese não haver legislação específica, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no

²⁵ Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500

art. 5º, inciso XXV da Constituição Federal, enquanto não transformado em lei o projeto em tramitação no Senado Federal, caso o Judiciário seja acionado, como já o foi, acerca da viabilidade do testamento vital, deverá se manifestar, podendo haver pluralidade de decisões em sentidos opostos. Assim, faz-se imperioso o debate entre o inerente sopesamento de princípios e direitos fundamentais que o testamento vital gera, com base, ainda, nos posicionamentos antagônicos da doutrina sobre o tema.

Outrossim, descortina-se o conflito entre o direito fundamental à vida e a dignidade da pessoa humana, com forte na autonomia privada, conflito esse que é o motor para a presente discussão, considerando o caráter de direitos fundamentais inerente aos princípios em colisão, dado seus respectivos status constitucionais. Nesse sentido, no presente tópico, ter-se-á em mente essa colisão entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, buscando-se analisar o sopesamento entre ambos, considerando os dois resultados possíveis, abaixo desenvolvidos, sob a luz dos ensinamentos de Robert Alexy.

Preliminarmente, faz-se necessário diferenciar o que se compreende por regras e princípios, ambas espécies do gênero normas de direito fundamental. Para Alexy (2006, p. 88), toda norma ou é uma regra ou é um princípio, pelo que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. Nessa senda, o primeiro critério de distinção seria o grau de generalidade, que é relativamente mais alto no que tange aos princípios e relativamente mais baixo no que tange às regras. Desse modo, pode-se dizer que os princípios possuem postulados de caráter mais genérico, o que corrobora com a afirmação supra, ao passo que as regras, ao contrário, têm uma incidência mais restrita, encerrada em seus próprios preceitos de “dever ser”.

Outro ponto, deveras decisivo para tal distinção, segundo Alexy (2006, p. 90-91), é o que se refere ao grau de otimização. Os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que demandam sua concreção na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, o que determina que sua satisfação possa se dar em graus variados. Destaca-se que o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado, justamente, pela colisão de regras e princípios. Já as regras, com caráter de determinações, são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas, pelo que não há que se falar em uma terceira solução, se uma regra é válida, ela deve ser aplicada exatamente nos seus termos, nem a mais, nem a menos.

Como bem leciona Barroso (2009, p. 353), dada essa diferenciação entre espécies normativas, a constituição passa a ser encarada como um sistema aberto, composto de princípios e regras, com a notável característica de permeabilidade a valores jurídicos suprapositivos, em que as ideias de justiça e a realização de direitos fundamentais passam a ter

papel central. Essa acepção deve-se às concepções de Ronald Dworkin e ao desenvolvimento das mesmas por Robert Alexy. Desse modo, para o autor, as regras são relatos lastreados em cunho objetivo, descritivo de determinadas situações e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, as quais se submetem ao tradicional método de subsunção, donde os fatos enquadram-se na previsão abstrata, produzindo-se uma conclusão. Ainda, no que toca à aplicação das regras, essa se dá pelo critério “tudo ou nada”, ou ela regula a matéria por inteiro ou ela é descumprida, de modo que isso reflete no caso de conflito entre regras, de modo que apenas uma poderá prevalecer.

Já os princípios, segundo Barroso (2009, p. 354), possuem um maior grau de abstração, não especificam uma conduta a ser seguida e se aplicam a uma ampla gama, por vezes indeterminável, de situações. Ainda, destaca que em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando para diversas direções, pelo que a aplicação dos princípios deve se dar através da ponderação, devendo o intérprete, tendo em conta o caso concreto, aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar no caso em análise. Portanto, a aplicação dos princípios não se dá pelo método “tudo ou nada”, mas sim, pela graduação, à vista das circunstâncias do caso concreto.

No que toca à colisão entre normas e princípios, consoante acima brevemente explanado e, como não poderia ser diferente, cada espécie exige uma forma diferente de resolução. Como leciona com maestria Alexy (2006, p. 93), o conflito entre regras deve ser solucionado declarando-se a validade de uma regra e a invalidade de outra regra, sendo que essa última deve ser extirpada do ordenamento jurídico. Nesse sentido, ou uma regra é válida, ou não é, pois esse tipo normativo não compreende aplicações contraditórias, sujeitando-se ao que se denomina de solução conflitiva “tudo ou nada”, pois não há um meio termo, ou é válida e será aplicada, ou é inválida e será banida do ordenamento jurídico. Assim, caso duas regras apresentem consequências jurídicas contraditórias entre si, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida.

Porém, no que tange à colisão entre princípios, observa-se uma resolução distinta. Para Alexy (2006, p. 94-96), quando dois princípios colidem, ou seja, quando algo seria proibido de acordo com um princípio e é permitido de acordo com outro, um desses princípios deverá ceder. Contudo, isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, pelo contrário, significa que um princípio terá prevalência sobre o outro dadas as condições do caso em análise. Isso significa dizer que os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso terão precedência sobre outros, todavia, nenhum princípio goza de *per si* de prioridade, tal

aferição deverá ser feita de acordo com o caso em análise. Assim, o objetivo do sopesamento de princípios é definir qual dos princípios colidentes terá maior peso no caso concreto.

Desse modo, no que tange à análise da possibilidade jurídica do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, fica claro o conflito entre duas normas, especificamente o direito à vida, norma de direito fundamental de caráter principiológico, e o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, tal conflito deverá ser resolvido sob viés do sopesamento, a fim de indicar, no caso do testamento vital, qual será o princípio prevalente, para fins da resolução do conflito proposto.

De pronto, faz-se mister a análise do direito à vida, direito fundamental elencado ao artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e norma de direito fundamental de nítido caráter principiológico, que, consoante já elucidado ao primeiro capítulo do presente trabalho, inclui, para Lenza (2018, p. 1186), tanto o direito de não ser morto quanto o direito de se ter uma vida digna. Nessa segunda acepção que seria desenvolvida a ideia de uma possível disposição acerca da própria vida, bem como, do eventual direito a uma morte digna.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, vetor interpretativo e axiológico do novo ordenamento constitucional brasileiro, com previsão ao art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil que, conforme analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, segundo Sarlet (2006, p. 60), se refere à qualidade intrínseca de cada um e de todos os seres humanos, implicando seu reconhecimento e respeitos frente ao Estado e à comunidade, a fim de assegurar um complexo de direitos e deveres que assegurem condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Desse modo, retomando à problemática da colisão, analisar-se-á a possibilidade de relativização ou de preponderância do direito à vida ou da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pode-se assumir dois valores, no que tange ao direito fundamental à vida: se reconhecido como prevalente, considerada a vida como bem jurídico indisponível, tal acepção implicará na proibição da disposição da vida, ainda que em situações de terminalidade, e, portanto, na proibição do próprio testamento vital. De outra banda, se reconhecido como um valor disponível, tal implicará na possibilidade jurídica do testamento vital.

No que toca à dignidade da pessoa humana, se essa for compreendida como prevalente ao direito à vida, para fim de compreender o direito a uma morte digna, por meio da autonomia privada do indivíduo, isso implicará na possibilidade jurídica de dispor sobre o direito à vida, e, portanto, na possibilidade jurídica do testamento vital. Por outro lado, se o direito à vida for considerado prevalente ao princípio da dignidade, importará na vedação do testamento vital, pelo que são colacionados os entendimentos doutrinários, em ambos sentidos, abaixo.

Nesse sentido, Moraes (2013, p. 95) considera o direito à vida como direito indisponível, portanto, aquém da incidência da liberdade e da autonomia do indivíduo como eventuais fatores limitadores de tal direito. Ademais, tal autor leciona que o direito à vida, por certo, não inclui o direito do indivíduo à própria morte, entendendo como incabível a ação do poder público para garantir a morte por meio de legislação que venha a permitir a eutanásia ou suicídios. Portanto, para o autor não há que se falar em autonomia do indivíduo para dispor de sua própria vida, de modo a consagrar a indisponibilidade do direito à vida.

Assim, tal acepção do direito à vida, considerando-o como indisponível, representa, inevitavelmente, a preponderância do direito à vida com relação à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o conflito entre os dois princípios seria resolvido, por sopesamento, conferindo maior peso ao direito à vida, de modo que esse viria a prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana, extirpando a possibilidade de consecução de eventual direito a uma morte digna. Logo, tal acepção, com prevalência do direito à vida, culmina na vedação do testamento vital, vez que tal instrumento representa a disposição da vida com suporte na autonomia privada do indivíduo.

É nesse sentido, também, que se enquadra o posicionamento de França (2017, p. 574), para quem a ortotanásia, considerada prática lícita, somente se refere aos casos de morte encefálica, quando o indivíduo já é considerado morto, pelo conceito atual que se tem de morte. Ora, desse modo, para o autor, não há que se falar em disponibilidade ou relativização do direito à vida, posto que só considera cabível o testamento vital quando o indivíduo já é considerado morto, pelos critérios atuais que se possui para a morte encefálica.

Nessa celeuma, o sopesamento do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, a fim de comportar o direito, ou não, à morte digna, para os referidos autores, diante do exposto, passa a ser pela prevalência do direito à vida, o que torna inviável a realização de práticas ortotanásticas, bem como, inviabiliza a realização de testamentos vitais que venham a dispor sobre situações de terminalidade e fim de vida para além da morte encefálica, donde o indivíduo já é considerado como morto.

Por outro lado, caso se vislumbre a disponibilidade do direito à vida e a prevalência do valor da dignidade da pessoa humana, o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a ser considerado como prevalente. Nesse sentido, Sarlet (2006, p. 49) destaca que há uma dimensão dúplice na dignidade, uma que se vincula à autodeterminação e diz respeito à tomada de decisões essenciais da própria existência, e outra dimensão que se traduz na necessidade de proteção por parte Estado e da sociedade, principalmente quando ausente a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Ainda, o autor destaca, o caráter universal da dignidade, sendo comum a todos os seres humanos, seja a aqueles que cometem ilícitos, seja a aqueles que se

verificam em situação de incapacidade. Esses últimos indivíduos, embora já tenham perdido sua capacidade de autodeterminação, mesmo assim, devem ser tratados de uma forma digna.

Para Lenza (2018, p. 1190 - 1191), o direito à vida não é absoluto, tendo em conta que o próprio texto constitucional excepciona tal direito, permitindo a pena de morte no caso de guerra. Ainda, o autor menciona precedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais houve a disposição do bem jurídico ora em análise, como no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental²⁶, reconhecendo a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, e como a Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁷, a qual admitiu que o uso de células tronco embrionárias para pesquisas não violaria o direito à vida.

Ainda, Dworkin (2009, p. 342) ressalta o papel decisivo que a liberdade possui nesse assunto, pois é imprescindível que se analise a dignidade à luz do direito à consciência, à luz da liberdade que cada indivíduo possui. Desse modo, para o autor, uma Constituição honrável e centrada em princípios deve garantir a todos esse poder de decidir por si próprio, acerca dos rumos que dará a própria vida, pois do contrário, se uma Constituição veda esse direito de liberdade de consciência, estar-se-ia diante de um governo totalitarista.

Nesse sentido, depreende-se que, para o autor, o indivíduo deve possuir liberdade para realizar a opção que mais se amolde ao seu projeto de vida. Assim, o ordenamento jurídico deve proporcionar essa liberdade ao indivíduo e não impor a vedação de determinada escolha, tolhendo a margem de atuação da autonomia privada. Fica claro que uma das dimensões da liberdade não é, apenas, possuí-la, mas poder lançar mão da mesma para concretizar seus arbítrios (DWORKIN, 2009, p. 343).

Ademais, cabe ressaltar que o direito a uma morte digna, como consecução da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, é compreendido como a autonomia do paciente, em situação de fim de vida, para recusar a realização de tratamentos que não terão o condão de influir positivamente, de melhorar o seu quadro clínico, a fim de garantir que a sua morte se dê de uma forma digna, evitando sofrimentos desnecessários e de acordo com o conceito que cada indivíduo possui como elementar para caracterizar a dignidade de sua morte, ou a ausência de dignidade em sua existência amparada em meios artificiais de manutenção da vida, caso seja esse o desejo do indivíduo.

Portanto, para o referido grupo de autores, na análise do sopesamento de princípios e direitos fundamentais propostos, dar-se-ia a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, na vertente do direito a uma morte digna, sobre o direito à vida, culminando na

²⁶ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

²⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3510

possibilidade da realização de procedimentos ortotanásticos e na viabilidade jurídica do testamento vital, como instrumento de concreção da autonomia privada dos indivíduos em situações terminais e de fim de vida.

Desse modo, há argumentos contundentes para justificar ambas as soluções para o caso proposto. Com amparo na doutrina representada por Alexandre de Moraes e por Genival Veloso de França, é possível considerar que o sopesamento deva apontar como prevalente o direito à vida, vedando a disposição acerca do mesmo, inclusive pelo viés do testamento vital. Por outro lado, com amparo na doutrina representada por Ronald Dworkin, Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Lenza, seria possível concluir-se pela prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente no que tange à garantia do direito a uma morte digna, considerando a autonomia privada do paciente em estado de terminalidade ou fim de vida, como exercício de sua liberdade de consciência.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, verifica-se que o testamento vital adentra no âmbito jurídico em razão das alterações sociais. Ademais, destaca-se que, para os fins do presente trabalho, elegeu-se a qualificação do instituto como negócio jurídico, tendo em vista o papel desempenhado pela vontade do indivíduo na elaboração de tal instrumento, apesar de haver divergência doutrinária sobre o tema. Superadas as conclusões no que tange ao plano da existência e da qualificação do instituto, adentra-se no plano da validade.

No que tange ao plano da validade, por força da lei civil, o testamento vital deve se adequar aos requisitos de capacidade, licitude do objeto e forma. No que toca à capacidade da parte outorgante do testamento vital, obedecidos os ditames do Código Civil, foi elucidado que além da capacidade, faz-se mister que a decisão do paciente seja embasada no consentimento livre e esclarecido, para que o testamento vital, de fato, instrumentalize a autonomia privada do indivíduo.

Ainda, quanto à forma, conclui-se como mais acertado o entendimento expresso por Luciana Dadalto, pois, apesar de haver entendimento dissonante, reputa-se essencial que o testamento vital se dê sob a forma escrita e via reconhecimento público, a fim de conferir maior segurança jurídica ao mesmo.

Além disso, no que toca à licitude do objeto é que se desenvolve grande controvérsia doutrinária, envolvendo a pertinente diferenciação entre os institutos da eutanásia, ortotanásia e distanásia. Como referido da análise dos posicionamentos doutrinários, revela-se a ilicitude da eutanásia, qualificada como ilícito penal, ao passo que a ortotanásia afigura-se como conduta lícita. Assim, são os limites da ortotanásia que vão determinar a licitude do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, conclui-se que o testamento vital somente pode dispor de tratamentos extraordinários, que não impliquem em melhora no quadro do paciente, de forma a deixar que a morte ocorra de forma natural, sem aparato externo.

Ademais, no que tange à eficácia do testamento vital, verifica-se a necessidade de implementação de um sistema integrado, que possibilite ao profissional da saúde a cognoscência acerca da existência do testamento vital, para que possa ser dado cumprimento à vontade expressa pelo paciente. Além disso, a vinculação do médico se dá apenas às disposições do testamento vital que coadunem com o ordenamento jurídico brasileiro, portanto, tendo como limite a ortotanásia. Assim, destaca-se que é inevitável concluir que o instrumento teria maior eficácia e seria dotado de segurança jurídica se houvesse regulamentação legal sobre o mesmo,

tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro é lastreado no princípio da legalidade, previsto ao art. 5º, II da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outrossim, diante do vácuo legislativo e da ausência de decisão vinculante aos demais órgãos judiciários pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do testamento vital, verifica-se que tais omissões não devam impedir que os indivíduos exercitem sua autonomia de vontade, a fim de garantir seu direito a uma morte digna, pelo que o conflito entre o direito fundamental à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana deve dar prevalência a esse último, considerando o caso em análise, com o propósito de garantir a viabilidade jurídica do testamento vital como possibilidade de exercício lícito da autonomia privada, amparada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, conclui-se pela possibilidade jurídica do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, lastreado na prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil, erigido ao status de princípio fundamental da República, na sua dimensão de um a direito a uma morte digna. Portanto, o testamento vital representa e instrumentaliza um uso lícito da autonomia privada, dando concretude ao direito de uma morte digna ao indivíduo. Há de se observar, contudo, como limite para tal instrumento a ortotanásia, bem como a possibilidade de dispor apenas sobre a suspensão de tratamentos extraordinários, os quais não terão o condão de influir positivamente no quadro clínico do doente terminal, apenas prolongando seu sofrimento. Por fim, ressalta-se que o direito à vida configura direito fundamental de primeira dimensão, caracterizado pela abstenção estatal, o que corrobora com a afirmação de que o Estado não deve interferir na esfera de autonomia privada do indivíduo quando esse desejar dispor de sua vida, implicando na possibilidade de que o indivíduo se valha de sua autonomia para garantir seu direito a uma morte digna.

Assim, conclui-se como prevalente a corrente doutrinária representada por Ronald Dworkin, Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Lenza, por entender que no sopesamento entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, deva prevalecer este último, vetor principiológico do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de garantir a possibilidade de disposição do direito à vida e consecução do direito a uma morte digna, como autêntica expressão da liberdade de consciência e da autonomia privada de cada indivíduo, especialmente no que tange à instrumentalização de tais princípios através do testamento vital.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Morte Digna: Direito Natural do Ser Humano**. Revista do Direito Sanitário, São Paulo, v. 8, n. 1, p.173-187, mar. 2007. Semestral. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/80048/83947>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 624 p.

BARBOZA, Amanda Souza; BRITO, Anne Laerda de. **A viabilidade e o conteúdo do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico**. Belo Horizonte: Revista Forum Direito Civil - Rfdc, 2015. 24 p.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 409 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502075313/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 13 maio 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: volume 2**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 573 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216832/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. CC, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. CP, Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. In: PLANALTO. Legislação. Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. **Sentença**. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Brasília, DF, 1 de dezembro de 2010.

BRASIL. Seção Judiciária do Estado de Goiás. **Sentença**. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Goiânia, GO, 21 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão**. Apelação Cível nº 70054988266. Porto Alegre, RS, 20 de novembro de 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Parte Especial**. São Paulo: Atlas, 2017. 1005 p. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010374/cfi/6/10!/4/4@0:16.5>>.
Acesso em: 16 jun. 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: Coleção Sinopses Jurídicas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 250 p. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502624863/cfi/4!/4/4@0:00:54.3>>.
Acesso em: 18 abr. 2019.

COLOMBO, Cristiano. **Direito Civil: Parte Geral**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 304 p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805**, de 09 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente. Brasília, DF, 22 nov. 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF, 24 set. 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995**, de 09 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF, 31 ago. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF, 01 nov. 2018.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 246 p. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495078/cfi/3!/4/4@0:00:48.9>> . Acesso em: 16 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009. 362 p.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 721 p. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976460/cfi/6/10!/4/24@0:90.2>>.
Acesso em: 16 jun. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 473 p. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217266/cfi/4!/4/2@100:0.00>>.
Acesso em: 15 jun. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 581 p. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547213091/cfi/4!/4/4@0:00:5.60>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. 275 p. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502163126/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>.
Acesso em: 13 maio 2019.

KOVÁCS, Maria Júlia. **Autonomia e o direito de morrer com dignidade**. Revista Bioética, São Paulo, v. 6, n. 1, p.1-8, 2009. Disponível em:
<http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/326>. Acesso em: 22 abr. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1627 p.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas - Grupo Gen, 2016. 280 p. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006537/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>.
Acesso em: 07 abr. 2019.

MARTINS, Carlos Eduardo. **Ordenamento Jurídico brasileiro aceita ortotanásia**. Consultor Jurídico, São Paulo, p.1-3, 17 jul. 2013. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2013-set-17/carlos-martins-ortotanasia-aceita-nosso-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 331 p. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212483/cfi/4!/4/4@0.00:12.8>>.
Acesso em: 23 mar. 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 317 p. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627048/cfi/4!/4/4@0.00:54.3>>.
Acesso em: 23 mar. 2019.

MELO, Rafael Tages. **Eutanásia - um breve estudo**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 11 nov. 2009. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.25419&seo=1>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral - Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 1 v.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 147 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 637p. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974015/cfi/6/10!/4/10/2@0:46.2>.
Acesso em: 15 jun. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas - Grupo Gen, 2018. 657 p. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014594/cfi/6/10!/4/14/6@0:0>>.
Acesso em: 11 maio 2019.

ANEXO A - MODELO DE TESTAMENTO VITAL

TESTAMENTO VITAL²⁸

Eu, _____ (nome completo), _____ (nacionalidade),
 _____ (estado civil), _____ (data de nascimento), _____ (profissão),
 _____ (CPF), _____
 _____ (endereço completo), venho, de livre e espontânea vontade, no pleno gozo das
 minhas capacidades civis, respaldado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa
 humana (art. 1º III) e da autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como pela proibição
 de tratamento desumano (art. 5º III) e pelo artigo 15 do Código Civil brasileiro, expressar as
 instruções que devem ser levadas em consideração sobre meus cuidados médicos quando, por
 diferentes circunstâncias derivadas de um quadro irreversível de minhas saúde física e/ou
 psíquica, eu não possa manifestar minha vontade:

I – VALORES E DESEJOS: Eu quero que todos saibam sobre meus valores e meus desejos,
 especialmente sobre o que é mais importante para mim durante a última parte da minha vida:

II – DECISÕES SOBRE O FIM DA VIDA:

II.1 Caso dois médicos entendam que padeço de uma doença terminal, incurável e irreversível,
 e que, portanto, não há nenhuma perspectiva de cura ou de melhora, manifesto aqui os
 procedimentos aos quais não desejo me submeter e os medicamentos que não desejo ingerir:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como a abstenção da equipe de saúde em me reanimar caso meu coração pare de bater e eu pare de respirar.
- b) Respiração artificial
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos

²⁸ Fonte: Luciana Dadalto (retirado do livro Testamento Vital, 3ª edição, 2015, p. 205 – 210).

- d) Diálise
- e) Quimioterapia
- f) Radioterapia
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor
- h) Exames invasivos
- i) Antibióticos
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que em grau avançado de doenças terminais, o paciente não sente fome nem sede e, mais, muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto.
- k) Outros: _____

II.2 Caso dois médicos entendam que padeço de uma demência em estado avançado e irreversível ou de uma enfermidade degenerativa do sistema nervoso ou muscular, em fase avançada e irreversível, nas quais eu não esteja mais vivendo com qualidade e considerando qualidade de vida como manifesto aqui os procedimentos aos quais não desejo me submeter e os medicamentos que não desejo ingerir:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como
- b) Respiração artificial
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos
- d) Diálise
- e) Quimioterapia
- f) Radioterapia
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor
- h) Exames invasivos
- i) Antibióticos

j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que em graus avançados de demências irreversíveis o paciente não sente fome nem sede, e muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto.

k) Outros: _____

II.3 Caso dois médicos diagnostiquem que estou em Estado Vegetativo Persistente, condição que a Medicina tem uma grande certeza de irreversibilidade, manifesto aqui os procedimentos aos quais não desejo me submeter e os medicamentos que não desejo ingerir:

a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como

b) Respiração artificial

c) Grandes procedimentos cirúrgicos

d) Diálise

e) Quimioterapia

f) Radioterapia

g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor

h) Exames invasivos

i) Antibióticos

j) Nutrição e hidratação artificiais, mesmo sabendo que no Estado Vegetativo Persistente a não admissão de nutrição e hidratação provocará a minha morte.

k) Outros: _____

IV – OUTRAS DISPOSIÇÕES:

IV.1 Manifesto expressamente meu desejo de realizar todos e quaisquer procedimentos cuja finalidade seja, exclusivamente, prover meu conforto e amenizar minha dor e/ou angústia, garantindo um final digno de vida, mesmo quando tais procedimentos possam prolongar minha vida.

IV.2 Não desejo a realização de nenhum procedimento para tirar minha vida, desejo apenas que ela não seja desarrazoadamente prolongada.

IV.3 Se eu estiver grávida, essa diretiva antecipada ficará suspensa até o final da gravidez.

IV.4 Tenho plena consciência de que este documento vincula meus familiares, meus amigos e a equipe de saúde, que devem seguir todas as disposições aqui inscritas.

IV.5 Desejo que, diante da irreversibilidade do quadro médico, eu seja levado para minha casa, a fim de desfrutar os últimos momentos de vida junto com a minha família e no meu lar.

V – DIRETRIZES PARA A EQUIPE DE SAÚDE QUE ME ATENDERÁ

V.1 Durante a feitura desse documento fui orientado pelo meu(minha) médico(a) de confiança, Dr. (a). _____, portador(a) do CRM no _____, que me instruiu acerca dos termos técnicos aqui escritos, bem como das consequências de todos os procedimentos que estou recusando.

V. 2 Esse documento autoriza a suspensão ou não realização de procedimentos apenas quando dois médicos atestarem a irreversibilidade da condição de terminalidade, de demência avançada ou de Estado Vegetativo.

V.3 Este documento foi feito por uma pessoa em pleno gozo de sua capacidade civil que, de acordo com as leis brasileiras e a Resolução no 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, tem a faculdade de recusar procedimentos médicos que tenham a finalidade apenas de prolongar a vida biológica, sem garantir-lhe qualidade de vida.

V.4 Se algum membro da equipe utilizar seu direito à objeção de consciência, e, portanto, não puder cumprir as disposições aqui previstas por razão moral ou religiosa, vocês devem me encaminhar para outro profissional, a fim de que minha vontade seja cumprida.

VI – REVOGAÇÃO

Tenho ciência de que eu posso revogar essa diretiva antecipada de vontade a qualquer tempo, fazendo uma nova diretiva ou apenas uma declaração de vontade revocatória. Em ambos os casos, posso revogar minhas decisões sobre o fim de vida e/ou a nomeação do(s) procurador(es) para cuidados de saúde no fim de vida.

Cidade, data completa

Assinatura do outorgante