



**UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU**  
**EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES INDIVIDUAIS E**  
**COLETIVAS**

**CAROLINA APARECIDA GALVANESE DE SOUSA**

**TERMINALIDADE DE VIDA, TESTAMENTO VITAL, E O DIREITO**  
**BRASILEIRO**

**SANTOS/SP**  
**2022**

# **Terminalidade de Vida, Testamento Vital, e o Direito Brasileiro**

**Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Saúde, sob orientação da Profa. Dra. Renata Salgado Leme.**

**SANTOS/SP  
2022**

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que citada a fonte.

344.4197 de Sousa, Carolina Aparecida Galvanese.

S696t Terminalidade de vida, testamento vital, e o direito brasileiro. /  
Carolina Aparecida Galvanese de Sousa.  
2022.  
95 f.

Orientador: Profa. Dra. Renata Salgado Leme.

Dissertação (Mestrado)-- Universidade Santa Cecília,  
Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos,  
SP, 2022.

1. Testamento Vital. 2. Diretivas Antecipadas de Vontade.  
3. Bioética. 4. Terminalidade de Vida. I. Leme, Renata Salgado.  
II. Terminalidade de vida, testamento vital, e o direito brasileiro.

**CAROLINA APARECIDA GALVANESE DE SOUSA**

**TERMINALIDADE DE VIDA, TESTAMENTO VITAL, E O DIREITO  
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas.

**Banca Examinadora:**

---

**Profa. Dra. Renata Salgado Leme**  
**Universidade Santa Cecília**

---

**Profa. Dra. Rosa Maria Ferreiro Pinto**  
**Universidade Santa Cecília**  
**(avaliadora interna)**

---

**Profa. Dra. Verônica Scriptorre Freire e Almeida Almeida**  
**Universidade Santa Cecília (avaliadora interna)**

---

**Profa. Dra. Denyse Guedes**  
**Universidade de Aveiro - Portugal (avaliadora convidada)**

A Deus que me conduz sempre e me presenteia diariamente com a clareza e faculdade de raciocínio, à minha filha Manuela que foi a fonte da minha motivação mesmo sem saber, e aos seletíssimos amigos verdadeiros e leais, que na trajetória da vida se tornaram os irmãos de alma que se dispensa a consanguinidade (Provérbios 17:17).

## AGRADECIMENTOS

Muito mais do que atender uma mera formalidade, o agradecimento neste momento encontra de fato razão e lugar propícios, porque a conclusão de um trabalho de tamanha envergadura é verdadeiramente o resultado solitário da soma de muitas renúncias, dispêndio de tempo, esforço, superação de adversidades, e prática ortodoxa da resiliência diária.

O reconhecimento de minha pequenez humana me impõe ainda reverenciar que eu seria ninguém, e jamais teria chegado onde estou, alçando referida conquista pessoal e profissional, se não tivesse ao meu lado a orientação, o apoio e a motivação das pessoas maravilhosas com as quais contei no curso dessa caminhada.

Agradeço a Deus, Dador da vida, que desde o ventre materno olha e cuida amorosamente de mim, me concedendo inteligência, sabedoria, discernimento, lucidez e todas as habilidades necessárias a fim de que possa fazer dessa experiência de viver, uma história ímpar e inesquecível.

Agradeço a meus pais pela concepção, sustento e formação moral.

Agradeço à minha filha Manuela, minha parceirinha, que compreendeu minhas ausências, submeteu-se à uma adequação de orçamento, e compartilhou de perto todas as intercorrências transpostas para este feliz desfecho.

Agradeço à minha estimada orientadora, Professora Doutora Renata Salgado Leme, que aceitou-me como sua orientanda, e que de modo paciente e magistral alinhou este trabalho com a competência acadêmica que lhe é peculiar.

Agradeço às Professoras Doutoras Rosa Maria Ferreiro Pinto e Verônica Scriptorre Freire e Almeida, que além de dádivas em forma de pessoas com o qual o ambiente universitário me agraciou, compuseram de maneira gentil minha Banca de Qualificação, e enriqueceram meu trabalho com suas observações oportunas e pontuais.

Agradeço a todos os demais Professores que passaram pela minha trajetória de vida, e que de algum modo fizeram parte de minha formação desde o que hoje se denomina ensino fundamental até o desfecho deste ciclo, agregando conhecimento, fomentando as curiosidades e o despertar para o novo.

Agradeço a meus amigos Marcio Gonçalves Felipe e Marchione dos Reis Ferreira que foram força para seguir em frente, que me proporcionaram sorrisos nos momentos mais difíceis, que me deram os ombros para as lamentações que muitas vezes transbordaram, que foram colo, empurrão e sacolejo na medida certa.

Agradeço a José Romano Lucarini, meu querido, que à par de ter feito parte de minha formação jurídica há cerca de 25 (vinte cinco) anos atrás, hoje, em outra conjuntura após um feliz reencontro, me confere com sua amável presença diária, a leveza, a serenidade, e o afeto que me acolhem e me tornam uma pessoa melhor.

Por fim, agradeço a mim mesma por acreditar nas minhas próprias potencialidades e não ter desistido nos momentos desfavoráveis, mas antes, ter tido a necessária destreza em ajustar peritamente as velas da embarcação da vida mesmo diante do confronto com a tormenta, em que todos os ventos convergiam para um quase evidente naufrágio, sagrando-me ao final como a história me mostrou, uma aguerrida sobrevivente.

“(...) Quanto mais consciente da morte,  
mais o ser humano se torna humano  
mesmo. E só sendo humano de verdade dá  
para escolher como passar seu tempo por  
aqui: viver até que a morte chegue ou ir  
morrendo enquanto acha que está vivo.”

(Ana Claudia Arantes Quintana, fevereiro de 2015,  
Artigo publicado na Revista Trip)

## RESUMO

Este trabalho se presta a apresentar o instituto do Testamento Vital como instrumento *de lege ferenda* no ordenamento jurídico brasileiro, que a par de se prestar a fomentar o exercício da autonomia privada do indivíduo ao mesmo tempo em que assegura a dignidade da pessoa humana em situações relativas à escolha de tratamento médico em fase de derradeira terminalidade de vida, também oferece aos profissionais da área de saúde a segurança necessária para fazer cumprir as decisões tomadas pelo paciente nos termos daquilo que esteja devidamente documentado, atendidas as formalidades legais previstas. Reflexões a respeito do cabimento de dispor da própria vida, do manejo dos cuidados paliativos e do "direito de não saber" um diagnóstico infausto também são levantadas. Ainda, após uma sucinta incursão sobre a origem da bioética, que lhe fundamenta e justifica, e de maneira geral às Diretivas Antecipadas de Vontade, é apresentada a incipiente experiência jurídica brasileira em discussões de âmbito contencioso, afetas ao assunto até o momento, seguido de breve apontamento sobre a matéria em sede de direito comparado. Abordou-se também na materialização do Testamento Vital, seu conteúdo, características de existência e validade, bem como o uso da linguagem do discurso possível, assim como outras questões conexas no tocante à escolha inserta do paciente frente ao sistema de saúde público e privado. Por derradeiro, fez-se referência ao uso do Testamento Vital junto às serventias cartorárias extrajudiciais da Comarca de Santos.

**Palavras chaves:** Testamento Vital; Diretivas Antecipadas de Vontade; Bioética; Terminalidade de Vida; Autonomia do Paciente; Código de Ética Médica.

## ABSTRACT

This work is intended to present the Institute of Living Will as an instrument of *legisferenda* in the Brazilian legal system, which, in addition to promoting the exercise of the individual's private autonomy, while ensuring the dignity of the human person in relative situations when choosing medical treatment in the final stage of life, it also offers healthcare professionals the necessary security to enforce the decisions taken by the patient in terms of what is duly documented, complying with the legal formalities provided for. Reflections regarding the appropriateness of having one's own life, the management of palliative care and the 'right not to know' about a disastrous diagnosis are also raised. Still, after a brief incursion into the origin of bioethics, which underlies and justifies it, and in general to the Advance Will Directives, the incipient Brazilian legal experience in litigation discussions, affecting the subject so far, is presented, followed by brief note on the matter in terms of comparative law. It was also addressed in the materialization of the Living Will, its content, characteristics of existence and validity, as well as the use of possible speech language, as well as other related issues regarding the inserted choice of the patient in front of the public and private health system. Finally, reference was made to the use of the Living Will in the extrajudicial notary offices of the Santos District.

**Keywords:** Living Will; Advance Will Directives; Bioethics; Termination of Life; Patient Autonomy; Code of Medical Ethics.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AHA: Nutrição e Hidratação Artificial

CEM: Código de Ética Médica

CFM: Conselho Federal de Medicina

DAD: Diretiva ou Diretriz Antecipada para Demência

DAP: Diretiva ou Diretriz Antecipada Psiquiátrica

DAV: Diretiva ou Diretriz Antecipada de Vontade

EVP: Estado Vegetativo Permanente (ou Persistente)

OMS: Organização Mundial de Saúde

ONR: Ordem de Não Reanimação

PSDA: Patient Self Determination Act (lei norte-americana)

SET: Suspensão de Esforço Terapêutico

SUS: Sistema Único de Saúde

RENTEV: Registro Nacional de Testamento Vital

RNDAV: Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>15</b>
<b>1 DIREITOS INDIVIDUAIS: AUTONOMIA E DIREITOS DE PERSONALIDADE</b>	<b>22</b>
1.1 Da autonomia da vontade do indivíduo	22
1.2 A dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade	25
1.2.1 Direito de dispor do indisponível	27
<b>2 A BIOÉTICA E O FIM DA VIDA</b>	<b>32</b>
2.1 Bioética	32
2.2 Procedimentos sobre o fim da vida	37
2.2.1 Distanásia	37
2.2.2 Ortotanásia	38
2.2.3 Mistanásia	40
2.2.4 Suicídio assistido	40
2.2.5 Eutanásia	41
<b>3 DIREITOS DOS PACIENTES</b>	<b>42</b>
3.1 O ordenamento jurídico brasileiro em um cenário de terminalidade da vida	42
3.2 Das Diretivas Antecipadas da Vontade	45
3.2.1 DAP – Diretrizes Antecipadas Psiquiátricas	47
3.2.2 DAD - Diretrizes Antecipadas para Demência	52
3.2.3 Plano de parto	52
3.2.4 ONR - Ordem de não reanimação	53
3.2.5 Mandato duradouro	53
3.2.6 Testamento vital	54
3.3 A responsabilidade civil do médico com relação ao paciente sob os seus cuidados	54
<b>4 TESTAMENTO VITAL: ASPECTOS RELEVANTES</b>	<b>59</b>
4.1 Testamento Vital: origem	59
4.1.1 Características da existência	62
4.1.2 Tempo da eficácia	66
4.1.3 Conteúdo	68
4.1.4 Efeito	70

4.1.5 Revogabilidade	70
4.1.6 Limites	70
<b>4.2 Diferença entre o Testamento Vital e o Testamento Patrimonial</b>	<b>70</b>
<b>4.3 Críticas ao Testamento Vital</b>	<b>72</b>
<b>4.4 O Testamento Vital em algumas experiências estrangeiras</b>	<b>72</b>
4.4.1 Estados Unidos da América	72
4.4.2 Europa	73
4.4.3 América do Sul	74
<b>4.5 Experiências jurídicas brasileiras</b>	<b>75</b>
4.5.1 Demanda questionando a possibilidade de escolha de tratamento em momento futuro de terminalidade de vida	75
4.5.2 Demanda em que se discutiu a constitucionalidade da Resolução nº 1.805/2006 (CFM Brasil)	76
4.5.3 Demanda envolvendo a Resolução nº 1.995/2012	78
4.5.4 Primeira ação judicial a analisar a validade do Testamento Vital	78
4.5.5 Enunciado 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça	79
<b>4.6 A linguagem do Testamento Vital</b>	<b>80</b>
<b>4.7 O Testamento Vital e a sua validade ante a omissão legislativa</b>	<b>83</b>
<b>4.8 Questões conexas ao Testamento Vital</b>	<b>83</b>
<b>4.9 Manejo do Testamento Vital no âmbito cartorário da cidade de Santos</b>	<b>84</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>86</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

A vida e a morte são e serão certamente, o alvo das maiores discussões existenciais do ser humano, e isso não é por acaso.

A morte é certa, e é enfrentada diariamente sem o perceber, pois a cada dia é um a menos na vida de cada um.

Os anos que temos, são apenas aqueles que restam ainda a viver e a experimentar.

(...) Ao ser concebido, o embrião vence a morte, como triunfo sobre outros espermatozoides que não fecundaram o óvulo. Ao nascer com vida, o ser humano vence a morte da passagem da segurança do útero para o mundo exterior. Ao crescer, vence a morte a cada etapa do seu desenvolvimento, por não contrair doenças infecciosas, por não se acidentar, por ser alimentado adequadamente. Ao envelhecer, vence a morte, a cada dia, quando vai perdendo seu tônus vital.

...

É vence a dor da morte dos que o cercam, sofrendo por ela, encarando-a como o sofrimento maior a que pode ser exposto (DUARTE, 2012, p. 19).

Os valores presentes e potenciais, a diversidade de pensamento, religião, cultura, educação e ideologias pessoais alimentam questionamentos e reflexões filosóficas que trazem apropriada e necessariamente o tema ao âmbito jurídico e legal.

A finitude da vida apesar de sabida e esperada ainda assusta e evidencia o fato de que a sociedade de modo geral, vive à míngua de uma educação para a morte.

A prática jurídica é conclusiva em apontar que há intensa antipatia e aversão por significativa parcela da sociedade - e não é exagero dizer que tal hostilidade beira à superstição – a assuntos relacionados com disposições testamentárias ou qualquer cogitação de um planejamento sucessório.

Referida intimidação em relação ao assunto chega ao ponto de desencadear em alguns indivíduos - a depender de suas experiências negativas em relação ao tema - a fobia clinicamente tratável denominada tanatofobia, cujo termo procedente da justaposição dos termos gregos *thanatos* (morte) e *phobos* (medo, temor), e é definida como o medo extremo da morte, desencadeador de transtorno prejudicial a uma sadia qualidade de vida.

A negação, portanto, é recurso utilizado por muitos para conviver com tal inevitabilidade, como se tal conduta de algum modo tivesse o condão de blindar o interlocutor dos efeitos nefastos que o despedimento da vida encerra.

Logo, é certo que "o sistema de crenças de uma pessoa tem influência direta no processo de tomada de decisão" em questões de saúde e vida, inclusive no que diz respeito à sua inevitável terminalidade (GOLDIM, 2007, p. 14).

Neste aspecto, tratando do processo de passagem da vida para o pós-vida, pende ressaltar que a formação religiosa pode ser um fator determinante a entrar em consideração, haja vista que, a depender da perspectiva e credo, as decisões podem representar violação de consciência com implicações eternas no plano espiritual, moralmente ofensivo, e tão lesivo quanto qualquer chaga oriunda de uma agressão física.

Vê-se portanto, que a matéria é carregada de carga emocional, cujo desrespeito ou desconsideração infligem no ente, males e lesões morais - e quiçá, prejuízos materiais, a considerar a expressão dos desdobramentos psíquicos provocados.

Some-se a isso o fato de que o avanço científico tem permitido ao ser humano, em positivo ritmo progressivo, uma melhor e qualitativa expectativa de vida, permeada de relativa juventude e vigor até idade longeva.

A perspectiva então se transforma.

A morte que era antigamente encarada como processo natural, hoje é vista como uma derrota, um acontecimento que demonstra a fragilidade da medicina e a fraqueza dos profissionais de saúde em estender a duração da vida (DADALTO, 2020, p. 12).

Ou, como no dizer de Kovács (2014),

(... ) a morte se tornou distante, asséptica, silenciosa e solitária. Se a morte é vista como fracasso ou indignidade, o profissional se vê perdendo batalhas e derrotado. O paciente que sobrevive é guerreiro, mas quando piora é visto como perdedor." (KOVÁCS, 2014, p. 95).

Considerada a melhoria da qualidade de vida mesmo enferma e dos prognósticos clínicos de sustentação da vida inviável propiciados pelo avanço das modernas tecnologias e da medicina de modo geral, passou a ter voz a discussão em torno do manejo de meios assecuratórios dos direitos dos pacientes no tocante ao exercício de sua autonomia privada, notadamente ao que se atém o objetivo deste trabalho, a questões e situações afetas à terminalidade de vida.

Em que pese a expertise do profissional que o assista, é do paciente o direito à livre escolha dos tratamentos clínicos, cirúrgicos e farmacológicos a si administrados, cabendo a ele decidir sobre a pertinência e o cabimento, no momento em que seu manejo se faça necessário.

Houve portanto uma mudança no processo de morrer.

Com as novas medidas terapêuticas e a incorporação da tecnologia disponível nos hospitais, a morte que era habitual ocorrer em casa, no acolhimento do ambiente familiar, passou a se dar nos nosocômios, como se fosse essa uma típica missão hospitalar (MARTINEZ, 2016, p. 114).

Porém, em que pese a resistência no enfrentamento do assunto, a verdade é que cedo ou tarde todos nos confrontaremos com o término da vida, e por mais amena que tal transição se apresente (vida para a morte), e por mais resignado que o indivíduo seja em aceitá-la, não será algo agradável ou admitido com rompantes de alegria.

A morte nunca é quista ou desejada, mesmo entre aqueles que creem em um acolhimento paradisíaco pós-vida, em sua ocorrência.

Minorar os impactos negativos e prever situações desgastantes evitáveis são aspectos de que se ocupam as Disposições ou Diretrizes Antecipadas de Vontade, instituto jurídico que emergiu no século XX com o fito de atender e salvaguardar a autonomia e os direitos individuais daqueles que receiam pela condução de seu tratamento médico e de saúde por terceiros, na hipótese de estarem impossibilitados de manifestar sua vontade e exercer livremente seu direito de escolha, passando a ficar ao critério de outrem as decisões mais importantes no que diz respeito a aspectos de natureza íntima e privada.

O ponto nevrálgico é, assim, qual mecanismo jurídico a ser utilizado para atingir tal finalidade.

No direito alienígena já se vê a presença do Testamento Vital atendendo referida necessidade.

No entanto, pela omissão de legislação específica a respeito em nosso país, há lacuna no ordenamento jurídico brasileiro no tocante à previsão de um instrumento legal nestes mesmos moldes, devidamente estruturado, e que garanta a salvaguarda das escolhas do paciente em tal momento e sob tais circunstâncias (quando por qualquer razão não possa exprimir sua vontade).

E como numa via dúplice, por outro lado, impõe-se aquilatar a importância de dito instituto também no tocante à garantia do livre exercício profissional daqueles envolvidos na prestação do serviço médico, que à sombra da insegurança instalada pela possibilidade de retaliação (seja de caráter emulativo ou não) por parte dos parentes do falecido no acometimento de um mal maior sob sua suposta responsabilização, recusam-se a atender disposições impostas pelo paciente sob o argumento de que lhes faltam substrato legal.

Daí a importância da regular disciplina do Testamento Vital como veículo seguro que alinhe ambos os direitos e garantias com vistas a, numa projeção ampla e com respaldo na bioética, fomentar a manifestação dos indivíduos no tocante à escolha de tratamentos e recursos impingidos num momento de terminalidade de vida, com supedâneo em suas preferências pessoais, experiências de vida, cultura, religião, e

demais critérios de natureza particular, certos de que serão estes respeitados e atendidos.

Referido instrumento, que já possui traçado delineado no Código de Ética Médica, depende do ansiado e necessário contorno legislativo definitivo a determinar forma e conteúdo, bem como a lastrear sua observância obrigatória com imposição de penalidades específicas a quem o preterir, de maneira a prestigiar o Estado Democrático de Direito e os Direitos Humanos no contexto da preservação da autonomia do paciente.

Assim, imperioso que os operadores do direito e profissionais da área de saúde se debrucem sobre o tema, que diante da vertiginosa relevância, tende a reivindicar uma análise ponderada, e justificada preocupação legislativa, que por certo se inicia com a provocação acadêmica oriunda de trabalhos desta escol.

Logo, o presente objetiva reverberar um despertar para a necessidade da existência, formatação e atribuição de efetiva eficiência e eficácia do instrumento legal denominado Testamento Vital.

Cotejar o tratamento dado ao instituto perante o direito alienígena, e levantar todas as previsões normativas dentro do arcabouço jurídico brasileiro.

Analisar decisões judiciais em âmbito nacional que enfrentaram questões afetas à disciplina do Testamento Vital por conta de disposições do Código de Ética Médica e da interpretação da legislação geral a respeito de manifestações da autonomia privada em casos específicos, inclusive com julgamentos que se aprofundaram na constitucionalidade de seus textos.

Apurar o conhecimento e uso do Testamento Vital pelas serventias cartorárias extrajudiciais dentro da Comarca de Santos.

Apontar a necessidade da implementação do Testamento Legal a fim de atender à evolução da sociedade e reivindicações que se descortinam, ao passo que se verifica o avanço da ciência, observadas as repercussões jurídicas tanto para o paciente quanto para os profissionais de saúde envolvidos em seu atendimento.

Este trabalho se destina então a abordar em especial uma das espécies do gênero Diretrizes Antecipadas de Vontade, qual seja, o Testamento Vital, cuja origem, conceito, fundamentos e referências no ordenamento civil nacional e alienígena serão aprofundados com mais vagar no decorrer do texto.

Será assim posta em discussão a possibilidade da existência, formatação e atribuição de efetiva eficiência e eficácia do instituto denominado Testamento Vital e suas espécies, ainda embrionário no tocante à instrumentação formal, bem como as decisões judiciais em âmbito nacional que enfrentaram questões afetas à sua disciplina

por conta de disposições do Código de Ética Médica e da interpretação da legislação geral a respeito de manifestações da autonomia privada em casos específicos, inclusive com julgamentos que se aprofundaram na constitucionalidade dos textos.

Além disso, será colacionada pesquisa a respeito do conhecimento e uso do Testamento Vital pelas serventias cartorárias extrajudiciais dentro da comarca de Santos.

Por derradeiro, será apontada a necessidade da implementação do Testamento Legal como meio de salvaguarda de direitos, de evolução da sociedade contemporânea e às reivindicações que se apresentam diante desta, ao passo em que se verifica o avanço da ciência, observadas as repercussões jurídicas tanto para o paciente quanto para os profissionais de saúde envolvidos em seu atendimento.

No tocante à metodologia empregada, a fim de perseguir o intento almejado, procedeu-se à ampla pesquisa exploratória com viés descritivo ancorada em material bibliográfico, ou seja, livros e artigos científicos encontrados físicos e junto aos portais, Scielo.br e Scholar Google na internet, a partir de procura com a utilização das mesmas palavras-chaves: Testamento Vital; Diretivas Antecipadas de Vontade; Bioética; Terminalidade de Vida; Autonomia do Paciente; Código de Ética Médica, além de pesquisa nos Tribunais brasileiros e sítios de internet que embora apenas de cunho informativo, detém notável idoneidade ante a seriedade do subscritor.

Além disso, foram entrevistados informalmente os tabeliães dos seguintes cartórios de notas de Santos: Segundo, Quinto, Sexto e das demais serventias, as informações foram fornecidas por funcionários em postos de chefia.

No primeiro capítulo, é analisada a questão da autonomia e dos direitos de personalidade sob as perspectivas histórica e filosófica, os quais, fomentadores da dignidade humana, dotam o indivíduo da imprescindível liberdade de escolha e do antropologicamente ansiado livre arbítrio, inclusive e principalmente neste trabalho, para respaldar uma profunda reflexão acerca da legitimidade jurídica de se dispor do indisponível, no caso, ao direito pessoal de autodefinição e atribuição do sentido à vida que mais atenda e reflita a individualidade do ser, sem que esteja adstrito à opinião de quem quer que seja, respeitando-lhe suas escolhas pessoais no que diz respeito à sua própria terminalidade de vida.

Neste, ainda é trazido ao leitor a incipiente tese sustentada pela Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser dado ao indivíduo o "direito de não saber" a respeito de seu estado clínico, além da brilhante distinção entre vida biológica e biográfica, com os desdobramentos jurídicos ínsitos a cada uma das

expressões, e como consequência, uma abordagem retórica sobre qual deve preponderar em cada caso, considerados sempre os limites legais, e à escolha do paciente, tudo sob o viés da manifestação individual e personalíssima da vontade livre e previamente informada.

No segundo capítulo, adentra-se na conceituação de bioética, origem, principais expoentes, e aplicabilidade prática de seus princípios e fundamentos científicos nas ciências humanas a partir da concepção do indivíduo, sua autonomia e dignidade sob uma visão integrativa e sistêmica da vida e do viver, visão essa de caráter material (físico), psicológica (emocional) e também espiritual.

Consequentemente, tomada a morte como mera etapa da vida, questões envolvendo a sua terminalidade reivindicam de maneira peremptória uma abordagem bioética ante a extensão de seus efeitos e à elevada carga moral que traz em seu bojo não apenas ao protagonista, mas a todos os envolvidos que, ou pelos vínculos jurídicos ou contexto em que estejam inseridos, tenham sobre si os efeitos de sua aplicabilidade.

Logo, são trazidos de modo analítico e pormenorizado os procedimentos disponíveis a serem objeto de escolha pelo paciente em um cenário de término de vida: distanásia, ortotanásia, mistanásia, suicídio assistido e eutanásia, sem deixar de ressaltar a necessidade da previsão e viabilidade legal de cada um para fins de efetividade, e a suma importância do recurso dos cuidados paliativos em cada situação.

No terceiro capítulo, abordados os direitos do paciente afetos à temática, é traçado um panorama brasileiro no tocante à matéria com a colação do instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade como instrumento jurídico ainda não devida e satisfatoriamente normatizado, mas que mesmo de modo tímido, atualmente, se coloca a atender aos anseios da sociedade em dispor de modo seguro de um instrumento jurídico para o fim de prever tratamentos desejados ou não em situações onde esteja o indivíduo impossibilitado de manifestar de modo livre e consciente sua vontade.

Neste ainda são trazidos do direito estrangeiro - mas que podem muito bem ser absorvidos pelo legislador pátrio de *lege ferenda* – espécies de Diretivas Antecipadas de Vontade ainda não manejadas em nosso território: as Diretivas Antecipadas Psiquiátricas (DAP) e as Diretivas Antecipadas para Demência (DAD).

Há ainda a abordagem das demais Diretivas Antecipadas de Vontade, ou DAVs, compreendidas como outras espécies: o plano de parto, a ONR (ordem de não reanimação), o Mandato Duradouro e o Testamento Vital (ponto nodal tema em que gravita o cerne deste trabalho).

Considera-se ainda a responsabilidade civil do médico no desatendimento da

vontade do paciente, com o lançar de reflexão sobre a necessidade de normatização ante a insegurança instalada nestes a respeito do tema em face do receio de retaliação por parte dos familiares do paciente, e na derrocada profissional que qualquer escolha possa provocar na hipótese de superveniência de um mal maior.

Apura-se ao final do capítulo o exemplo de alguns países no que diz respeito à sua regulamentação à frente do Brasil.

O quarto capítulo se aprofunda na dissecação do tema Testamento Vital propriamente dito, entalhando os aspectos pertinentes à origem, critérios de existência, críticas ao uso do vernáculo e ao instituto, experiências judiciais sobre demandas versando sobre conteúdo e legalidade, linguagem a ser usada no discurso, e a validade, considerada a omissão legislativa.

Vêm-se ainda questões conexas propondo discussão a respeito da onerosidade de manutenção de um paciente em situação de terminalidade de vida, consideradas suas escolhas peculiares, impacto esse analisado tanto sobre o prisma do sistema de saúde particular (privado) quanto sobre o SUS (Sistema Único de Saúde).

## 1 DIREITOS INDIVIDUAIS: AUTONOMIA E DIREITOS DE PERSONALIDADE

### 1.1 Da autonomia da vontade do indivíduo

Procedente da justaposição dos vocábulos gregos *auto* (para si) e *nomia* (norma), o termo assumiu feições jurídicas relevantes em razão de suas repercussões nas relações interpessoais, apesar de se tratar de uma simples e inata característica humana (DADALTO, 2020, p. 08).

Naves e Sá (2018, p.85) com propriedade, dizem que a autonomia não é mera autossuficiência, mas a inter-relação com os outros e consigo mesmo.

Esta inferência se mostra veraz na medida em que sendo o ser humano uma criatura eminentemente social e codependente do sistema a seu redor, não seria crível a subsistência e quiçá a perpetuação da espécie num contexto em que bastasse tão somente o viver de modo dissociado de tudo o mais à sua volta (CAPRA, 2016, p. 38).

Do ponto de vista histórico, considerando o Neoliberalismo que desde o final do século XX passou a permear as relações políticas, econômicas, sociais e até jurídicas, é certo que o indivíduo se apropriou da concepção individualista da condução da própria vida, e com isso, um empoderamento das noções de liberdade, autonomia, dignidade, e do que pode significar a continuidade da vida e sua manutenção.

A visão hipocrático-paternalista médica ou o princípio da beneficência, foi vencido pela autonomia do paciente, a quem é viabilizado através de institutos como consentimento livre e esclarecido, princípios como a dignidade da pessoa humana, vida e liberdade, e a adoção de decisões pessoais no tocante à condução pessoal de seu próprio tratamento médico (SALDANHA, 2020, p. 41).

O ente autônomo é naturalmente apto a autodeterminar-se, o que significa dizer que, estando em pleno e hígido gozo do livre arbítrio e de suas capacidades volitivas, pode e deve decidir de forma independente, livre, responsável, consciente e informada, a respeito de seus próprios rumos no tocante à vida, religião, casamento, ocupações, gênero e outras opções personalíssimas, desde que não viole direitos de terceiros.

Como ensina Barroso, seu exercício:

(...) pressupõe o preenchimento pelo indivíduo de certas condições mínimas, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)... (BARROSO, 2016, pp. 80,81).

Há de se referenciar ainda que a autonomia nesse momento traz em seu bojo o

ideal Kantiano, carregado da dignidade ínsita à condição humana, ou seja, sem possibilidade de valoração quantitativa, o que traduz sua unicidade e consequentemente, a impossibilidade de substituição (KANT, 2019, p.82).

Todavia, com fito a delimitar o exercício da liberdade ínsita, e visando adequar a autonomia dentro de padrões que estabeleçam a paz social e o convívio mútuo e respeitoso entre os indivíduos dentro de um mesmo contexto, adotou-se a concepção da denominação autonomia privada, assegurando a autodeterminação do indivíduo não só frente à ordem pública como também delimitando a sua atuação frente à função social dos contratos.

Pelo exposto, o termo autonomia privada é complementar à autonomia da vontade, para determinar a liberdade do indivíduo de exercer as suas escolhas acerca dos tratamentos aos quais deseja ou não ser submetido, como condição do pleno uso dos seus direitos da personalidade.<sup>1</sup> (MARTINEZ, 2016, p. 109).

A relativa noção de liberdade tomada para este fim, é que:

(...) não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas, entre outras.” (BARROSO, 2016, p.82).

A limitação mencionada visa apenas se colocar como contenção ao irrestrito usufruto que pode parecer acompanhar a ideia de autonomia.

E, em que pese o imperativo da vontade, novamente vale notar que por uma espécie de sistema de freios e contrapesos, está a autonomia subjacente aos direitos fundamentais que estruturam o constitucionalismo democrático, a saber, as liberdades básicas, que se encontram no rol dos direitos civis de primeira geração, a coibir abusos estatais e de terceiros, portanto de caráter individualista do ser humano.

Numa linguagem coloquial é dizer: “o direito de um acaba onde começa o direito do outro”.

Ainda dentre os muitos aspectos envolvidos na moderna noção de autonomia privada, e de posse dos elementos circunscritores de natureza pública de modo geral, tem-se que se sobrepõem no estudo da autonomia: a capacidade de autodeterminação livre e informada, e as condições adequadas de seu salutar exercício.

Dentro do contexto hospitalar, Moreira (2017), referenciando Silva, que exprime

---

<sup>1</sup> Os direitos de personalidade – que serão tratados mais amiúde com profundidade a seguir – se tratam de direitos subjetivos que individualizam o ser humano e têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual, conferindo ao seu titular a prerrogativa de agir em sua defesa. São eles: a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos, e todos os seus demais aspectos que projetam a sua personalidade individualizada no mundo (MARTINEZ, 2016, p. 109).

a opinião da maioria dos profissionais da área de saúde de acordo com a pesquisa exploratória com abordagem qualitativa objeto do artigo científico de sua lavra, considera justificável a flexibilização da autonomia em situações de risco grave, o que se faz acompanhar da previsão do art. 31 do Código de Ética Médica:

Durante algumas situações, quando o paciente estiver submetido a risco grave e a atuação paternalista puder evitar danos, ou seja, quando os benefícios provenientes da ação médica superarem os inconvenientes e a desconsideração da autonomia do paciente, a atuação do médico pode ser autônoma. Nas demais situações, a autonomia do paciente deve ser colocada sempre em elevada deferência. (MOREIRA, 2017, p. 171).

Desse modo, a questão avoca a coгерência entre a atuação médica e a autonomia do paciente, isso porque conferir ao indivíduo o poder de decisão de sua vida, de desenvolvimento de sua personalidade, e de agir conforme sua consciência sem a provisão dos meios para a efetividade destas escolhas, em todas as situações previsíveis ou não (como por exemplo no caso de uma emergência médica) para todos os protagonistas da relação, torna inócua e utópica a liberdade contida no conceito, despindo-a de aspecto pragmático.

Passa a ser um discurso vão e desprovido de segurança jurídica, por isso a filosofia jurídica vem em socorro a fornecer princípios que corroboram a indispensabilidade de um mínimo existencial a instrumentalizar o desempenho da autonomia.

Esse “mínimo” possui um viés jurídico, econômico, educacional e psicofísico, que se trata do direito básico às provisões necessárias para que o indivíduo viva dignamente, de maneira a ser livre e capaz ao exercício responsável da autonomia, em igualdade de condições com os demais, e não se corromper moralmente em troca do atendimento de sua subsistência (BARROSO, 2016, p.85).

No plano filosófico, a autonomia é o conteúdo moral da dignidade (KANT, 2018, p. 104).

Assim, a dignidade como autonomia implica o efetivo exercício da capacidade de autodeterminação do indivíduo em definir os rumos da própria vida e desenvolver livremente a sua personalidade, ou seja, "significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem implicações externas indevidas" (BARROSO, 2016, p. 287), mesmo frente a hipóteses de risco desde que suas consequências sejam assumidas pelo paciente: de modo antecipado ou no momento de sua deflagração.

## 1.2 A dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade

A dignidade, em que pese a conceituação aparentemente vaga e imprecisa, traz um arcabouço tão rico de significado, que pode fazer o leitor menos acurado perder-se no contexto semântico.

Nesta incursão sobre a natureza da manifestação de vontade e liberdade inerente, impende salientar o princípio da dignidade da pessoa humana com dupla função: como força motriz e ao mesmo tempo como resultado da autonomia efetivamente assegurada na atual sociedade de direito.

É no princípio que informa os direitos de personalidade, que se traduzem os elementos mais importantes da pessoa em sua abordagem tanto física quanto psíquica.<sup>2</sup>

Segundo Costa *apud* Roxana, a dignidade da pessoa não depende de estado, nem de outros qualitativos jurídicos, não tem relação com a capacidade, não está ligada aos papéis ou atividades que a pessoa desempenha, nem nasce de um contrato de declaração de vontade. Chega-se a afirmar que a dignidade da pessoa humana independe, inclusive, do nascimento com vida, pois o nascituro, mesmo sem ainda ter nascido, possui a qualidade de humano e conseqüentemente uma dignidade. Para ela, o pressuposto da dignidade é a qualidade de humano, não o nascimento com vida (COSTA, 2018, p. 25).

Dito princípio se apresenta assim, como propulsor de gozo de direito na medida em que fornece ao indivíduo a segurança de que não encontrará óbice, contenção ou rejeição, podendo dispor de quaisquer meios, recursos, direitos e instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para dar azo ao atendimento livre de suas necessidades e desejos, quaisquer que sejam eles – obviamente sempre dentro dos contornos da licitude e em respeito a terceiros.

É resultado porque seu exercício voluntário ou involuntário, produz ou deixa de produzir ato - conforme o caso – sempre transformando de certo modo o cenário a seu redor que pode produzir ou não a satisfação do fim pretendido.

Ou no dizer de Sarlet, é limite e tarefa de todos e cada um, condição dúplice paralela e conexa de dimensão defensiva e prestacional da dignidade (SARLET, 2012, p. 58).

Como formalização da autonomia privada e expressão da dignidade, é certo que

---

<sup>2</sup> Os direitos de personalidade são dotados das seguintes características: a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a extrapatrimonialidade; e se revestem de relevância na medida em que compreendem o direito à integridade física, o direito à integridade intelectual e o direito à integridade moral. São considerados absolutos porque oponíveis *erga omnes*, ou seja, geram para toda a coletividade o dever geral de não-intromissão nos direitos de personalidade de uma pessoa.

hãõ de ser disponibilizados instrumentos dentro da ordem jurídica a assegurá-los.

Nesse aspecto e dada sua importância, o ordenamento jurídico brasileiro o erigiu como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, insculpido no inciso III do art. 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

É esse doravante, o fundamento para o exercício da autonomia privada em face das situações de terminalidade de vida, considerando sempre que a análise de ambos deve ser feita de maneira conexa e integrada, numa perspectiva dialógica (MARTINEZ, 2016, p. 110).

*Pari passu*, o desenvolvimento pessoal da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos dependem então de recursos que propiciem proteção da personalidade, em especial para as demandas que versam sobre o seu próprio corpo.

De fato, a autonomia corporal só pode ser efetivamente protegida em um ambiente de legalidade democrática no qual sejam garantidos os espaços para que o corpo seja tutelado como expressão da subjetividade

...

Os efeitos da privacidade sobre a tutela da autonomia corporal se fazem sentir também na ampliação dos espaços de liberdade de que deve gozar a pessoa para a construção de sua subjetividade.”(TEPEDINO, 2019, p. 198).

O que significa dizer que a subjetividade está intrinsecamente correlacionada ao resguardo dos direitos de personalidade do indivíduo, dentre eles a privacidade e a intimidade, seus mais significativos expoentes, que a teor do entendimento emergente de maneira tímida na jurisprudência pátria, defere ao indivíduo inclusive o **direito de escolha “de não saber” acerca de seu estado clínico**.

Em que pese a polêmica que possa se estabelecer em torno do assunto, fato é que o voto vencido da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº1.195.995<sup>3</sup> (STJ, 2010) levantou a atenção para o entendimento no tocante a essa nova teoria, a saber, que sua premissa exegética parte da análise de que,

(...) a intimidade abrange o livre-arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada”. Vale dizer: “todos tem direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparados para encarar a realidade.”(TEPEDINO, 2019. p. 191).

A tese vencida sustentada pela Ministra é oriunda do julgamento de um caso em que o paciente Fernando Villas Boas ingressou contra o Hospital Albert Einstein, por conta da realização de exame anti-HIV cujo resultado lhe conferia a condição de soropositivo para o vírus da AIDS, enquanto na verdade, a requisição médica era para

---

<sup>3</sup> Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18785345/recurso-especial-resp-1195995-sp-2010-0098186-7-stj/relatorio-e-voto-18785347>.

que fosse feito o exame anti-HCV, que pretendia verificar a existência do vírus da hepatite C.

Embora o resultado do exame não requisitado tenha sido divulgado apenas para o próprio paciente, ele pleiteou via ação indenizatória, uma compensação pelos danos morais sofridos em razão da violação de seu direito à intimidade e à privacidade, mais especificamente por afronta ao seu direito de não saber algo sobre si mesmo, ainda que tal informação tenha revelado fato importante sobre sua saúde. O STJ julgou improcedente a pretensão por conta de o resultado ter sido divulgado apenas ao paciente, e ter permitido ao indivíduo, a adoção de medidas tempestivas e adequadas para a promoção de sua saúde e vida, considerando o potencial de letalidade que um quadro soropositivo pode acarretar.

Aludido direito, sem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, consiste na possibilidade de controlar dados pessoais íntimos e privados, de tal modo que nem mesmo o sujeito a que esses se referem tenha conhecimento sem que haja manifestado prévia e expressamente esse desejo (TEPEDINO, 2019, p. 191).

Há portanto, prenúncio de que para o paciente, se descortina a possibilidade juridicamente amparada de dar-se ao legítimo direito de não saber sua enfermidade e seu diagnóstico sem que tal atitude seja moralmente reprovável e mais, podendo-se valer de meios reparatórios no caso de sua violação por quem quer que seja.

Logo, vê-se assim que o conceito do princípio da autonomia e seus desdobramentos jurídicos passam por readequações a depender da evolução da sociedade, seus valores e interesses, criando inclusive novos institutos a atender a realidade social, tanto a explicá-los quanto a resguardá-los, tal qual o Testamento Vital objeto deste trabalho.

Nesse sentido, o presente se presta a analisar e a estudar o mecanismo de disposição de última vontade da vida sem conotação patrimonial afeto ao período de crise de saúde derradeira e/ou terminalidade da vida como no caso da escolha e insistência no manejo de tratamentos médicos e cuidados paliativos, bem como as consequências póstumas, mas imediatamente sequenciais como disposições acerca de enterro, cremação e doação de órgãos.

### 1.2.1 Direito de dispor do indisponível

A vida é um direito, não um dever (AZEVEDO, 2012, p. 451).

Assim, será que deve ser a vida perseguida a qualquer custo?

Numa colisão entre os princípios vida e dignidade em que hajam respeitáveis

dúvidas quanto à manutenção da vida quando esta for supostamente de encontro à dignidade, emergem questionamentos éticos, morais e jurídicos acerca do aparente conflito de princípios constitucionais de idêntica expressão, dado que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República como assegurado no art. 1º, e a vida direito e garantia fundamental, inscrito no *caput* do art. 5º da Lei Maior (BRASIL, 1988).

E em que situações isso pode se deflagrar?

Por exemplo, como se ocupa o presente, ante a notícia de enfermidade incurável ou em situação de terminalidade, em que para o indivíduo a continuidade da vida seja tão ultrajante e indigna que não se possa mais encontrar significado na existência.

*A priori*, há de se esclarecer que a situação fática deve ser elemento da discussão, bem como a perspectiva pessoal que a pessoa envolvida possui do que seja vida e dignidade, pois a natureza personalíssima de ambos é também critério para uma conclusão razoável e cientificamente crível (KANT, 2018, p. 90).

E o que é vida?

Se adotado o conceito simplista a partir de que seja o inverso da morte do ponto de vista legal e com escopo físico/ biológico, tem-se que se trata da manutenção do ser que respira (natural ou artificialmente), com o funcionamento de suas atividades cerebrais<sup>4 5</sup> (CUNHA, SÁ, 2018, p. 206).

Mas será mesmo apenas isso a vida?

---

<sup>4</sup> A morte encefálica deve ter causa conhecida e ser um processo irreversível, antecedido por coma perceptivo, ausência de atividade motora supraespinal e apneia, comprovado por exames que atestem a inexistência de atividade cerebral elétrica ou metabólica ou falta de perfusão sanguínea cerebral.

“A edição da Resolução nº2.173/2017, do Conselho Federal de Medicina, afirma que os procedimentos para determinação de morte encefálica (ME) devem ser iniciados em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinal e apneia persistente, e que atendam a todos os seguintes pré-requisitos: a) presença de lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar morte encefálica; b) ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica; c) tratamento e observação em hospital pelo período mínimo de seis horas. Quando a causa primária do quadro for encefalopatia hipóxico-isquêmica, esse período de tratamento e observação deverá ser de, no mínimo, 24 horas; d) temperatura corporal (esofágica, vesical ou retal) superior a 35 graus, saturação arterial de oxigênio acima de 94% e pressão arterial sistólica maior ou igual a 100 mmHg ou pressão arterial média ou igual a 65 mmHg para adultos, ou conforme a tabela recomendada naquela Resolução para menores de 16 anos.

É obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinação da morte encefálica:

a) dois exames clínicos que confirmem coma não perceptivo e ausência de função do tronco encefálico; b) teste de apneia que confirme ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios; c) exame complementar que comprove ausência de atividade encefálica.”

Os exames clínicos deverão ser realizados cada qual por médicos especificamente (intensivista ou neurologista ou neurocirurgião ou médico de emergência) capacitados (cada um por um médico diferente), ou seja, com no mínimo um ano de experiência no atendimento de pacientes em coma e que tenham acompanhado ou realizado pelo menos 10 determinações de ME ou curso de capacitação em ME. (FRANÇA, 2019, p.154).

<sup>5</sup> O conceito de morte com parada cardiorrespiratória evoluiu até a década de 1960, o que mudou em razão das tecnologias investidas na medicina. Hoje, o diagnóstico parte do exame de eletroencefalograma ante a falta de estímulos cerebrais (DADALTO, 2020, p. 89).

Sem adentrar nas searas filosófica e espiritualista, é preciso considerar que a vida é uma construção dialógica, o resultado particular de uma justaposição de valores, cultura, crenças, e opções existenciais, que torna cada ser humano único e singular, e que o influencia no processo de tomada de decisão, notadamente num cenário como o em pauta, quando entra em cogitação desdobramentos da fé à iminência de um ambiente de pós-vida (GOLDIM, 2007, p. 14).

É o sentido de pertencimento que o indivíduo tem de si mesmo como protagonista que atua de modo ativo no centro do processo de cura (KOVÁCS, 2014, p. 97).

A concepção semântica, e o respectivo respeito devido à autonomia, confere então ao indivíduo a possibilidade de se autodefinir, e atribuir o sentido à vida que mais lhe atende e reflete sua individualidade, sem que esteja adstrita à opinião de quem quer que seja: familiar, parente, médico, juiz ou outro, definindo de maneira legítima seus limites de enfrentamento da dor, tristeza e do sofrimento em geral (BARCELLOS, 2020).

A autonomia privada sobre os direitos de personalidade encampa o poder de disposição sobre estes, ou ainda, estabelecer normas particulares sobre tais interesses.

A partir disso se pode concluir que o paciente tem o direito à liberdade de escolher se quer recusar ou aceitar procedimentos hospitalares aos quais poderá ser submetido, devendo sempre ser respeitada sua vontade, mesmo que isso não lhe prolongue a vida ou confronte desejo de familiares e profissionais que o assistam (COSTA, 2018, p. 40).

Ou como diz Furtado:

(...) torna-se possível sustentar que a vida não é um bem jurídico absoluto, recebendo diferentes graus de tutela de acordo com as circunstâncias e com as próprias escolhas existenciais do indivíduo. Impõe-se assim, na verdade, o estabelecimento de condições para uma boa vida, digna de ser vivida, e não simplesmente a sua proteção a qualquer preço." (FURTADO, 2013, p. 12).

Corpo e mente não são separáveis, e compõe um todo em que seguramente a subtração de um não pode concluir pela vida viável biológica e biograficamente admitida (CLOTET, 2015, p. 266).

A saúde, como sustentadora da vida digna, é muito mais do que uma condição ou existência com ausência de doença.

Logo, é certo que há casos em que, para que o indivíduo não tenha sua dignidade violada, para que seu direito fundamental à liberdade seja respeitado, para que ela possua trato isonômico aos demais, é necessário que tenha assegurado o direito de dispor do indisponível, ou seja, de dispor de sua vida em prol do resguardo do intangível, a sua dignidade (MENEZES, 2015, p. 59).

No entanto, em situações tão adversas, não apenas nos cânceres terminais, mas

também nos casos de portadores de doenças degenerativas e neuromotoras avançadas, assim como sequelados graves de acidentes, surge a polêmica questão em torno da prevalência da sacralidade ou qualidade de vida, ou seja, ter vida ou estar vivo.

(...) A primeira representaria aquilo que a vida humana tem na dimensão que exige a dignidade de cada homem e de cada mulher. E a qualidade da vida representaria um conjunto de habilidades físicas e psíquicas que facultam o ser humano viver razoavelmente bem." (FRANÇA, 2019, p. 156).

Eis aí a diferença do que se denomina vida biológica ou orgânica e vida biográfica, pois enquanto mantida inconsciente, sem atribuição utilitarista e pragmática, França refere Racheis ao sustentar que seria imoral matar se isso privasse o indivíduo de seus desejos, crenças e anseios que constituem um projeto de vida, e que portanto, a justificam, isso porque "a morte seria um mal não porque pôs fim ao "estar vivo", mas ao fim da vida na sua perspectiva biográfica." (FRANÇA, 2019, p. 156).

Muito mais que um estado biológico de uma vida subnormal, há de se refletir acerca do valor da vida em sentido moral, do "ser" em detrimento do "ter".

Martinez citando Vieira, aduz que tal entendimento se contrapõe à teoria vitalista, em que se preconiza o aspecto biológico e privilegia o fomento à quantidade de tempo vivido, considerando que o direito à morte não existe, mas apenas o direito- dever de viver, "razão pela qual o homem é apenas usufrutuário de seu corpo e de sua existência" (MARTINEZ, 2016, p. 112).

A análise de cada caso concreto é que permitirá definir quais as bases qualitativas a partir das complexidades, humanidades, entorno e diversidades individuais.

O difícil então parece ser conceituar o que seja "qualidade de vida" a ser preservada, como critério objetivo norteador dos caminhos a serem perquiridos e na delimitação do que possa vir a ser a dispensa de um tratamento útil ou inútil, com a proporcionalidade dos cuidados necessários.

E neste ponto entra a importância de um documento prévio, juridicamente válido, que possa em situações de impossibilidade de manifestação da vontade do paciente em circunstâncias tais de finitude de vida, garantir o respeito ao tratamento médico e assuntos correlatos desejados.

Consequentemente vale lembrar que a atual Constituição Federal de 1988 representa um marco normativo no trato da autonomia e dignidade humana, na medida em que faz constar em seu texto a coexistência de normas públicas e privadas como garantia de direitos individuais numa espécie de interpenetração hermenêutica que dissipa conflitos a partir de seu adequado manejo, neste caso abeberando-se de princípios bioéticos (DADALTO, 2020, p. 09).

É sabido que questões que envolvem a finitude da vida reivindicam na grande maioria das vezes um importante apoio médico, e por isso se mostra imprescindível que tais profissionais de modo empático, se apropriem do conceito de que as pessoas enquanto seres humanos dotados de específicas vulnerabilidades em decorrência de uma enfermidade, precisam ser o foco dos olhares com todas as suas peculiaridades, histórico e valores pessoais, sem qualquer influência ideológica particular daquele que atua como assistente de saúde.

Ou ao contrário, teremos o replicar da tendência de COISIFICAÇÃO de pessoas e SACRALIZAÇÃO de coisas, o que nos faz lembrar da concepção Kantiana para aquilo que é dotado de dignidade, e seu valor intrínseco que vem umbilicalmente acompanhado da autonomia, expressão da razão pura, por ser o homem um fim em si mesmo (KANT, 2018, XLVII e pp. 82/84, 87/88).

## 2 A BIOÉTICA E O FIM DA VIDA

### 2.1 Bioética

Como esclarecido no capítulo anterior, dotado de autonomia no que diz respeito às suas escolhas pessoais, o indivíduo capaz possui a liberdade de conduzir sua vida como bem lhe aprouver, conferindo assim a esta, a dignidade e valor que o represente, respeitando obviamente as regras impostas pelo ordenamento jurídico em vigor.

Desta assertiva, importantes discussões decorrem, como qual a extensão dessa autonomia, seus limites e confrontações, antinomias principiológicas e legislativas verificáveis no caso concreto e respectivas soluções jurídicas, bem como a necessidade da qualificação da capacidade (etária ou cognitiva).

Além disso, como há de se considerar a participação e influência de terceiros nesse exercício (notadamente em situações de manutenção ou final da vida), a relevância da bioética impõe sua referência e oitiva.

E do que se trata a bioética<sup>6</sup>?

A palavra bioética foi utilizada pela primeira vez por Fritz Jahr, filósofo e teólogo alemão, em um pequeno texto publicado em 1926. Ele criou, além desse termo, um imperativo bioético: "Respeita cada ser vivo, em princípio, como uma finalidade em si, e trata-o como tal na medida do possível. (GOLDIM, 2018, p. 12).

Na década de 1930, Aldo Leopold escreveu um breve texto denominado "Ética da Terra", em que enunciava uma nova perspectiva de reflexão ética, conhecida após sua morte. Leopold incluiu todos os elementos físicos do ambiente como merecedores da nossa consideração, ampliando a fronteira dessa reflexão para além dos seres humanos, dos animais e das plantas. (GOLDIM, 2018, p. 13).

Essa concepção integrada do indivíduo, inclusive com a adoção de critérios ampliados às fronteiras humanas, com extensão a animais, plantas e meio ambiente, ganhou relevo com o Código de Nuremberg na década de 1940, em razão dos crimes praticados durante a Segunda Grande Guerra e a realização de pesquisas em seres humanos.

Com o decorrer dos anos, ao passo que a ciência e a tecnologia introduzem recursos, drogas, equipamentos e medidas de suporte para prolongamento e a reprodução da vida, problemas e questionamentos morais emergiram em idêntica proporção.

---

<sup>6</sup> A bioética serve como espécie de mediadora entre a cultura científica e humanística, posto que dotada de visão e caráter transdisciplinar, e que tem como essência os preceitos ilustrados com o seguinte pensamento: nem tudo que é cientificamente possível é eticamente aceitável (CLOTET, 2011, p. 14).

Podemos destacar o acentuamento de tais discussões notadamente a partir da década de 1960, quando num borbulhar sequencial de ocorrências, a humanidade se viu às voltas de um mundo renovado, com o movimento feminista empoderado face a libertação ensejada pela criação da pílula anticoncepcional, a Guerra do Vietnam, a descriminalização racial nos EUA, a ida do homem à Lua, a realização do primeiro transplante cardíaco, a reprodução da vida *in vitro*, os avanços nos estudos do sequenciamento genético do DNA e o descortinar das possibilidades que isso representava, dentre outros (GOLDIM, 2018, p.15), fatos esses de natureza humana - biológicas, com repercussões morais, que reverberaram na medicina, filosofia, direito, política e outras áreas do conhecimento humano.

Van Renssealer Potter<sup>7</sup>, André Hellegers<sup>8</sup>, Henry Beecher<sup>9</sup>, Tom L. Beauchamp e James F. Childress<sup>10</sup>, foram os precursores da ciência que tomou relevo no final do século passado, e que atualmente se tornou a bioética: uma ciência interdisciplinar que “propicia a troca de saberes e a elaboração de reflexões sobre os múltiplos temas que envolvem a vida e o viver” (GOLDIM, 2018, p.17), de modo particular, estudando os problemas éticos decorrentes das ciências biomédicas e suas implicações (CLOTET, 2011, p. 16).

Vale ressaltar que, tecnicamente, a terminologia “bioética” estreou no meio acadêmico no ano de 1971 com a publicação da obra *Bioethics – A bridge to the future* do oncologista Van Rensselaer Potter, a partir de uma abordagem ambientalista para a

---

<sup>7</sup> Oncologista e bioquímico norte-americano. Pôs em evidência o tema e o uso do instituto em publicações científicas a fim de trazer reflexão no que diz respeito ao futuro da humanidade frente às ameaças ambientais. Propôs que a bioética pudesse ser a “ciência da sobrevivência”, ou contribuir para permitir uma “ponte para o futuro” da humanidade, expressão que deu nome ao livro “Bioethicis: bridge to the future”, face sua natureza interdisciplinar (CLOTET, 2011, p. 16; GOLDIM, 2018, p. 16).

<sup>8</sup> Obstetra holandês. “Empregou a palavra bioética na denominação de um instituto de pesquisa voltado a investigar divergências éticas associadas à reprodução humana”. A partir disso, o tema foi ampliado para outras questões de saúde, a ponto de fazer surgir um dos grandes centros de produção bioética mundial, o Instituto Kennedy de Ética, na Universidade Georgetown, nos EUA (GOLDIM, 2018, p. 17).

<sup>9</sup> Médico anestesista, que colecionava relatos de atrocidades praticadas contra pacientes submetidos a pesquisas científicas sem o necessário consentimento informado, não bastando o atendimento da forma, mas sim ao fato de que os indivíduos subscritores deveriam ter a plena capacidade de compreensão, o que não acontecia, pois se tratavam de adultos e crianças portadores de deficiências mentais, pacientes psiquiátricos, recém nascidos, presidiários e etc. Referido material deu origem à obra denunciatória “Ethics and Clinical Research”, trazendo à sociedade do pós-guerra, as imorais atrocidades praticadas pelo meio científico e acadêmico hegemônico (DINIZ, 1999).

<sup>10</sup> Tom Beauchamp e James Childress, são filósofos americanos que, em 1978, vinculados ao Kennedy Institute of Ethics, publicaram o seu livro *Principles of Biomedical Ethics*, que consagrou o uso dos princípios na abordagem de dilemas e problemas bioéticos. Estes autores consideravam quatro princípios: Autonomia, Não-Maleficência, Beneficência e Justiça.

O conjunto dos quatro princípios, devido a sua intensa utilização e grande aceitação, passou a ser chamado de Mantra do Instituto Kennedy de Ética. O referencial teórico, proposto por Beauchamp e Childress, serviu de base para o que se denominou de “Principlism” (principlismo, em português), ou seja, a escola bioética baseada no uso dos princípios como modelo explicativo. (AZAMBUJA, GARRAFA, 2015, p.634; CLOTET, 2015, p.16).

manutenção da vida na Terra.

Em seguida, mais precisamente no ano de 1979, Beauchamp e Childress em *Principles of biomedical ethics*, conceberam o princípalismo, norteando questões biomédicas a partir dos princípios que a seguir elencaremos e que além de se ocupar do campo de pesquisas em seres humanos, englobava também a prática clínica e assistencial.

Esta obra surgiu num momento de reivindicações moralmente plurais suscitadas pelo lançamento do Relatório Belmont, que elaborado por uma Comissão oficial constituída pelo Congresso Nacional Americano (1978), lançava discussão sobre pesquisas em seres humanos.

Assim a vida, a dignidade, e autonomia, passaram a reivindicar uma análise por critérios unificadores, integrados, e não dissociativos, tomando o indivíduo não mais sob uma visão cartesiana, mas sistêmica, e concebida a partir de uma visão de redes que se intercomunicam e que são interdependentes (CAPRA, 2016, p. 42).

A bioética então enquanto ciência humana de caráter unificador, os toma então sob uma concepção integrativa de tal maneira que é impossível admitir um desprovido do outro, se mostrando não como três princípios, mas como uma tríade em que a subtração de um, obtua o todo.

De modo geral se ocupa dos aspectos éticos relacionados com o fenômeno vida nas suas múltiplas variedades num prisma transdisciplinar.

Sob o foco particular, estuda os problemas éticos decorrentes das ciências biomédicas.

A propósito, vale pontuar a diferenciação entre esta e o biodireito, cuja terminologia não pacífica na doutrina jurídica, retrata:

(...) o estudo sistemático das dimensões legais das ciências da vida e do cuidado com saúde, da dignidade e da integridade do ser humano, assegurados na Constituição Federal, em um contexto cultural, social e multidisciplinar abrangendo vários campos da atividade humana, atingindo, no Direito, as esferas pública (direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, direito sanitário, controle de epidemias, controle de natalidade...) e privada (direito à vida, à imagem, direito ao próprio corpo, direito de ter filhos, de utilizar as técnicas de reprodução assistida, direito de dar o consentimento livre e esclarecido).” (CLOTET, 2011, p. 176).

Logo, a distinção parte da relevância legal ou deontológica<sup>11</sup> assumida pelo biodireito em contraponto às dimensões estritamente morais, norteadoras (portanto sem

---

<sup>11</sup> A deontologia é a parte da filosofia que estuda as normas, compreendendo o Direito, que varia de uma sociedade para outra e que busca o estabelecimento de regras para um território físico específico. Há de se ressaltar que nem sempre o Direito é moralmente aceitável, gerando por si conflitos que devem ser refletidos e discutidos e que se inserem no bojo da Bioética (CLOTET, 2011, p. 15).

penalidade) da bioética.

De acordo com Clotet (2011, p. 15), é preciso distinguir moral e ética.

Enquanto a moral pretende responder à pergunta “*O que eu devo fazer?*”, por referir-se a costumes, princípios, normas e códigos regulamentadores do agir das pessoas, se bom ou mau, a ética alçada ao grau de ciência (ou filosofia da moral), tenta responder à pergunta “*Por que devemos agir dessa forma?*”.

Isso porque a ética procura justificar racionalmente os princípios que regulam o agir humano, estudando o que é bom, mau, justo e injusto.

A ética se refere a toda conduta humana enquanto boa ou ruim, e é muito mais ampla que a deontologia.

À informá-la, tem-se os seguintes princípios:

- Autonomia da vontade
- Beneficência
- Não-maleficência
- Justiça

A autonomia, já considerada no prefácio deste trabalho, garante a liberdade e dignidade do indivíduo tanto em seus tratos pessoais quanto em âmbito social.

A beneficência (virtude de fazer o bem) e a não-maleficência, princípios de viés dúplice e que se interpenetram, assumem feição conforme o assento moral da sociedade que os preconizam, consideradas as mutações ideológicas que norteiam os grupos.

Como dito anteriormente, à origem da medicina grega, cria-se que o médico deveria esgotar todas as possibilidades e recursos de tratamento para o “bem” do enfermo, mesmo que isso fosse de encontro ao desejo daquele, porque sua obrigação enquanto curador era salvação da vida.

Essa posição vem sendo revista e a posição de herói ocupada pelo profissional da saúde tem sido mitigada.

Movimentos de defesa dos direitos fundamentais de cidadania vem instruindo e conscientizando os indivíduos de sua condição autônoma e independente, tais como traz Clotet (2011, p. 178):

- Carta dos Direitos do Paciente, pela Associação Americana de Hospitais em 1973, consagrando os direitos fundamentais do paciente;
- Carta do Doente Usuário de Hospital, pela Comunidade Econômica Européia em 1979;
- Cartilha dos Direitos do Paciente pelo Conselho de Saúde do Estado de

São Paulo, no Brasil em 1995.

O princípio da Justiça está associado à equidade na distribuição dos bens e benefícios em relação ao exercício da prestação do serviço de saúde, possui fundamentação filosófica e caráter social.

Ditos princípios buscam “soluções para dilemas éticos a partir de uma perspectiva aceitável pelas pessoas envolvidas no processo” (CLOTET, 2011, p. 17).

E pela conjugação destes surge a concepção do Princípioalismo preconizado por Beauchamp e Childress, a partir de uma análise ética, de forma relativa, não- absoluta a cada caso trazido à sua subsunção.

A aplicação desses quatro princípios, que sustentam o exercício da bioética, não é uma tarefa fácil e muito menos conclusiva. Auxiliam, porém, as pessoas envolvidas numa situação de conflito a tentarem buscar as formas adequadas de ação, justificando assim o papel do Princípioalismo. (CLOTET, 2011, p. 18).

No início, a bioética se ocupou da saúde e medicina, notadamente no que diz respeito à incorporação das novas tecnologias e sobre assuntos afetos à causa animal.

A partir da década de 1990 os debates se estenderam à preocupação com meio ambiente e às múltiplas vulnerabilidades (físicas, morais, sociais, econômicas e políticas) de conteúdo individual e social, o que foi possível a partir do manejo de novos referenciais teóricos como a Teoria da Complexidade, por exemplo.

Portanto, questões envolvendo atos referentes à terminalidade de vida requerem uma abordagem concomitantemente bioética e sistêmica ante à elevada carga moral que lhe são ínsitas, além dos desdobramentos multifacetados sobre terceiros, e face às repercussões em várias searas da vida social, política e econômica que se protraem no tempo.

Ademais, o trabalho médico envolve muito mais que a manutenção da vida e saúde, impõe o respeito pela integridade da pessoa, neste conceito compreendido o indivíduo em sua complexidade, ideias, convicções e valores que provém de seu contexto cultural, histórico, grupo familiar e sociedade a que pertence.

Em resumo, pode-se concluir que bioética é “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, quando esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”, que diverge do termo biodireito, do qual é assemelhado, mas cujo conceito pode ser definido como um

(...) estudo sistemático das dimensões legais das ciências da vida e do cuidado com saúde, da dignidade e da integridade do ser humano, assegurados na Constituição Federal, em um contexto cultural, social e multidisciplinar abrangendo vários campos da atividade humana, atingindo, no Direito, as esferas pública (direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, direito sanitário, controle de epidemias, controle de natalidade, (...) e privada (direito à vida, à imagem, direito ao próprio corpo, direito de ter

filhos, de utilizar as técnicas de reprodução assistida, direito de dar o consentimento livre e esclarecido”) (CLOTET, 2011, p. 176).

## 2.2 Procedimentos sobre o fim da vida

No confronto de um infausto diagnóstico de finitude vital irreversível, após a apropriação de seus detalhes clínicos verificáveis e prognóstico – que se espera seja propiciado de modo diligente e empático pelo profissional responsável que o assiste - o indivíduo irá consciente ou inconscientemente adotar uma postura quanto ao uso e administração de recursos disponíveis na ciência para o percurso de seus derradeiros dias.

Dentre possibilidades atualmente existentes e juridicamente disponíveis, tem-se a distanásia e a ortotanásia.

Pode-se falar também em suicídio assistido e eutanásia, mas ambos não são lícitos e nem possíveis dentro de nosso ordenamento jurídico ante a antijuridicidade insita das condutas a configurar fato típico, punível como homicídio, de acordo com a legislação penal vigente até o momento de elaboração deste trabalho.

Fora da esfera de escolha pessoal, tem-se ainda a mistanásia. A seguir, o conceito e implicação jurídica de cada um:

### 2.2.1 Distanásia

Do grego *dis* = afastamento e *thanatos* = morte.

Se trata da prática de atos ou procedimentos opostos à eutanásia, e que visam prolongar a vida do enfermo, até o último momento.

Tratamento sabidamente inútil.

São considerados como futilidade terapêutica em paciente em fim de vida: UTI, traqueostomia, ventilação mecânica, oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, antibióticos, diuréticos, derivados sanguíneos, etc. (DADALTO, 2020, p. 39).

Embora eutanásia e distanásia sejam antônimas, com relação à sua moralidade são semelhantes, pois podem ser consideradas antiéticas e imorais, dado seu caráter desumano, pois a segunda fere a dignidade ao provocar de maneira desnecessária e dolorosa um arrastar de vida inviável, face à falsa expectativa de melhora sabidamente

inalcançável.

A distanásia se apresenta como uma morte lenta, torturante, ansiosa e com muito sofrimento quando o tratamento se tornou inútil, oneroso e desumano em face da obstinação terapêutica do paternalismo médico, sem fundamento ante o reconhecimento de sua mera insistência a atender apenas interesses alheios que não o bem estar do paciente.

A recomendação clínica em casos tais para minimizar o sofrimento, é a implementação de cuidados paliativos<sup>12</sup> que visam oferecer conforto físico e emocional ante o alívio das dores e desconfortos, respeitando o tempo da morte

## 2.2.2 Ortotanásia

Provém igualmente do grego, sendo *orthos* = certo e *tanatos* = morte.

É considerada nos casos em que o paciente se encontra em fase terminal ou em

---

<sup>12</sup> “Paliativo pode ser entendido como o que acalma temporariamente um mal, mas também pode significar simplesmente uma medida que adia uma crise, sem resolver o problema, ou seja, uma simples medida protelatória. A origem da palavra vem de pálio, que era o manto utilizado pelos gregos. Esse manto podia proteger, mas também disfarçar ou ocultar alguém” (GOLDIM, 2018, p. 14).

O primeiro hospital destinado a cuidados paliativos foi em Londres, 1967, o St.Christopher Hospice, criado por Cicely Saunders, cujo foco era cuidar da dor física, emocional, social, social e espiritual do paciente que estava fora de possibilidades terapêuticas de cura.

A denominação “cuidados paliativos” foi tomada por conta de não oferecer alteração do curso da doença, mas gerar um melhor viver ao restante de vida, como resposta ao abandono e isolamento a que eram sem perspectiva curativa.

Essa visão partiu da readequação do entendimento de que saúde não é simplesmente uma ausência de doença, mas antes, um estado de pleno bem-estar não apenas físico, mas mental, espiritual e social, de modo integrado, devendo ser proporcionalmente administrados à medida em que os cuidados curativos se esgotam (GOLDIM, 2018.p. 15).

O primeiro conceito de cunho internacional da expressão cuidados paliativos, foi utilizado pela OMS em 1990, atualizado em 2012 e em 2017.

Princípios que orientam a formação desses cuidados:

- 1) proporcionalidade terapêutica – objetivo moral de se implementar todas as medidas terapêuticas que tenham proporção entre os meios empregados e o resultado previsível;
- 2) do duplo efeito – dispõe sobre a necessidade de se averiguar a razão proporcional entre os tratamentos que tenham duplo efeito, p. ex. morfina;
- 3) prevenção – deve prever complicações e sintomas que se apresentam em decorrência de determinada doença;
- 4) não abandono e tratamento da dor – médico não pode abandonar o paciente a não ser por objeção de consciência e deve controlar a dor do paciente.

Cuidados paliativos asseguram que a passagem para a morte ocorra de forma digna, com cuidados objetivando o menor sofrimento possível. (DADALTO, 2020, p. 37).

Historicamente, é possível apurar o manejo associado dos cuidados curativos e paliativos, um exemplo é a citação erroneamente atribuída a Hipócrates: “Curar quando possível, aliviar quase sempre e consolar sempre.” E se diz que a menção à autoria é equivocada, porque “em todos os 60 tratados escritos por Hipócrates e seus discípulos, intitulados *Corpus Hippocraticum*, não há qualquer elocução semelhante. Essa frase surgiu, de acordo com os estudos atuais, no século XV. O fato de não ter sua origem em Hipócrates, todavia, em nada diminui a sua importância e significação” (GOLDIM, 2018, p. 32).

estado vegetativo, e escolhe (por si, por seu procurador ou por seu representante legal, conforme o caso) passar esses últimos dias de forma natural, na maior parte das vezes no aconchego de seu lar e próximo a familiares, com a dispensa de tratamentos e cuidados apenas paliativos.

Não adia a morte nem a promove, enuncia a morte no tempo certo, sem o prolongamento artificial da vida inócua, evitando a utilização de procedimentos que aviltam a dignidade humana nos últimos momentos, e deste modo, objetiva humanizar a assistência e a qualidade, sem causar sofrimento desnecessário advindo de técnicas terapêuticas inúteis (MOREIRA, 2017, p. 172).

O ponto nevrálgico diferenciador da ortotanásia e eutanásia, é o fim, o propósito dos procedimentos praticados em um e outro caso, pois enquanto no primeiro o objetivo é permitir que a doença tenha sua evolução natural a gerar ao final a morte fatídica, no segundo há a prática intencional e dirigida para o óbito, em que pese sua motivação piedosa com o fito de trazer alívio diante de doença degenerativa incurável que impõe ao indivíduo a manutenção de uma vida sofrida, intolerável, e sem nenhuma perspectiva de convalescença.

Na ortotanásia são imprescindíveis os cuidados paliativos pois apenas com sua dispensa haverá garantia da manutenção da vida digna, já que esses se prestam a conferir alívio e conforto ao enfermo até o seu desfecho derradeiro.

Por seu caráter multidisciplinar, busca oferecer apoio à família na elaboração do luto antecipatório e no pós-óbito. A ortotanásia é, portanto, atitude de profundo respeito à dignidade do paciente. (KOVÁCS, 2014, p. 96).

A propósito, despir o indivíduo desses cuidados elementares e porque não dizer humanitários, pode caracterizar uma eutanásia passiva.

Em 1984, junto com a proposta de reforma da parte geral do Código Penal, existia também um anteprojeto para reforma da Parte Especial, que não chegou a acontecer, mas que previa expressamente a ortotanásia como causa de excludente de ilicitude no art. 121, §4º:

Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente cônjuge ou irmão.

Assim, além da tranquila aceitação pelo Conselho Federal de Medicina, é certo que já se instalou no senso comum tanto da doutrina jurídica quanto no espírito do legislador, que a ortotanásia no Brasil deve ser adotada por ser prática que assegura a dignidade da pessoa humana e o livre exercício da autonomia privada – princípios que oferecem a simultaneidade de diferentes projetos de vida na sociedade democrática

(COSTA, 2018, p. 38).

### 2.2.3 Mistanásia

Trata-se da morte miserável representada pelo descaso do sistema de saúde falho, deficitário ou eugênico, ante a falta de estrutura mínima tanto de recursos materiais quanto humanos para um adequado e humanizado atendimento (SALDANHA, 2017, p. 77).

Também chamada de eutanásia social.

Refere-se à massa de doentes que por motivos políticos, sociais e econômicos ou não chegam sequer a ser pacientes por conta da inacessibilidade ao sistema de saúde, ou, no caso dos que logram êxito neste intento, se tornam vítimas de erro médico ou de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos (GOLDIM, 2011, p. 77).

### 2.2.4 Suicídio assistido

Trata-se de uma modalidade de eutanásia<sup>13</sup>, havendo como elemento caracterizador, o fato de que o encerramento da vida se dá por ato voluntário do próprio indivíduo com o auxílio de um profissional que proporciona os recursos e/ou

---

<sup>13</sup> Eutanásia procede do grego *eu* = boa e *thanatos* = morte.

Na antiguidade, segundo relatos de Platão, era aceita em recém-nascidos e idosos com anomalias ou simples deficiências físicas (A República).

Era a eutanásia ritualizada para uma melhor aceitação na sociedade, na qual o chefe da tribo decidia sobre a vida dos anciões enfermos ou dos recém-nascidos com enfermidades.

Em 600 AC com o Direito Espartano, a Lei das XII Tábuas, estabelecia na Tábua IV que o pai poderia sacrificar o filho se esse nascesse com deficiência, mediante julgamento da comunidade (testemunho de 5 vizinhos).

Tomás de Aquino se opõe à eutanásia, considerando atentado à vida, constituindo uma usurpação do poder divino.

Francis Bacon após a contrarreforma católica (1561-1626), em 1623, em sua obra *Historia vitae et mortis*, propôs o termo, dando o sentido que temos hoje a seu conteúdo, trazendo como fundamento não apenas o fim de um indivíduo imprestável à sociedade, mas agora como meio de trazer fim ao sofrimento do paciente com enfermidade incurável e em estado terminal.

O ensino de Bacon influenciou nazistas na Segunda Guerra, quando Hitler determinou a esterilização de pessoas com enfermidades e deficiências para hegemonia de uma raça pira (ariana).

Atualmente há países que a admitem mediante o atendimento de certos critérios, tendo por escopo proporcionar o alívio do sofrimento mediante processo de antecipação do fim da vida, e está relacionado aos sentimentos de piedade ou compaixão pelo estado lastimável do paciente que é portador de uma grave enfermidade de caráter irreversível e deteriorante (SALDANHA, 2017, p. 50).

Segundo Goldim, "o importante neste conceito é que a morte não é o objetivo primário da intervenção, e sim o alívio dos desconfortos do paciente, mas a morte é um efeito secundário e inevitável de tal ação". (GOLDIM, 2011, p. 74).

conhecimento a respeito da forma e técnica a atingir o óbito com eficiente e sem sofrimento.

O protagonista do ato é portanto, o paciente.

Vale salientar que difere do induzimento ao suicídio em razão da imprescindível atuação do terceiro.

Enquanto no suicídio assistido a ideia e decisão partem do próprio paciente e a consumação do ato depende da atuação efetiva de terceiro, no induzimento ao suicídio, esse propósito é plantado e alimentado por outrem (sendo que antes o suicida e a sequer cogitava tal prática), e a execução se dá pelo próprio desertor da vida (VITALI, p. 364).

O suicídio assistido enquanto procedimento para antecipação da morte de modo piedoso, está legalizado na Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá, Suíça e alguns estados norte-americanos (DADALTO, 2020, p. 134).

### 2.2.5 Eutanásia

A eutanásia pode ser conceituada como um comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de doente terminal por meio de procedimentos que visam objetivamente causar a morte em pacientes que são vítimas, por sua condição, de forte sofrimento sem nenhuma perspectiva de melhora ou restabelecimento da saúde.

(...) Tal comportamento é motivado por piedade, compaixão pelo doente, em razão do estado no qual se encontra. Ainda, a eutanásia poderá ser passiva quando caracterizada a omissão do profissional de saúde, a qual determina a morte do paciente. Nela, o médico poderia valer-se de meios sabidamente eficazes para a manutenção da vida e a melhora ou a cura do paciente, e não o fez, sendo sua omissão de fato criminosa, e não decorrente e possível erro médico quanto ao diagnóstico." (VITALI, p. 364).

Distingue-se do suicídio assistido por ser impingida por indivíduo que não o próprio paciente.

Trata-se da opção utilizada em países em que há a dupla possibilidade, por pacientes que não podem suicidar-se, como no caso de tetraplégicos<sup>14</sup>, portadores de

---

<sup>14</sup> Ramón Sampedro, marinheiro que ficou tetraplégico após um acidente no mar, permanecendo nesta condição por 29 anos, foi o primeiro cidadão espanhol a pedir a eutanásia sob o argumento de que não podia suicidar-se, dependendo portanto do auxílio de terceiros para pôr fim à vida que considerava insuportável. Como não logrou êxito na justiça em sua pretensão, a fim de legalmente eximir os amigos de uma incriminação, manejou uma forma de morte com auxílio anônimo, que fez questão de filmar, em que alguém lhe fornecia um copo com cianureto e ele, com canudo, bebeu voluntariamente GOLDIM, 2021).

ELA<sup>15</sup> <sup>16</sup>, dentre outros (FREIRE, 2020, p. 103).

Está legalizada em alguns países como Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá, Colômbia (DADALTO, 2020, p. 34).

A prática da eutanásia no entanto suscita relevantes questionamentos éticos não só do ponto de vista do paciente e familiares, como dos profissionais da área de saúde, pois a tradição hipocrática prestigia a proteção e preservação da vida.

Sendo aceita como um ato médico, tanto os médicos quanto os demais profissionais da área terão a tarefa tanto de prestar assistência à vida, quanto causar a morte, podendo este fato influenciar negativamente a confiança dos pacientes.

A Associação Médica Mundial<sup>17</sup>, desde 1987, segundo a Declaração de Madrid<sup>18</sup> (ESPANHA, 1992), considera a eutanásia um procedimento eticamente inadequado (GOLDIM, 2011, p. 76).

No Brasil atual, a efetividade do direito de morrer está adstrito à implementação do direito à ortotanásia e à manifestação de vontade do paciente através do testamento vital, cujo conteúdo não pode ser ilícito, ou seja, prever hipótese de procedimento que vise auxílio em suicídio ou a prática da eutanásia (DADALTO, 2020, p. 35).

### 3 DIREITOS DOS PACIENTES

#### 3.1 O ordenamento jurídico brasileiro em um cenário de terminalidade da vida

A tradição da ética médica brasileira codificada, tinha a tendência de respaldar intervenções distanásicas em nome de um conceito hipocrático-paternalista - p. ex., como menciona Saldanha (2017) o Código de Ética Médica de 1931 reprovava a eutanásia porque segundo entendimento da época, um dos propósitos da medicina é

---

<sup>15</sup> A Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA) é uma doença rara, neurodegenerativa progressiva, que afeta o sistema nervoso e acarreta paralisia motora irreversível, de maneira limitante. Pacientes com a doença sofrem paralisia gradual e morte precoce como resultado da perda de capacidades cruciais, como falar, movimentar, engolir e até mesmo respirar (BANDEIRA, 2010, p.134).

<sup>16</sup> Caso de referência de portadora de ELA a reivindicar o direito à eutanásia foi o de Gloria Taylor no Canadá, que ficou conhecido como caso Carter X Canada (BC). Sua história está disponível: [BR&sl=en&u=https://en.wikipedia.org/wiki/Gloria\\_Taylor\\_\(patient\)&prev=search&pto=aue](https://en.wikipedia.org/wiki/Gloria_Taylor_(patient)&prev=search&pto=aue).

<sup>17</sup> A Associação Médica Mundial (AMM) é uma confederação internacional e independente de Associações Médicas profissionais, representando os médicos a uma escala global. A WMA foi criada a 18 de Setembro de 1947 [1] e em 2019 passou a integrar 122 Associações Médicas Nacionais,[2] representando actualmente mais de 10 milhões de médicos.

<sup>18</sup> A Declaração de Madrid trata-se de documento da Segunda Cúpula Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo com o objetivo de referendar o compromisso com os princípios e objetivos enunciados na reunião da sua fundação.

sempre conservar e prolongar a vida a qualquer custo.

Como recente direito posto, temos previsto no Estado de São Paulo na lei denominada Lei Mário Covas<sup>19</sup>, dentre várias prerrogativas dos usuários dos serviços e ações de saúde, o direito de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida e de optar pelo local da morte (AZEVEDO, 2012, p. 40), o que corrobora a exegese da licitude e legitimidade no tocante à opção do paciente pela ortotanásia.

E mais:

Fato importantíssimo é que a Lei 10.241/99 do Estado de São Paulo tem refletido nas legislações de vários outros estados brasileiros. À guisa de exemplificação, citem-se a Lei Estadual n. 3.613, de 18 de julho de 2001, do Rio de Janeiro; a Lei n.2.804, de 25 de outubro de 2001, do Distrito Federal; a Lei 14.254, de 4 de dezembro de 2003, do Paraná; a Lei n. 8.855, de 23 de abril de 2008, do Espírito Santo; e a Lei Complementar n. 283, de 9 de outubro de 2007, do Estado de Mato Grosso, que praticamente reproduzem os preceitos contidos na lei paulista, humanizando as relações nos serviços de saúde no país” (AZEVEDO, 2012, p. 41).

Das Resoluções do Conselho Federal de Medicina tivemos inicialmente no Código de Ética Médica, fruto da Resolução n. 1.931/09 a expressa previsão em seu capítulo V artigo 41 ao mesmo tempo em que vedava a antecipação da morte (eutanásia), no parágrafo único desestimulava o empreendimento de “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”, ou seja, a ortotanásia.

Desde então, a inteligência é de que a morte deve ocorrer no seu tempo, sem antecipação ou prolongamento desmedidos, mantendo-se apenas os cuidados com medidas paliativas a minorar ou impedir sofrimento desnecessário muitas vezes presumido no transcurso do processo de término da vida.

Dito texto e correspondente entendimento foram ratificados pelo novo Código de Ética Médica, representado pela Resolução n. 2.217/18.

Vale ressaltar que o supramencionado Código de Ética Médica não sendo oriundo de processo legislativo, não cria especificamente direitos para os pacientes, apenas reconhece aqueles já positivados no ordenamento jurídico e convoca aos médicos a que os respeitem sob pena de instauração de procedimento disciplinar próprio, em casos de desobediência.

---

<sup>19</sup> Lei Estadual Paulista nº 10.241/99 de autoria do Deputado Roberto Gouveia e promulgada pelo então Governador Mario Covas, que naquele momento enfrentava árdua luta pela vida e contra o câncer, tendo vivenciado na pele as angústias, desejos e necessidades do ser humano que se encontrava na condição de paciente (AZEVEDO, 2012, p. 40).

Já dentro do Código Civil Brasileiro é possível abstrair princípios e normas que se aplicam a eventos que representem desrespeito à condição humana do paciente, neste caso, a proteção do direito da personalidade<sup>20</sup>, tanto através de medidas cautelares que suspendam atos de ameaça ou desrespeito à integridade físico-psíquica, intelectual e moral, quanto ações que propiciem indenização por danos patrimoniais e morais causados, como se depreende do bojo do artigo 12 (AZEVEDO, 2012, p. 43): “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” (BRASIL, 2021).

Referido dispositivo traduz a preocupação do legislador com a proteção da dignidade humana, que se ressalta: não cessa com a morte mas perdura no tempo, ultrapassando os limites da exiguidade da vida.

Vale pontuar que a esse momento<sup>21</sup> tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.715/09 visando a reforma da parte especial do Código Penal Brasileiro que prevê a inclusão do artigo 136-A<sup>22</sup> a fim de inserir a ortotanásia como causa de exclusão de ilicitude no homicídio<sup>23</sup> (AZEVEDO, 2012, p. 472), atualmente<sup>23</sup> (desde 04/07/2019) dito projeto se encontra na Comissão de Finanças e Tributação (CFT).

Todavia, críticas a respeito deste projeto se justificam.

Partindo-se da premissa de que uma excludente de ilicitude como no caso, é reservada aos eventos tipificados em que o agente efetivamente pratica o ato obtendo o correspondente resultado típico, é de se refletir se juridicamente falando, cabe tal inserção de texto no dispositivo legal.

Isso porque a ortotanásia não visa a consumação do óbito, este ocorrerá de qualquer modo por um desdobramento natural da vida, esse resultado é certo, previsível, e independe da atuação do médico (neste caso visto erroneamente como agente) bem como do paciente.

Logo, considerar a ortotanásia como uma exclusão de ilicitude é no mínimo, uma incorreção técnica, pois se trata de um fato atípico (AZEVEDO, 2012, p. 473).

---

<sup>20</sup> Os direitos da personalidade, de caráter absoluto, são oponíveis *erga omnes*, impondo-se à toda coletividade o dever de respeitá-los.

<sup>21</sup> Para contemporizar o leitor, este trabalho está sendo desenvolvido no mês de novembro de 2021.

<sup>22</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/465323>, acesso aos 05 de setembro de 2021.

<sup>23</sup> A data de redação deste texto é 05 de setembro de 2021.

### 3.2 Das Diretivas Antecipadas da Vontade

As Diretivas Antecipadas de Vontade(ou Diretrizes Antecipadas de Vontade) são gênero do qual Testamento Vital (ou *living will*, segundo o termo de origem norte-americana), e procuração para cuidados de saúde, ou mandato duradouro (*durable power of attorney*), são espécies.

As DAV<sup>24</sup> portanto e de modo geral, não se restringem apenas a questões de fim de vida, mas a todo momento em que o paciente não consiga manifestar de forma livre e autônoma sua vontade.

Trata-se de um tema relativamente recente cujo relevo ganhou destaque nos Estados Unidos em 1967 a partir de uma proposta da Sociedade Americana para a Eutanásia, mediante a elaboração de um documento específico para cuidados antecipados, em que o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida (DADALTO, 2013, p. 65).

Sendo instituto de procedência norte-americana, tem-se que:

(...) A primeira legislação que versou sobre o tema foi a *Natural Death Act*, do estado norte-americano da Califórnia, datada de 1977. No entanto, foi a *Patient Self Determination Act – PSDA*, lei estado-unidense em vigor desde 1991, que tratou do tema com mais profundidade e especificidade, e portanto, é utilizada como referência mundial no que concerne às diretivas antecipadas de vontade.(VITALI, p. 365).

As DAV emergiram nas últimas décadas como uma das principais discussões da bioética mundial, e como garantidoras da preservação da autonomia pessoal.

No Brasil inexistente uma legislação sobre o tema, tendo apenas sido editada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) a Resolução 1.995/12 que trata e autoriza a prática das DAV, todavia, por não ser fruto de processo legislativo como reportado anteriormente, não possui força de lei, o que a deixa à míngua da obrigatoriedade se considerada apenas sobre este viés (COGO, 2018, p. 03).

O respaldo jurídico utilizado para sustentar sua validade no ordenamento brasileiro, são os artigos 1º inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana), art. 5º (autonomia), art. 5º inciso III ( proibição de tratamento desumano), todos da Constituição Federal, e art. 15 do Código Civil de 2002 (DADALTO, 2013, p. 66).

Tramitavam no Senado Federal dois projetos de lei sobre a matéria (nº

---

<sup>24</sup> DAV é a abreviatura para a expressão “Diretiva Antecipada de Vontade”, comumente utilizada em textos acadêmicos e doutrinários, e como tal é referenciada neste trabalho.

149/2018<sup>25</sup> e 267/2018<sup>26</sup>), no entanto o de número 267/2017 foi encaminhado ao arquivo a pedido de seu autor em 08/08/2018.

O único que se encontra em processamento, o de nº 149/2018, aguarda ainda no Senado a designação do relator desde 24/09/2020.

Num mundo judicializado e revolucionado pelas conquistas científicas na área da saúde e prolongamento da vida, é justificada a preocupação tanto dos pacientes quanto dos profissionais que lhes assistem, quando se deparam com um indivíduo que acometido por uma moléstia irreversível tem em si ou em seus familiares o não acolhimento da manifestação de última vontade (do paciente) que em seu entender pretende propiciar uma morte digna, sem postergar seu sofrimento.

Entretanto, nem os pacientes possuem a garantia de que terão sua vontade atendida (ante à imprevisibilidade legal), nem os profissionais da saúde possuem segurança jurídica de que terão respaldo no caso de acatarem as disposições manifestas pelo enfermo e estas venham a contrariar interesses alheios.

Paira sobre este cenário catártico um véu de incertezas que se torna sombrio na superveniência de óbito do paciente, pois a questão que até então era de âmbito restrito aos atores do evento, ficará à mercê de uma decisão jurisdicional – deferindo assim ao Estado a substituição da vontade do indivíduo cuja autonomia em tese é assegurada por princípios constitucionais.

A regulamentação das DAV, destacam-se alguns dos benefícios: redução do medo do paciente diante de situações moralmente inaceitáveis dentro de seu particular juízo de valor, aumento da autoestima do paciente, valorização da comunicação e confiança entre o médico e paciente notadamente pela qualidade das informações trazidas tanto com o tratamento quanto com a aderência livre e esclarecida daquele que a este está subjugado, proteção do médico contra reclamações e denúncias presentes e ulteriores, a orientação do médico ante situações difíceis e conflituosas, o alívio moral para os familiares diante de um cenário duvidoso ou potencialmente culpabilizador, desafogamento do Poder Judiciário na análise de questões afetas, e a economia de recursos de saúde representando desoneração do Estado (SUS) e dos sistemas de saúde privados.

As DAV portanto são necessárias e imprescindíveis não só como instrumento de respeito à dignidade humana e como política pública no âmbito da saúde, mas

---

<sup>25</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>, acesso aos 30/07/2021.

<sup>26</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>, acesso aos 30/07/2021.

também como meta governamental de preservação da autonomia do indivíduo-paciente – porém nunca como escopo para eventual diminuição de despesas públicas.

Dadalto (2020, p. 47 e seguintes) categoriza subespécies de Diretivas Antecipadas de Vontade, considerando a finalidade e público-alvo a serem atingidos, quais sejam:

### 3.2.1 DAP – Diretrizes Antecipadas Psiquiátricas

É elaborada pelo paciente psiquiátrico, que neste documento, especifica preferências a serem usadas em períodos em que estiver com sua capacidade decisória comprometida.

Segue modelo clássico da norte-americana PSDA<sup>27</sup> com nomeação de curador, dispendo sobre o uso de medicações psicotrópicas, terapia eletroconvulsiva e internações hospitalares (se será feita ou não comunicação a familiares, nomeação de indivíduo para cuidar da vida financeira e de dependentes, animais de estimação, preferências alimentares).

O paciente pode especificar o período de vigência e a possibilidade de revogação ou irrevogabilidade por certo período (por exemplo no caso de emergência, ou em hospitalizações).

Dentre os benefícios de uma DAP pode-se destacar o bem-estar proporcionado ao paciente em razão da maior sensação de empoderação, autodeterminação,

---

<sup>27</sup> PSDA é sigla da expressão americana *Patient Self-Determination Act*. Conforme Kelley: *“The Patient Self-Determination Act (PSDA) is a federal law, and compliance is mandatory. It is the purpose of this act to ensure that a patient's right to self-determination in health care decisions be communicated and protected. Through advance directives--the living will and the durable power of attorney--the right to accept or reject medical or surgical treatment is available to adults while competent, so that in the event that such adults become incompetent to make decisions, they would more easily continue to control decisions affecting their health care. Without advance directives and the proper adherence to such directives, former President Richard Nixon and former First Lady Jacqueline Kennedy Onassis might still be alive today, in persistent vegetative states. This article examines the history of the act, its importance to each individual, the clinical, ethical and legal issues, and the role of health care professionals in effectively implementing and ensuring compliance of the PSDA”* Traduzido: “A Lei de Autodeterminação do Paciente (PSDA) é uma lei federal e sua conformidade é obrigatória. O objetivo deste ato é garantir que o direito do paciente à autodeterminação nas decisões sobre cuidados de saúde seja comunicado e protegido. Por meio de diretivas antecipadas - o testamento vital e a procuração durável - o direito de aceitar ou rejeitar o tratamento médico ou cirúrgico está disponível para adultos enquanto competentes, de modo que, no caso de tais adultos se tornarem incompetentes para tomar decisões, eles fariam mais facilmente continuar a controlar as decisões que afetam seus cuidados de saúde. Sem diretrizes antecipadas e o cumprimento adequado de tais diretrizes, o ex-presidente Richard Nixon e a ex- primeira-dama Jacqueline Kennedy Onassis podem ainda estar vivos hoje, em persistentes estados vegetativos. Este artigo examina a história do ato, sua importância para cada indivíduo, as questões clínicas, éticas e legais, e o papel dos profissionais de saúde na implementação e garantia do cumprimento do PSDA.” (KELLEY, 1995).

autoestima e autonomia.

As dificuldades na implementação dentro da conjuntura brasileira emergem novamente da falta de previsão legal a respaldar as condutas dos profissionais envolvidos no atendimento, seguido do desconhecimento do instrumento e a falta de preparo dos médicos.

As DAP são um importante aliado no reconhecimento e na proteção da autonomia do paciente, e não se restringem ou vinculam estritamente aos Cuidados Paliativos, merecendo estudos específicos no Brasil.

No caso dos pacientes gravemente enfermos sob o aspecto psiquiátrico, há o estigma de serem “terminais”, associados ao fim inexorável, de que nada mais há a ser feito.

Com isso há a presunção quase certa de sofrimento e dor na hora da morte, conjugados a doenças como câncer, o que é verdade em parte.

Pacientes podem ficar isolados. Há temor de contágio pelo sofrimento e sentimento de impotência, e eles podem se ressentir do distanciamento da família, do trabalho; vivem perdas financeiras, da autonomia, do corpo saudável. Têm medo da dependência, dor, degeneração e incerteza; vivem processos de luto, da perda de si e das pessoas próximas. (KOVÁCS, 2014, p. 96).

Nos EUA, berço das diretivas antecipadas e da bioética como ciência, temos sempre o despontar de criações jurídicas e desdobramentos técnicos que com o tempo se veem absorvidos pelo restante do mundo (notadamente o ocidental).

Nessa esteira, segundo Tepedino, a doutrina americana dispõe que são três as modalidades de diretivas antecipadas em matéria de saúde mental:

- *instructions directives*: lúcido, o paciente expressa as instruções a serem seguidas no momento de situação de crise, e incompetência para decidir. Disposições tem que guardar correlação com a legislação vigente, e não podem ir contra preceitos éticos de medicina, nem determinar condutas terapêuticas não preconizadas ou sem base científica. O “não tratamento” também é possível, porém se impõe analisar se há potencial de pôr a vida de terceiros em risco, dando ensejo à discussão acerca do conflito de vontade do paciente e o bem estar da coletividade.
- *proxy directives*: à semelhança do mandato duradouro, o paciente nomeia um procurador para tomar decisões em seu lugar no caso de incompetência. A lei ou termos podem limitar os poderes do procurador, impedindo medidas drásticas como cirurgias invasivas ou contenção.

Entretanto, no caso de iminente risco ou ameaça a terceiros, a contenção deveria ser assegurada, independente das diretivas antecipadas, podendo-se aplicar, no caso brasileiro, a interdição involuntária, na forma da Lei

10.216/2001. (TEPEDINO, 2019, p. 142).

- *hybrid directives*: combinam as duas anteriores, assegurando assim certa flexibilidade de forma a adequar o tratamento à situação do paciente, mas sem deixar de fixar instruções ao mandatário (TEPEDINO, 2019, p. 140).

*Pari passu*, tem-se também o **Contrato de Ulisses**<sup>2829</sup> (ARAÚJO, p. 01), que por

---

<sup>28</sup> Segundo Araújo, por definição, “Contrato de Ulisses” é “aquele pacto mediante o qual uma pessoa se vincula, por tempo determinado ou em circunstâncias especificadas, e sem dependência de uma contraprestação específica, a acatar a vontade de outrem (o beneficiário) tal como ela é manifestada num determinado momento, em detrimento do ulterior arrependimento do beneficiário (expresso nas circunstâncias especificadas) ou da vontade declarada, pelo beneficiário, de antecipar o termo do contrato, ou de rescindi-lo.

Trata-se de um contrato unilateral, na medida em que predomina a vinculação de uma das partes, sem que essa vinculação dependa da existência de uma qualquer contraprestação a cargo do beneficiário.”

...  
 “O “Contrato de Ulisses” tem sido estudado particularmente nos domínios das doenças psíquicas, incidindo naquelas situações crónicas e cíclicas – de demência episódica, de distúrbio bipolar, de esquizofrenia – em que o paciente, aproveitando os seus próprios intervalos de lucidez, obtém de um prestador de cuidados de saúde a promessa de que toda a intervenção desse prestador se pautará pela vontade declarada nesse intervalo de lucidez, e não pela vontade que venha a ser declarada pelo próprio paciente numa crise superveniente.

...  
 Se – simplificando – houver apenas duas vontades em colisão, o “comitente / paciente” reclama do “comissário / prestador” que obedeça à primeira vontade e desobedeça à segunda; que olhe para o contrato, não para o contratante. Nestes casos, não se trata, portanto, da emissão das mais conhecidas “directivas antecipadas”: seja porque o paciente não está a dispor para situações de definitiva incompetência futura, e por isso a renúncia ao exercício imediato de poderes próprios, conquanto irreversível pela duração do contrato, terminará quando terminar o contrato; seja, sobretudo, porque não o está a fazer unilateralmente, num exercício de mera expressão de preferências – sendo crucial a formação de um verdadeiro vínculo contratual, e a resultante adstrição do vinculado à conduta pro-metida.

Mais especificamente quanto à contraposição com as “directivas psiquiátricas” (“psychiatric wills”), o entendimento dominante é o de que os “Contratos de Ulisses” servem para antecipar o consentimento aos tratamentos, “bloqueando” a recusa, enquanto as “directivas” servem para antecipar a recusa dos tratamentos, impedindo a presunção de consentimento – aqueles serviriam para proteger o paciente contra as psicoses, estas serviriam para protegê-lo contra a própria psiquiatria.”

<sup>29</sup> A título de curiosidade sobre a origem da expressão “Contrato Ulisses”, Araújo se reporta ao episódio “Ulisses e as sereias da obra clássica, Odisséia de Homero, cuja passagem de interesse convém transcrever:

“... Depois do encontro com Circe, que lhe falara das sereias e de outros perigos, Ulisses regressa ao navio e partilha com os seus companheiros as profecias que ouvira, para que elas não ficassem em segredo e para que todos sobrevivessem ou morressem com clara noção dos perigos a enfrentar. Diz-lhes que o canto das sereias é irresistível, mas que ele poderá ouvi-lo desde que os outros não o oiçam; para isso propõe-lhes que o amarrem ao mastro com tanta força que ele não possa libertar-se; e que, se lhes pedir para o libertarem, o o amarrem com mais força ainda. Ao aproximar-se do local Ulisses tapa os ouvidos dos marinheiros com cera para que eles deixem de ouvir, e depois eles amarram-no de mãos e pés ao mastro. No encontro com duas sereias, quando elas iniciam o seu canto, Ulisses, sentindo-se atraído e a fraquejar, sinaliza aos seus marinheiros, franzindo a testa, a sua vontade de soltar-se do mastro, mas os marinheiros Perimedes e Euríloco ataram-no mais fortemente ainda, e assim o deixaram até estarem longe da ilha das sereias, altura em que, tirando a cera dos ouvidos, o desamarraram.”

E esclarece o mesmo autor:

No pacto que Ulisses celebrou com os seus companheiros, o que estava em causa era, portanto, o problema da acrasia, ou seja, da falta de comando sobre si próprio (no duplo sentido de “fraqueza da vontade” – o sentido mais comum – ou de dissonância da conduta com as convicções valorativas do agente – o sentido mais rigoroso –) que, se viesse a manifestar-se e a prevalecer, determinaria um processo causal do qual resultariam, em última instância, problemas mais graves.”

sua vez visa proteger de forma pontual, o paciente de sua própria psicose, antecipando seu consentimento para um futuro tratamento, tornando sem efeito sua recusa posterior, se esta provier de momento em que esteja em momento de crise ou em sua iminência.

O caso mais típico é o de recusa em tomar medicação, por conta de o indivíduo se considerar hígido a ponto de dispensá-la, quando é justamente a medicação que impede as crises.

A diretivas antecipadas e o Contrato de Ulisses, portanto, têm aplicação no caso de doenças mentais crônicas e cíclicas, que geram intervalos de lucidez entre crises, como o transtorno bipolar e a esquizofrenia. (TEPEDINO, 2019, p. 139).

O Contrato de Ulisses permite proteção contra acrasia, ou seja, a fraqueza da vontade ou a dissonância entre a conduta do agente e suas convicções, levando a um processo causal que gera consequências mais graves.

A diferença entre o contrato de Ulisses e as diretivas antecipadas psiquiátricas reside no fato destas últimas se ativarem em um momento futuro em que o paciente não está competente para decidir, enquanto aquele tem utilidade para um momento em que o paciente ainda tem competência decisória para manifestar sua recusa, mas se iniciaram os sintomas de uma recaída. Assim, médico e paciente previamente definem que, se presentes determinadas condições, no caso os sintomas de uma recaída, o psiquiatra poderá invocar os termos do contrato de Ulisses para a adoção de uma providência que quebre o ciclo vicioso de recaída, hospitalização, alta, nova recaída e assim por diante. (TEPEDINO, 2019, p. 142).

Embora igualmente não haja disciplina legal a respeito, o bom senso

---

Em suma, Ulisses quis obter uma vantagem (ouvir o canto das sereias) sem correr o risco que ele próprio sabia estar associado a essa vantagem, um risco que decorria da própria vantagem, e um risco sem o qual essa vantagem normalmente não se alcançaria. Para afastar esse risco celebrou o pacto com os companheiros, evitando que a obediência dos companheiros à sua vontade actual se traduzisse numa obediência a uma vontade pervertida, uma vontade “corrupta” – uma obediência ao seu desejo superveniente de ser desamarrado do mastro e de sucumbir ao canto das sereias; uma obediência da qual decorreria, em suma, sua perdição. Já que ele sabia de antemão, avisado por Circe, que a sua vontade fraquejaria, quis ser ajudado contra a sua própria fraqueza pelos seus companheiros, induzindo-os a desobedecerem à aparente mudança de vontade que seria realmente uma pura demonstração de fraqueza. Ou, por outras palavras, quis preservar a sua vontade contra aquilo que ele adivinhava vir a ocorrer em decorrência de uma degeneração dessa vontade, de uma “corrupção”. Podia tê-lo feito através de uma simples aposta na sua autonomia, ou seja, na sua capacidade de auto-vinculação futura a uma conduta inicialmente desejada e projectada como invariável; todavia, temendo a contaminação da sua determinação inicial pela interposição de uma fraqueza de vontade, celebrou o pacto como instrumento de protecção contra a sua própria acrasia futura, através da vinculação de outros.”

E embora tenha sucumbido ao canto, Ulisses foi salvo pelo exercício de sua autonomia atrelada a um pacto pré-vinculativo.

Logo, o contrato de Ulisses ou contrato Ulisses, não é tanto uma subespécie das “diretivas antecipadas em psiquiatria”, antes, o reverso destas em sentido estrito: confere ao psiquiatra poderes que o Direito não lhe atribui normalmente, ou supletivamente, enquanto que as “diretivas antecipadas” procuram restringir os poderes habituais do psiquiatra. Pelo que nada impede que os dois documentos sejam fundidos num só, já que modular os poderes da intervenção psiquiátrica pode implicar ampliar uns e restringir outros. (ARAÚJO, 2017, pp. 167/171).

contextualizado com um adequado manejo de princípios de direito recomendam que haja prazo para vigência, possibilidade de revisão, e mesmo de revogação do contrato (desde que esta não se dê em momento de recaída).

Como gatilhos a deflagrar sua vigência, tem-se a recusa em tomar a medicação ou a negativa em ver o médico psiquiatra (TEPEDINO, 2019, p. 142).

Mais uma vez, sustenta Tepedino que em casos tais, diferente dos termos da diretiva antecipada que podem vir a limitar os poderes do procurador impedindo certas medidas drásticas, no caso de iminente risco ou ameaça a terceiros, a contenção deveria ser assegurada, independente das diretivas antecipadas, podendo-se *de lege ferenda*, aplicar-se no caso brasileiro, a internação involuntária na forma da Lei nº 10.216/2001<sup>30</sup>.

Aqui vale dissociar a acepção do transtorno psiquiátrico com o transtorno mental oriundo de deficiência intelectual e psíquica, cuja autonomia está protegida pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 186 de 09/07/2008, segundo o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição Federal, com *status* de Emenda à Constituição, e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009.

Segundo Tepedino, no tocante a tais pacientes:

Em relação a elas se exige a presença de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que em interação com uma ou mais barreiras pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (TEPEDINO, 2019, p. 137).

Então, é possível que um indivíduo portador de um transtorno mental diagnosticado possa definir previamente os tratamentos a que quer, e que não quer ser submetido?

É apenas aparentemente contraditória a busca de conciliação de princípios inconciliáveis: a autonomia do paciente para decidir, e a adoção de medidas com as quais ele pode discordar em um momento de crise.

Uma contradição apurada é negar a existência da doença mental para permitir a prevalência da diretiva antecipada.

---

<sup>30</sup> A lei 10.216/2001, Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, denominada também como Lei de Reforma Psiquiátrica.

Nesta lei é assegurado ao paciente o direito à informação, à proteção contra qualquer forma de abuso e exploração, o direito a ser tratado da maneira menos invasiva possível, a subsidiariedade da internação (apenas quando medidas extra-hospitalares se mostrarem insuficientes). Para a internação é necessário o consentimento do usuário, sendo admitida a internação involuntária sem consentimento e a pedido de terceiro, e a internação compulsória, por determinação judicial (BRASIL, 2021).

Isso porque “negar a existência da doença” estimula um tratamento adequado, que é o que verdadeiramente propicia a melhora da qualidade de vida do indivíduo.

Como saber então se a pessoa possui aptidão cognitiva para exercitar sua autonomia nestes termos?

Tepedino novamente na mesma obra supracitada se refere à possibilidade em países anglo-saxões e na Índia, onde há referências às *psychiatric wills* ou *psiquiatric advanced directives*, como instrumentos que visam proteger pacientes psiquiátricos portadores de transtornos mentais, definindo previamente os tratamentos que serão adotados, impedindo determinadas condutas médicas com as quais o paciente não concorda.

Inexiste dito instrumento em solo brasileiro.

### 3.2.2 DAD – Diretrizes Antecipadas para Demência

Sua recentíssima concepção (dezembro de 2017) tem origem na visão do médico geriatra Barak Gaster, que sugeriu a adoção de um documento específico por ele denominado de *Advanced Directives for Dementia*<sup>31</sup>, para tratar de questões referentes a casos de demência.

Neste, em que todos os impactados deveriam se fazer presentes, constariam especificamente previsões acerca das mudanças de cognição à medida em que a demência progredisse, e mudanças nos objetivos de cuidado que os pacientes desejariam durante o avanço da doença, escalonados nos graus leve, moderado e severo da patologia.

Diferente das DAP, as DAD ainda não foram objeto de estudo nos EUA. Também não existe trabalho publicado em nosso país.

### 3.2.3 Plano de parto

Segundo Dadalto, este já se insere na literatura americana.

À semelhança do Testamento Vital, o plano de parto:

1) se trata de resposta a práticas médicas intervencionistas de rotina, mas muitas vezes indesejáveis;

2) garante que os prestadores do serviço compreendam os valores e

---

<sup>31</sup> O Dr. Gaster disponibiliza o download em inglês da Diretiva Antecipada de Demência em seu site: <https://dementia-directive.org/>

preferências da paciente;

3) garante que as escolhas autônomas da paciente sejam respeitadas no momento em que esteja incapaz de comunicar claramente suas preferências;

4) evita a automatização da rotina hospitalar, ajuda na comunicação prévia entre o paciente, equipe e familiares, responsabilizando o paciente por suas escolhas e maior cuidado.

No Brasil inexistente aproximação entre esses institutos, reclamando um possível olhar a respeito, já que entre eles se guardam significativas semelhanças, a teor da questão da temporariedade e adoção de procedimentos médicos desejados ou não, previsíveis ou não, e que comprometem a saúde e bem estar físico e emocional da paciente em situação de vulnerabilidade clínica, podendo ser um aliado seguro contra a pungente violência obstétrica, matéria ainda sem voz significativa nas discussões políticas e jurídicas de nosso país.

#### 3.2.4 ONR – Ordem de não reanimação

A Ordem de Não Reanimação (ONR) surgiu também nos EUA na década de 1970, com o surgimento dos protocolos de reanimação nas instituições hospitalares, tendo sido sugerida a escolha e anotação em prontuário já em 1974 pela Associação Médica Americana.

No Brasil, a ideia de que a reanimação de paciente terminal e irreversível se trata de procedimento fútil, ainda não é naturalizada entre os profissionais em razão da insegurança jurídica e risco de cometimento de crime de omissão de socorro ou assemelhado – apesar de caracterizada na literatura mundial sua futilidade terapêutica.

O CFM deve editar resolução específica sobre o tema, e lei sobre as DAV abarcar essa questão a fim de possibilitar aos pacientes a autonomia e aos profissionais, segurança em atender conforme o anseio de quem esteja a seus cuidados.

#### 3.2.5 Mandato Duradouro

Surgido na Califórnia igualmente durante a década de 1970, a procuração para cuidados de saúde, como o próprio instituto traduz, impõe ao procurador a tomada de decisões como se o mandatário fosse, fazendo valer a vontade daquele e não a sua própria.

Em alguns países e estados americanos, tal documento é exigido quando há

testamento vital de maneira casada e concomitante.

O outorgante continua detentor de seus direitos de personalidade, mas delega a terceiro o exercício da tomada de decisão sobre cuidados de saúde que produzirá efeitos quando estiver impossibilitado de fazê-lo, sendo esta verdadeira condição suspensiva do negócio jurídico, sendo necessário que conste na procuração uma razoável exposição de valores e desejos do paciente.

Não se limita a decisões afetas a questões de terminalidade de vida, e não possui prazo de validade.

Pode ser utilizado em situações de incapacidade temporária ou permanente, e não possui forma específica.

### 3.2.6 Testamento Vital

Resumidamente, trata-se de um documento redigido por indivíduo em gozo de suas capacidades mentais, com o objetivo de dispor acerca de cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetido quando portar doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e diante da impossibilidade de manifestar livremente sua vontade (irreversibilidade do quadro).

Tem como finalidade garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento da terminalidade de vida, e ao médico, segurança e respaldo legal para atender o desejo formalizado pelo paciente no interregno das relações clínicas no que diz respeito à tomada de decisões em situações conflitivas notadamente de imperativo moral.

## 3.3 Responsabilidade civil do médico com relação ao paciente sob seus cuidados

De nada adianta ser bem atendido do ponto de vista técnico, mas esquecido enquanto ser humano. Embora enfermo ou ferido, e mesmo que limitado pela doença incapacitante, o paciente continua a ser uma pessoa humana, merecedora do mais profundo respeito (AZEVEDO, 2012, p. 49).

O coprotagonismo do médico em questões afetas à terminalidade de vida se inicia com a portabilidade da má notícia ao paciente e seus familiares.

Como refletido no prefácio deste trabalho, muito embora certa a sua ocorrência, a morte não é aceita, desejada, nem benvinda por um indivíduo em sã consciência.

Logo, um comunicado de tal envergadura é presumidamente promotor de tribulações, aflições, dissabores e tristezas, reivindicando de seu emissário certas

competências, habilidades e atitudes, que alguns profissionais da área de saúde lamentavelmente parecem não possuir, seja em virtude da falta de capacitação humanista específica ou deficiente (quicá pela deficiência de formação neste sentido em algumas faculdades de medicina), seja por conta do estresse oriundo da sobrecarga de trabalho diário (GOLDIM, 2018, p. 20) ou ainda pelas precárias condições de trabalho que deflagram uma evidente vulnerabilidade médica (SÁ, NAVES, SOUZA, 2018, p. 40).

De todo modo se espera que o atual profissional de saúde tenha uma visão holística do paciente admitido como “terminal” sob seus cuidados, tratando-o não apenas sob o aspecto biológico, mas que essa integralidade também compreenda uma multidisciplinariedade espiritual e emocional, seguindo preceitos éticos e a própria humanização.

Como aduzem Santana, Pessini e Sá, “essa esfera de cuidado integral inserida na linha paliativista de cuidar, possibilita a humanização do processo de morrer, sendo o respeito à autonomia desses pacientes uma esfera desse cuidado.” (SANTANA, PESSINI, SÁ, 2015, p. 10).

E ao considerar a condução de como bem agir dos médicos, enfermeiros e demais profissionais, prossegue:

Fato é que os profissionais da saúde envolvidos no cuidado aos pacientes terminais devem compreender que sua atuação deve ir além do cuidado físico, além da execução de técnicas. São necessárias ações mais humanizadas. Essa dimensão encontra-se no respeito ao paciente, em maior sensibilidade, interesse, disponibilidade, afetividade na relação com paciente. (SANTANA, PESSINI, SÁ, 2015, p. 10).

E a apropriação de uma má notícia pelo indivíduo ocorre sabidamente pela superação de cinco diferentes momentos: negação, revolta, barganha, reconhecimento da perda da situação desejada, e a aceitação.

A transposição de cada etapa não se dá de maneira sincrônica, uniforme e contemporânea a todos, valendo lembrar que a singularidade humana não permite uma rígida ilação das reações no transcurso do tempo.

Logo, não ocorre de maneira imediata, mas paulatina, muitas vezes à medida em que evolui o tratamento que visa a cura ou o início dos cuidados paliativos ante a resignação.

Consequentemente, é certo que se trata de um processo cujo êxito dependerá pontualmente da orquestração pelo médico para que a recepção pelos destinatários provoque o menor impacto e danos possíveis, por isso que a situação *de per si*,

(...) exige uma preparação quanto ao local, ao momento, a conhecimentos, a habilidades, de atitudes perante o outro. É um momento de grande impacto na vida e no viver das pessoas envolvidas. Esse processo, quando adequadamente planejado, facilita a comunicação: porém o impacto estará

sempre presente, por ser uma ruptura de expectativas.” (GOLDIN, 2018, p. 08).

Uma eventual inabilidade do médico neste aspecto, aliada ou não à incidência do disposto nos artigos 34 e 35 do Código de Ética Médica<sup>32</sup> por conta de uma omissão ou exagero no diagnóstico, ensejam não apenas a responsabilização em âmbito civil perante o Poder Judiciário, mas também processo administrativo disciplinar junto ao Conselho de Ética Médica com a incidência das respectivas penalidades.

No tocante ao Testamento Vital, sem adentrar no substrato jurídico da estrutura da supramencionada responsabilidade civil, suas causas, graduações, espécies e limites, e sendo a análise aqui pertinente à responsabilidade civil do médico que deixa de atender ao conteúdo da disposição de vontade do paciente em situação de terminalidade de vida, é evidente a necessidade de apuração das repercussões jurídicas de tal comportamento com o fito de propiciar ao(s) lesado(s) a reprimenda adequada, a dotar a sociedade da segurança jurídica em torno da matéria, bem como inibir a impunidade que resulta da atual imprecisão técnica que permeia o tema.

Notadamente pela comoção social que um comportamento reprovável como esse é apto a provocar em sentido regionalizado (restrito ao ambiente em que os fatos se deram, por exemplo, no âmbito do nosocômio em que o paciente permaneceu durante seus últimos dias de vida), e em sentido nacional (a convulsionar tribunais, parlamento, e conselhos de classes profissionais que defendam pautas em torno do assunto), mostra-se imperiosa uma profunda reflexão que promova de fato e de direito o avanço no intento de uma implementação jurídica que salvguarde os interesses, e assegure os direitos de todos os envolvidos.

Dado o contexto visceralmente dramático com que todos os atores estão de certo modo imbuídos, há de se preconizar um olhar amplo, empático, a enxergar a situação do ponto de vista do paciente à luz do reconhecimento de suas vulnerabilidades físicas e emocionais.

A dificuldade em cumprir as DAV no âmbito hospitalar perpassa por questões filosóficas, médicas, bioéticas e jurídicas. (SÁ, NEVES, SOUZA, 2018, p. 226).

Com o avanço da ciência e da tecnologia, paira na sociedade a sensação de que

---

<sup>32</sup> “ É vedado ao médico:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.” (CEM, BRASIL, 2018)

a medicina pode resolver todo e qualquer problema, prolongando não só a juventude, como a vida em si mesmo considerada.

E o médico, novamente aqui apontado como o responsável por essa condução, é visto como o principal aliado no propósito curativo, aquele herói que salva vidas.

Deste modo, a visão distorcida que se criou foi de que a preocupação é maior com a doença do que com o doente, haja vista a necessidade de sustentação da vida a qualquer custo, mesmo que isso se dê pelo prolongamento sofrido e inviável do fôlego derradeiro da vida do paciente, nem que seja por processo artificial, como pela entubação, sendo comum em hospitais ainda hoje retirada da identidade do paciente, identificando-o antes pela doença, pelo quarto, pelo número de leito (SÁ, NEVES, SOUZA, 2018, p. 90).

Logo, em muitas ocasiões nota-se que foi perdida a originária e humanizada relação médico-paciente em virtude da tecnologização da saúde e seus mecanismos mercadológicos a atender em algumas ocasiões, interesses comezinhos e empresariais de um grupo que vê na divulgação de tratamentos e fármacos, um nicho economicamente rentável.

Além disso, a temática da mortalidade precisa estar na base da formação dos médicos para que percebam que a morte do paciente só será um fracasso pessoal a gerar responsabilização, quando houver um abandono factível pelo profissional.

Ora, a doença não despe o indivíduo de seus direitos, nem incapacita seu exercício juridicamente falando (AZEVEDO, 2012, p. 49).

Então o menoscabo em atender à determinação do paciente não encontra razão de ser...

A atitude do profissional da saúde que despreza seu compromisso com o bem-estar do paciente, e imputa-lhe tratamento em desacordo com sua vontade expressa, demonstra desprestígio à vida e aos princípios constitucionais e legais a ela inerentes.

Tal conduta não pode ser minimizada sob o argumento de uma suposta "boa" intenção de prolongamento da vida ou tentativa de cura.

O próprio Conselho Federal de Medicina oferece recursos na forma de Resoluções que serão a seguir explanadas com mais vagar, e que fornecem respaldo aos profissionais da área, de como bem agir.

Com supedâneo no princípio da beneficência, se o paciente expressou sua vontade após ter sido devidamente esclarecido, cabe ao médico respeitá-la, pois a conduta clínica deve priorizar a não causar o mal sob a perspectiva do paciente, maximizando os benefícios e minimizando os riscos possíveis, tendo a obrigação de

empenhar esforços em manter a vida enquanto ela for sustentável, mas não tem dever ético, moral ou legal de prolongar a aflição do paciente em estado terminal (COSTA, 2018, p. 40).

Em contrapartida, é igualmente um direito do médico recusar de forma legítima o atendimento das escolhas do paciente no que tange ao tratamento clínico ou cirúrgico.

Segundo o Código de Ética Médica<sup>33</sup> conforme termos do art. 36, se por questão de ditames de consciência, o profissional não puder manter a assistência ao paciente, sua recusa deve ser justificada, com o seu encaminhamento aos cuidados de outro médico a fim de que sua vontade seja respeitada.

Isso porque repita-se, a vontade do paciente contida nas DAV predominarão sobre qualquer parecer médico, e sobre os desejos dos familiares.

A promulgação de uma lei que respalde o paciente sobre o tema a fim de evitar controvérsias e possibilitar sua eficácia no mundo jurídico, certamente é a solução deste problema, conferindo desse modo segurança tanto ao médico, de que ao atuar não sofreria responsabilização ou represália por parte da família como de seus superiores hierárquicos pelo desfecho da escolha do paciente, quanto ao próprio testador, que poderia gozar da tranquilidade e paz de espírito oriundas da certeza de que sua vontade firmada seria escorreitamente observada.

*(...) Todo apunta a que el futuro del testamento vital se encamina hacia un estado de equilibrio que permita garantizar los derechos del médico y del paciente. El médico necesita un espacio dónde poder desarrollar su profesión sin miedo a ser demandado ante cualquier posible error, y el paciente necesita recuperar la confianza en que el médico actuará desde el respeto a la lex artis, con aplicación prudente de unos principios bioéticos que lo sitúen en el centro de la relación clínica, considerándolo en toda su dignidad"*

Concluindo, qualquer que seja a conduta dos profissionais envolvidos, se por ação ou omissão se configurarem lesivas ao paciente sob seus cuidados, como qualquer outro ato em que se verifiquem os requisitos de culpabilidade, nexos causal e dano, haverá possibilidade de responsabilização judicial em sede de ação<sup>34</sup> <sup>35</sup> de natureza material e/ou moral, mesmo que a vítima tenha eventualmente falecido e após seu óbito<sup>36</sup> <sup>37</sup>, bem como representação junto ao órgão de classe de sua unidade federativa, considerando as peculiaridades de cada caso, como se depreende do parágrafo único do art. 28 do CEM: "Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde

<sup>33</sup> Resolução 2.217/2018. <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>

<sup>34</sup> Resolução 2.217/2018. <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>

<sup>35</sup> Neste sentido, artigos 186, 187, 927, 944 todos do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02) e incisos II, IV, , XXXV, XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

<sup>36</sup> Resolução 2.217/2018. <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>

<sup>37</sup> Artigo 943 do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/02.

física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.”

## 4 TESTAMENTO VITAL: ASPECTOS RELEVANTES

### 4.1 Testamento Vital: origem

O chamado Testamento Vital teve sua origem nos EUA em 1969, estabelecido inicialmente como um documento de direito de recusa de tratamento médico com o objetivo de prolongar a vida nos casos de diagnóstico de terminalidade ou estágio vegetativo persistente (KOVÁCS, 2014, p. 98).

Com o amadurecimento de seus princípios e objetivos, ampliou-se seu espectro, sendo mesmo um meio de especificação até mesmo pormenorizada daquilo que o paciente avoca como sendo aplicável em seu caso, e as hipóteses de recusa.

Ou segundo Quijada-González, “*se trata de una excepción al régimen de consentimiento por sustitución.*” (QUIJADA-GONZÁLEZ, 2014, p. 139).

Em solo brasileiro ainda é pouco conhecido, e conseqüentemente pouco utilizado tanto por pacientes quanto por profissionais das áreas correlatas, o que se mostra um entrave à efetividade e aplicação, inclusive e lamentavelmente no meio médico e jurídico (campos em que seu conhecimento deveria ser amplo e instrumentalização de uso recorrente), como nos faz concluir respectivamente os estudos realizados por Campos e Chehuen.

Tal desconhecimento da sociedade e falta de posicionamento legislativo definitivo, além de representar um não uso efetivo do instrumento jurídico posto à disposição, e que preenche uma necessidade evidente, também gera insegurança aos envolvidos em uma situação de terminalidade de vida, já que se compreende a recalcitrância dos profissionais em atender ao pedido do paciente incapaz ou inconsciente sem que haja uma retaguarda legal em face do risco de mal maior (CHEHUEN, 2015, p. 573).

Isso provavelmente ocorre em razão da atualidade do tema, e pelo fato de as apreciações a seu respeito ainda serem muitas vezes básicas e restritas ao ambiente acadêmico. Tais questões evidenciam a necessidade de ampliar o debate e as pesquisas sobre o tópico, considerando principalmente a mudança no panorama da relação entre a equipe de saúde e os pacientes terminais. (CHEHUEN, 2015, p. 577).

Pode dito instituto ser então conceituado como um documento de cunho jurídico, cuja natureza reflete a expressão pura da autonomia do sujeito, e que é ao mesmo tempo garantidor da dignidade deste.

Ao assegurar ao indivíduo o direito de decidir sobre os cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetido quando estiver com uma doença grave, incurável, terminal, ou à condição que tenha sido forjado por conta de acidente grave com sequelas irremediáveis e de impossível convalescença, reserva sua vontade, e evita que seja submetido a esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo que não haja condição de reversibilidade da doença - que é considerado pela presente pesquisa um tratamento desumano, já que está comprovado que esse esforço não causará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, vez que não impedirá a morte deste ou ao menos lhe conferirá alguma medida de saudável qualidade de vida (DADALTO, 2020, p. 109).

Além disso, permite o atendimento de preferências nos cuidados pessoais durante essa fase de terminalidade, e disposições no que diz respeito ao rito de natureza funerária de passagem.

Juridicamente tratado, é o mecanismo assecuratório do disposto no art. 15 do Código Civil Brasileiro:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. (BRASIL, 2021).

Difere do mandato duradouro notadamente em razão do objetivo pretendido, tempo de vigência, e abrangência do conteúdo.

Enquanto no Testamento Vital as disposições são específicas para determinar tratamentos, escolhas e preferências do paciente em situações específicas de terminalidade de vida em que esse esteja inconsciente, podendo ou não haver a nomeação de um procurador, no mandato duradouro, a obrigatória constituição de procurador delega a este as decisões pontuais sobre tratamentos em ocasião de eventual inconsciência do mandante, decisões essas não afetas a fim de vida.

Logo, embora muitas vezes confundidos e miscigenados, tratam-se de institutos sensivelmente diversos, muito embora sejam tratados como idênticos por boa parte da sociedade em razão do desconhecimento das peculiaridades que os distinguem.

Muito embora não haja forma prescrita, nem requisitos legais específicos de validade (fora os previstos na legislação para qualquer ato jurídico), estudiosos como Dadalto e Goldim traçam-lhe contornos próprios da cultura nacional, catalisando critérios que permitem aos operadores do direito a elaboração de um protótipo de instrumento

que traduza a natureza do Testamento Vital, conferindo-lhe assim um perfil que atenda às suas ínsitas características, aos anseios dos destinatários e aos parâmetros vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, e de *lege ferenda*<sup>38</sup>.

#### 4.1.1 Características de existência:

A. Escrito - trata-se de declaração escrita, que deve ser entregue ao médico, familiares ou representantes legais.

O registro expresso traz segurança aos envolvidos, deixando claras as reais intenções do indivíduo, a ponto de possibilitar inclusive uma discussão judicial para seu efetivo cumprimento.

A transmissão na forma verbalizada, a seu turno, torna-o passível de judicialização dada a insegurança da veracidade do conteúdo, o que consideradas as circunstâncias do trâmite processual, notadamente ante o vasto arsenal de recursos e impugnações disponíveis aos litigantes por homenagem aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, tornaria-o inócuo.

Para vasta doutrina, o texto deve estar relacionado tão somente à recusa de tratamentos percebidos como obstinação terapêutica e especificação de cuidados desejados pelo paciente em situação de terminalidade de vida, dentre esses os denominados cuidados paliativos.

---

<sup>38</sup> A expressão latina *lege ferenda* ou *de lege ferenda* (lei a ser criada ou 'sobre lei a ser criada') refere-se a uma lei a ser elaborada ou que ainda depende de aprovação pela devida casa legislativa e posterior promulgação (publicação na imprensa oficial) para então entrar em vigor, incorporando-se ao ordenamento jurídico do Estado.

## Os casos de Karen Ann Quinley<sup>39</sup>, Nancy Cruzan<sup>40</sup> e Eluana Englaro<sup>41</sup>

<sup>39</sup> “Karen Ann Quinlan, tinha 22 anos de idade. Em 15/04/75 entrou na emergência do Newton Memorial Hospital, de New Jersey/EEUU, em estado de coma, de etiologia nunca esclarecida. Dez dias após, foi transferida para o Hospital St. Clair de New Jersey . Os pais adotivos, Joseph e Julia Quinlan, tendo as informações da irreversibilidade do caso e após conversarem com seu pároco, Pe. Trapasso, solicitaram, em 01/08/75, a retirada do respirador. O Dr. Morse, que era o médico assistente, após ter concordado com a solicitação no primeiro Hospital, de New Jersey/EEUU, em estado de coma, de etiologia nunca esclarecida. Dez dias após, foi transferida para o Hospital St. Clair de New Jersey . Os pais adotivos, Joseph e Julia Quinlan, tendo as informações da irreversibilidade do caso e após conversarem com seu pároco, Pe. Trapasso, solicitaram, em 01/08/75, a retirada do respirador. O Dr. Morse, que era o médico assistente, após ter concordado com a solicitação no primeiro momento, se negou, no dia seguinte, alegando problemas morais e profissionais.

A família foi à justiça solicitar a autorização para suspender todas as medidas extraordinárias, alegando que a paciente havia manifestado, anteriormente, que não gostaria de ficar viva, mantida por aparelhos. O juiz Muir, responsável pelo caso, em 10/11/75, não autorizou a retirada dos aparelhos.

O juiz baseou a sua negativa no fato da paciente ter dado esta declaração fora do contexto real, ora vigente.

A família apelou para a Suprema Corte de New Jersey, que designou o Comitê de Ética do Hospital St. Clair como responsável para estabelecer o prognóstico da paciente e assegurar que a mesma nunca seria capaz de retornar a um "estado cognitivo sapiente". O Comitê não existia, até então. O juiz presumiu, erradamente, que a maioria dos hospitais americanos possuíam comitês de ética. Baseou-se para tal no artigo da Dra. Karen Teel. O Comitê foi criado e deu parecer de irreversibilidade.

Em 31/03/76, a Suprema Corte de New Jersey concedeu, por sete votos a zero, o direito da família em solicitar o desligamento dos equipamentos de suporte extraordinários.

Após isto, a paciente sobreviveu mais 9 anos, sem o uso de respirador e sem qualquer melhora no seu estado neurológico.” (GOLDIM, <https://www.ufrgs.br/bioetica/karenaq.htm>).

<sup>40</sup> “Em 11 de janeiro de 1983, Nancy Cruzan, de 25 anos, casada, perdeu o controle de seu carro quando viajava no interior do Estado de Missouri, EUA. O carro capotou e ela foi encontrada voltada com rosto para baixo em um córrego, sem respiração ou batimento cardíaco detectável. Os profissionais de emergência que a atenderam foram capazes de recuperar as funções respiratória e cardíaca, sendo a paciente transportada inconsciente para o hospital. Um neurocirurgião diagnosticou a possibilidade de dano cerebral permanente devido a falta de oxigênio. O período de tempo de anóxia foi estimado em 10 a 12 minutos. Em média se estima que ocorram danos cerebrais permanentes com anóxia de 6 minutos ou mais.

A paciente ficou em coma por três semanas. O quadro evoluiu para um estado de inconsciência onde a paciente podia se alimentar parcialmente por via oral. Com a finalidade de facilitar a sua alimentação, foi introduzida uma sonda de alimentação. O seu marido autorizou este procedimento. Em outubro de 1983, ou seja, dez meses após o acidente, ela foi internada em um hospital público. Todas as tentativas de reabilitação foram mal sucedidas, demonstrando que ela não teria possibilidade de recuperar a vida de relação. Os seus pais, que também eram considerados como seus representantes legais, em conjunto com o esposo, solicitaram ao hospital que retirassem os procedimentos de nutrição e hidratação assistida, ou seja a sonda que havia sido colocada. Os médicos e a instituição se negaram a atender esta demanda sem autorização judicial.

Os pais entraram na justiça do Estado do Missouri solicitando esta autorização em junho de 1989. Um representante legal foi indicado para atuar durante o julgamento. O tribunal, em junho de 1990, após realizar audiências, ordenou à instituição que atendesse a demanda da família. Esta decisão se baseou em três argumentos básicos: no diagnóstico, na previsão legal desta demanda e na manifestação prévia da vontade pessoal da paciente. O diagnóstico de dano cerebral permanente e irreversível, em consequência do longo período de anóxia, foi confirmado e não questionado. A lei do Estado do Missouri e da Constituição norte- americana permitem que uma pessoa no estado da paciente pode recusar ou solicitar a retirada de "procedimentos que prolonguem a morte".

Considerando que ela, aos vinte anos, tinha manifestado em uma conversa séria com uma colega de quarto, que se estivesse doente ou ferida, não gostaria de ser mantida viva salvo que pudesse ter pelo menos metade de suas capacidades normais, presumiu-se que ela não estaria de acordo com a manutenção da hidratação e da nutrição nas suas condições atuais.

No túmulo de Nancy Cruzan consta a seguinte indicação:

Nascida em 20 de julho de 1957 Partiu em 11 de janeiro de 1983

Em paz em 26 de dezembro de 1990.” (GOLDIM, <https://www.ufrgs.br/bioetica/nancy.htm>).

<sup>41</sup> Eluana Englaro (Itália, Lecco, 25 de novembro de 1970 — Itália, Udine, 9 de fevereiro de 2009) foi uma mulher italiana que entrou em um estado vegetativo persistente em 18 de janeiro de 1992, na sequência de um acidente de carro e, posteriormente, se tornou o foco de uma batalha judicial entre apoiantes e

acenderam nos Estados Unidos a discussão judicializada sobre os limites e critérios para manutenção de vida inviável e inóspita, envolvendo várias batalhas judiciais, notadamente pela ausência de documento escrito e prévio ao estado de inconsciência dos respectivos pacientes.

Nos EUA, o *Patient Self Determination Act* (PSDA) foi votado em 1990, propondo a expressa determinação do paciente para recusa ou aceite de tratamentos, a partir do registro – por escrito – de sua vontade.

Assim, por ter o condão de se prestar a delimitar atos que poderão repercutir igualmente na abreviação da vida do paciente, é desejável – porquanto não obrigatória dada a ausência de lei a respeito – que o texto escrito seja o mais amplo e detalhado possível, prevendo as prováveis intercorrências, tratamentos e procedimentos que poderão ser ou não aceitos pelo subscritor.

Um dos itens constantes de modo reticente no Testamento Vital é a “ordem de não ressuscitar” (DNR-Order), ou simplesmente “não ressuscitar” ou “ordem para não tentar ressuscitar (do not attempt resuscitation).

Outro ainda é o de não alimentar os portadores de estado vegetativo permanente.

Porém, nada impede que haja especificação de recusa de determinado tratamento ou procedimento de modo pontual.

---

opositores da eutanásia.

Pouco depois de Eluana ter sido colocada em suporte artificial de manutenção de vida, seu pai pediu para que seu tubo de alimentação fosse removido de modo a que ela morresse naturalmente. As autoridades inicialmente recusaram o seu pedido, mas a decisão foi alterada.

O caso foi debatido em audiência a pedido do pai, foi negado tanto em Dezembro de 1999 pelo Tribunal de Apelação de Milão e em abril de 2005 pelo Tribunal de Cassação.

O pedido de um novo julgamento foi concedido pelo Tribunal de Cassação em 16 de outubro de 2007, que declarou em 9 de julho de 2008 que por ser o pai de Eluana o seu guardião legal Beppino Englaro estava autorizado a suspender a alimentação e hidratação.

Freiras cuidando de Eluana desde 1994, em Lecco, estavam dispostas a continuar a fazê-lo, assim que seu pai decidiu levá-la para outro hospital, a fim de ter sua alimentação suspensa.

O público pareceu dividido sobre a decisão do Tribunal de Recurso, alguns se colocaram a favor, incluindo a Radicali Italiani (partido político de centro-esquerda).

Em julho de 2008, o Parlamento italiano trouxe um conflito de competência perante o tribunal de última instância, afirmando que a decisão era no sentido de mudar as leis existentes. Este pedido foi rejeitado pelo Tribunal.

Em 13 de novembro de 2008, a mais alta corte da Itália concede ao pai de Eluana o direito de suspender a alimentação artificial de sua filha. A decisão do Tribunal sofreu a crítica imediata da Igreja Católica Romana.

Beppino Englaro, esperou até que todos os recursos fossem julgados antes de ele de fato, suspender a alimentação de sua filha.

Em fevereiro de 2009, ela foi transferida para um hospital particular em Udine, Friuli, onde uma equipe médica assistia ela durante seus últimos dias, quando em 6 de fevereiro de 2009, o primeiro-ministro Silvio Berlusconi emitiu um decreto que visava forçar a continuação do tratamento de Eluana, mas o Presidente da República se recusou a promulgar o decreto.

Eluana morreu às 19h 35min em 9 de Fevereiro de 2009 aos 38 anos de idade, depois de estar em um estado vegetativo há 17 anos. (WIKIPÉDIA).

Ou ainda, que opte o testador por deixar clara sua escolha pela manutenção de todo e qualquer tratamento possível e disponível, no sentido de quiçá, caracterizar uma distanásia.

Em quaisquer dos casos, é sempre importante ressaltar que ante a complexidade da questão de fim de vida, a abordagem respeitosa deve conduzir o atendimento da vontade do paciente, pois interesses alheios podem conflitar com esse, como os que estejam afetos a inconfessáveis razões familiares, bem como àqueles envolvendo os gestores de empresas de seguros e convênios de saúde (FRANÇA, 2019, p. 160).

Neste caso, a assistência e consultoria por um profissional qualificado da área com vistas ao esclarecimento dos termos técnicos e suas consequências práticas se apresenta como protocolo indispensável, se possível contando com glossário e uso do vernáculo em termos leigos e facilitados de modo a tornar o conteúdo integralmente compreensível a qualquer leitor leigo, a espelhar a clareza da anuência do paciente ante a apropriação por este das informações ali contidas.

No Brasil como dito, ainda não está previsto em lei, a restar possível apenas o manejo das DAV que encontram respaldo na Resolução nº 1.995/2012 (CFM-Brasil) do Conselho Federal de Medicina, reconhecendo o direito de o paciente manifestar sua vontade sobre tratamentos médicos e designar representante para tal fim, com o respectivo dever do médico em cumpri-la.

Antes, em 2006, a Resolução nº 1.805 já permitia ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolongassem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal, devendo o paciente continuar a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que o levariam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual.

B. Não formal – à míngua de disciplina legal específica, não se concebe a exigência de formalidade intrínseca ou extrínseca como requisito essencial de existência e validade.

Apesar de boa parte da doutrina apontar a necessidade de forma pública à semelhança do testamento patrimonial, o fato de não ser lavrado em cartório não impede sua exequibilidade, não o despe de validade, nem desfigura sua finalidade.

Vale notar no entanto, que mesmo diante da inexigibilidade, a lavratura de escritura pública das diretivas antecipadas de modo geral, *iuris tantum*, garante a ansiada e necessária segurança jurídica como todo e qualquer documento escriturado

desta maneira, em razão da fé pública de que é provido em razão da subscrição por Tabelião de Notas.

Ademais, a desejada criação de um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade<sup>42</sup> (RNDAV) também é recomendada, e ideal para possibilitar o acesso deste aos profissionais de saúde, pelo engedramento de uma rede de comunicação eficiente e integralizada (talvez pelo SUS), além da maior incontestabilidade no cumprimento da vontade do paciente, de modo a não correr o risco de que a declaração se torne estéril, inacessível e/ou corrompida.

C. Discernimento do declarante (testador) – essa não deve ser confundida com capacidade de fato à semelhança de outros atos jurídicos.

O que se exige aqui é a capacidade de discernimento, o que traduz a possibilidade de flexibilização dos critérios de idade e nas causas de existência de enfermidade ou deficiência física e mental que afete o discernimento.

É sabido que os critérios predefinidos pela lei muitas vezes impossibilitam o incapaz de exercer seus direitos de personalidade e de desenvolver sua dignidade.

Por isso a necessidade de verificar cada caso concreto.

Sustenta Costa que em casos em que esteja envolvida pretensão de incapaz ou menor de idade, deverá este primeiramente solicitar autorização judicial para o ato de modo a se apurar a existência de maturidade para a conclusão do discernimento (COSTA, 2018, p. 50).

No entanto, há entendimento prevalecente, notadamente defendido por Dadalto, que o que deve ser considerado é a capacidade de consentir e não a capacidade de fato (tenha menos de 18 anos, ou esteja em suspeita de estado demencial), isso porque o testamento vital é o instrumento máximo de vontade, o sujeito deve ter condições de expressar livre e autonomamente suas decisões (DADALTO, 2020, p. 35).

---

<sup>42</sup> O Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade, sugerido e defendido por vários especialistas da área como Dadalto (DADALTO, 2020), França (FRANÇA, 2019), e Costa (COSTA, 2019), poderá seguir as recomendações da central nacional de testamentos do Colégio Notarial do Brasil, que objetiva estabelecer um registro único de testamentos.

Como forma de conferir efetividade, tanto o registro do conteúdo quanto a logística de acesso dos profissionais que deverão observá-lo não de ser preconizados por via legislativa, sendo imprescindível a criação de mecanismo por sistema de cruzamento de informações via SUS por exemplo, que faça a remessa do testamento vital de maneira automática assim que seja esse indivíduo categorizado como paciente terminal, devendo este se imediatamente anexado ao prontuário, juntamente com sua história clínica, com o objetivo de informar à equipe médica que o paciente o possui. Opcionalmente, paciente ou família podem providenciar o acesso a tal documento com o mesmo destino e finalidade.

D. Liberdade para declarar (testar) – sendo fruto da autodeterminação do paciente, se pressupõe uma atuação livre, sem violência ou intimidação.

Em algumas legislações se recomenda que o testador haja recebido previamente um assessoramento técnico, e que tenha tido tempo suficiente para reflexão e elaboração de cláusulas cujo conteúdo podem variar de pessoa para pessoa, consideradas a enfermidade, a formação cultural, educacional, religiosa e política, além das experiências particulares e idiosincrasias de cada indivíduo (QUIJADA-GONZÁLEZ, 2014, p. 141).

*(...) Con la intervención del profesional no se pretende la sustitución del consentimiento del paciente, sino dotarle de un complemento que garantice un proceso correcto en la formulación de la voluntad, en el que se tenga en cuenta el contexto temporal, psicológico, cultural, familiar y comunitario en el que se produce la toma de decisiones. (QUIJADA- GONZÁLEZ, 2014, p. 149).*

Tal assessoria encontra razão de ser na medida em que mais uma vez oferece ao cumpridor do instrumento, a certeza e segurança necessários à execução do conteúdo (inclusive frente a um eventual tentativa de anulação do documento por terceiros), no sentido de que o paciente procedeu à tomada de decisão livre e devidamente ciente de todos os termos, das escolhas disponíveis e das repercussões práticas e legais daquelas que forem alvo de sua opção expressa.

#### 4.1.2 Tempo da eficácia:

*Ante mortem* (VITALI, p. 367) sua execução é diferida no tempo, dependerá da ocorrência do termo da finitude de vida para seu cumprimento, que envolve não apenas uma situação de terminalidade de vida, mas a todos os estágios clínicos que coloquem o paciente (consciente ou inconsciente) em situação de incurabilidade e irreversibilidade: doença, terminal<sup>43</sup>, estado vegetativo persistente<sup>44</sup> ou doenças

---

<sup>43</sup> DOENÇA TERMINAL: Doença avançada, progressiva e incurável, a que faltam respostas razoáveis a tratamentos específicos disponíveis. Nesta, verifica-se a presença de inúmeros problemas ou sintomas intensos, múltiplos e multifatoriais, com severo impacto emocional no paciente, família e cuidadores, cujo prognóstico de vida é inferior a 6 meses.

A nomenclatura PACIENTE TERMINAL vem sendo substituído por termos como:

- Paciente fora de possibilidades terapêuticas atuais;
- Portadores de doenças terminais;
- Portadores de doenças ameaçadoras da vida (DADALTO, 2020, p. 63).

<sup>44</sup> ESTÁGIO VEGETATIVO PERSISTENTE: é uma situação clínica de completa ausência de consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral. Como critério de definição: total ausência de consciência do eu ou do ambiente, impossibilidade de interação, ausência de respostas sustentadas, reprodutíveis, intencionais e voluntárias e estímulos, visuais, auditivos, tácteis, nóxios, a ausência de compreensão ou expressão verbais, vigília intermitente, ciclos sono-vigília, preservação das funções hipotalâmicas e autonômicas suficientes para sobrevivência. Incontinência urinária e fecal, a preservação em grau variável dos reflexos

crônicas progressivas e debilitantes<sup>45</sup>, como por exemplo a demência avançada.<sup>46</sup>

Sua observância está igualmente condicionada à ciência de sua existência e conteúdo para manejo e obrigatoriedade aos profissionais de saúde, o que reforça a necessidade de que hajam meios e recursos para garantir o acesso em tempo hábil.

Neste aspecto também diferencia-se do consentimento informado, que se presta à prática ou ocorrência no tempo de sua subscrição.

Nos EUA o Testamento Vital só se torna eficaz após 14 dias de sua feitura, período que o legislador considerou razoável para um arrependimento.

Na Espanha esse prazo não existe.

Defende Dadalto que no Brasil se torne eficaz a partir da inscrição no prontuário médico, pois ainda que seja oponível *erga omnes* a partir da lavratura da escritura, sua eficácia médica apenas se perfaz com a ciência do cumprimento por aqueles que jurídica e factualmente estejam a este obrigados, o que ocorre com a documentação e inscrição no prontuário.

---

dos nervos cranianos e espinhomedulares.

- Estado Vegetativo Permanente: prognóstico porque diz respeito à irreversibilidade do quadro.
- Estado Vegetativo Persistente: diagnóstico, refere-se à condição de incapacidade que aconteceu em determinado momento e persiste.

PACIENTE NÃO ESTÁ LIGADO EM APARELHOS, o único tratamento a abreviar a vida do paciente é a suspensão da nutrição e hidratação artificial (AHA). Há críticas porque pode caracterizar eutanásia, indo também contra a solidariedade interpessoal já que a pessoa morrerá de fome e de sede. Os defensores dizem que não, porque a AHA só pode ser considerada cuidado quando melhora a qualidade de vida o que não é o caso, pois gera danos e desconfortos ao paciente, razão pela qual deva ser considerada tratamento médico que substitui uma função assim como a ventilação mecânica e a diálise.

POSIÇÃO MAJORITÁRIA: AHA é tratamento mesmo em EVP.

Para GONÇALVES *apud* DADALTO, paciente não morrerá de fome e sede, mas sim ele não sente fome e sede porque está morrendo (DADALTO, 2020, p. 61).

Pesquisas comprovam que indivíduos são mais propensos a recusarem tratamentos e procedimentos em quadro de EVP do que nos estados terminais e crônicos, inclusive AHA, isso porque os indivíduos foram previamente informados por seus médicos antes de fazer as DAV de que a suspensão da AHA era benéfica e não lhes traria sofrimento.

Daí a importância da informação qualificada e do esclarecimento prévio à feitura das DAV. (DADALTO, 2020, p. 62).

<sup>45</sup> Doenças crônicas: possuem uma ou mais das características a seguir, permanentes, produzem incapacidade/ deficiência residual, são causadas por alterações patológicas irreversíveis, exigem uma formação especial do doente para a reabilitação, ou podem exigir longos períodos de supervisão, observação e cuidados. Como exemplos, temos: diabetes, problemas cardíacos, cânceres e demências, representam 6 % da mortalidade mundial.

<sup>46</sup> Demência avançada: síndrome caracterizada pelo declínio progressivo e global da memória, associado ao déficit de uma ou mais funções cognitivas (linguagem, agnosia, apraxias, funções executivas), com uma intensidade que possa interferir no desempenho social diário ou ocupacional do indivíduo.

Historicamente, a demência avançada não figurava entre os estados clínicos que possibilitavam recusa de tratamento/procedimento no testamento vital, e tem se voltado a discutir a sua retirada em casos de pacientes nesse estado clínico.

Ela foi incluída pelo aumento exponencial da expectativa devida da população, redução de nascidos, aumento da longevidade humana, e o declínio das taxas de mortalidade. (DADALTO, 2020, p. 62).

Há doutrinadores que defendem a necessidade de um prazo de validade. Portugal adota prazo de validade de 5 anos (DADALTO, 2020, p. 115).

Outros como Dadalto, discordam dessa necessidade, justamente por ser o Testamento Vital um documento revogável, à semelhança do testamento patrimonial.

#### 4.1.3 Conteúdo:

Proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, previsão de eutanásia ou suicídio assistido, a possibilidade de objeção de consciência pelo médico<sup>47</sup>, e proibição de disposições contra-indicadas à patologia do paciente, ou tratamentos superados pelo avanço da medicina.

Como parte da heterogeneidade do conteúdo, é possível ainda a manifestação antecipada se deseja ou não ser informado sobre diagnósticos fatais, sobre os aspectos relativos ao tratamento médico como a SET (suspensão de esforço terapêutico)<sup>48</sup>, a não utilização de máquinas e antecipações relativas a intervenções médicas que não deseja receber, entre outras.

Ou seja, no tocante ao conteúdo:

- pode versar sobre recusa ou aceitação de cuidados, tratamentos e procedimentos que prolonguem a vida artificialmente, e a nomeação de um representante para decisões que digam respeito à saúde;
- por conta da prática da obstinação terapêutica no Brasil, o conteúdo mais comum do Testamento Vital é a recusa de tratamentos fúteis ou pedido de suspensão de suporte artificial da vida como extubação paliativa, traqueostomia, hemodiálise, ordem de não reanimação, etc, e a definição de futilidade deve ter em conta a inexistência de benefícios que esse tratamento trará ao paciente, sendo aferida no caso concreto.

No entanto, embora seja possível, há discussões no tocante à possibilidade de inserção no instrumento:

- de pedido de assistência espiritual durante o período de sua enfermidade e indicar pessoas e local com quem e onde deseja ou não, compartilhar seus

<sup>47</sup> Artigo 28 do Código de Ética Médica, a recusa pode ocorrer, todavia deve ser motivada.

<sup>48</sup> "Por suspensão de esforço terapêutico compreende-se não iniciar ou suspender uma terapia iniciada, não ressuscitar nos casos de parada cardiorrespiratória, não submeter o doente à ventilação mecânica, alimentação e hidratação artificiais contra a sua vontade, que pode ser instantânea ou manifestada em diretivas antecipadas. Os médicos e demais profissionais de saúde têm o dever de respeitar a autonomia do usuário, inclusive para lhe dar alta "a pedido", deixando que a morte ocorra no local, no tempo e em companhia de quem o doente quiser. O usuário dos serviços de saúde tem o direito de estar só e de morrer só, de estar acompanhado e de morrer entre os seus" (RIBEIRO, 2006).

últimos momentos de vida, velório, ofício funerário, cerimônia, e eventual desejo de cremação ou destinação do cadáver (QUIJADA-GONZÁLEZ, 2014, p. 141, 146);

- previsão de doação de órgãos, quiçá *de lege ferenda*.

Isso porque a lei atual de doação de órgãos nº 9.434/97 alterada pela lei 10.211/2001, dispõe que a doação de órgãos e tecidos pela própria pessoa só é possível no caso de o indivíduo estar vivo, observados certos critérios, conforme termos do art. 9º que segue:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001). (BRASIL, 2021).

A partir do óbito, tal legitimidade passa a ser dos familiares do falecido, tal como dispõe o art. 4º da mesma lei:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.(Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001). (BRASIL, 2021).

Assim, é certo que diante da sistemática vigente, não é possível a disposição de órgãos *post mortem* pelo próprio doador através de qualquer documento, como no caso em estudo, através de destinação no bojo de um Testamento Vital.

Para tanto, para validar tal prática no futuro, deve haver alteração legislativa a prevê-la, já que a lei tem como outro indivíduo autorizador e ratificador, no caso, o cônjuge ou parente maior de idade, obedecida a linha sucessória (DADALTO, 2020, p. 115).

A divergência em torno destes últimos itens reside na evidente desnaturação do instituto que se presta por natureza e finalidade precípua, a apenas e tão somente expressar a vontade do indivíduo frente à aceitação ou recusa de tratamentos e procedimentos diante de um cenário de terminalidade de vida.

Como dispõe Dadalto:

Assim, no Brasil, a inserção de disposições sobre doação de órgãos no testamento vital desnaturam o instituto até porque a declaração prévia de vontade do paciente terminal é, por essência, negócio jurídico, com efeito, inter vivos, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que este será submetido em caso de terminalidade da vida. (DADALTO, 2013, p. 67).

Doutrina estrangeira no entanto, admite previsão no corpo do Testamento Vital, de disposições acerca da doação de órgãos (DADALTO, 2013, p. 67).

Ademais, critica-se a tendência de homogeneizar o conteúdo com a adoção de documentos modelo-padrão, pois deve ser preconizada uma elaboração personalizada, considerados os desejos, anseios, especificidades e pontos a serem oportunizados de acordo com as idiosincrasias de cada indivíduo.

#### 4.1.4 Efeito:

*Erga omnes*, vincula paciente, profissionais da saúde, familiares do paciente e procurador nomeado (DADALTO, 2020, p. 57).

#### 4.1.5 Revogabilidade:

Pode ser revogado parcial ou integralmente a qualquer tempo pelo testador. Há previsões alienígenas que determinam prazo de validade, o que se presta à mesma função da revogabilidade ante a existência de prazo determinado de vigência.

#### 4.1.6 Limites:

Objecção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, e disposições que sejam contra-indicadas à patologia do paciente ou tratamento, superadas pelo avanço da ciência e da medicina (VITALI, p. 367).

## 4.2 Diferença entre Testamento Vital e Testamento Patrimonial

O uso da expressão brasileira "Testamento Vital" é comumente criticada pelos expoentes da área por não retratar de modo adequado, a natureza e finalidade do instituto, o que o despe da devida qualificação técnica para referência e *nomen juris*.

Isso porque é denominado na nação de origem, Estados Unidos da América, de *living will* tratando-se de documento relativo aos cuidados antecipados em situação de fim da vida, o que permite inferir que a tradução "Testamento Vital" fica à míngua de um adequado espelhamento frente ao termo de origem.

E mesmo na nação ianque, o instituto somente alçou *status* legal em 1991 na *Patient Self Determination Act* (PSDA), primeira lei federal estadunidense a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente (COSTA, 2018, p. 98), o que evidencia o viço

de sua criação e vagarosa construção.

Deste modo, elencar dito instrumento no direito brasileiro como sendo um instituto jurídico de “testamento” tal como por nós conhecido e referenciado, por si só já se apresenta como uma esdrúxula impropriedade técnica, haja vista que o termo etimologicamente considerado nos remete ao “ato personalíssimo, unilateral, solene, gracioso e revogável, pelo qual alguém dispõe, total ou parcialmente, dos seus bens, com observância das prescrições legais, e estabelece deveres e direitos que devem vigorar depois de sua morte.”<sup>49</sup>

Ou seja, o ato de testar por natureza implica a disposição de vontade para o pós-vida, com natureza patrimonial, observadas formalidades legais intrínsecas e extrínsecas para validade.

Nenhuma dessas características permeia o testamento vital, a não ser a discutível hipótese acerca da possibilidade de disposição em seu bojo, a respeito da doação de órgãos do falecido, e assuntos afetos ao rito e procedimentos referentes a seu funeral – o que como mencionado acima, é algo crível e de conteúdo com observância não obrigatória.

Como ponto comum tem-se o fato de se tratar de negócio jurídico revogável, gratuito, personalíssimo e unilateral.

Diante disso, e acompanhando a maior parte da doutrina pesquisada, resta clara a inadequação da nomenclatura “Testamento Vital” para designar a declaração de vontade de uma pessoa com discernimento acerca dos tratamentos aos quais não deseja ser sujeita quando em estado de terminalidade e impossibilitada de manifestar sua vontade.

Neste ponto há ainda muita discussão doutrinária em nosso direito, apegada principalmente aos termos utilizados em outros países para designar o mesmo instituto, o que pode sugerir alguma modulação ou revisão no futuro no tocante à rotulação jurídica dada, de modo a encerrar nesse um maior e desejável rigorismo técnico.

Então, em que pesem as semelhanças supra apontadas, a diferença nevrálgica entre o Testamento Vital e o patrimonial descansa no conteúdo, dada a presença ou não de disposições de caráter econômico, e no tempo de sua abertura e atendimento.

---

<sup>49</sup> <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/testamento>

### 4.3 Críticas ao Testamento Vital

Além da evidente insegurança gerada pela omissão legislativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se também como crítica ao Testamento Vital a problemática em relação ao lapso temporal face a possível divergência ou manutenção da vontade manifesta do paciente entre o momento da subscrição e sua efetiva aplicação, o que impõe ao legislador *de lege ferenda*, uma abordagem técnica apurada a prever um prazo de validade razoável com possível ratificação pelo testador depois de determinado hiato de tempo.

Como bem aponta Chehuen:

Outro questionamento ético relacionado ao testamento vital seria sobre a autenticidade e estabilidade da decisão do paciente, visto que a confecção do documento baseia-se em uma construção imaginária de como seria sua vida em determinada situação futura nunca antes experimentada, e que, a partir do momento em que realmente vivenciasse tal condição, ele poderia mudar seu ponto de vista. (CHEHUEN, 2015, p. 573).

Além disso, como ressaltado outrora, é recomendado que o uso de expressões como “paciente terminal”, sendo muito abrangentes e genéricos, e cuja inclusão, por exemplo, é obrigatória no documento em razão da fixação do termo de sua aplicabilidade, tragam a correlata definição, por exemplo, na apresentação de um glossário de referência devidamente rubricado.

Isso porque, por se tratar de termo de cunho médico-científico, torna-se de conteúdo vago e impreciso para o público leigo principalmente porque não é necessária para a lavratura do testamento vital, a assessoria de um advogado que resguarde assim a inequívoca e prévia orientação e compreensão do momento e critérios para designar um paciente como terminal.

## 4.4 O Testamento Vital em algumas experiências estrangeiras

### 4.4.1 Estados Unidos da América

Como dito, os EUA como criadores do instituto e conceito, foi o primeiro país do mundo a apresentar uma legislação sobre a temática.

Como possuem o sistema legal de *common law*<sup>50</sup>, isso significa em linhas gerais,

---

<sup>50</sup> Na *Common Law*, ou *Common Law lato sensu*, compreende-se o conjunto dos sistemas jurídicos que se baseiam no Direito Comum (*Common Law stricto sensu*), criado pelos tribunais ingleses a partir do século XI. Sua autonomização em relação ao Direito Romano, se deu pela proscricção deste por expressa

que a legislação foi criada a partir da jurisprudência, tendo sido o primeiro caso a tratar do assunto o de Karen Ann Quinlan em 1976 (já reportado neste trabalho).

Pioneiro, o Estado da Califórnia aprovou em 1976 a *Natural Death Act*<sup>51</sup>, cuja obrigatoriedade se deu a partir do ano seguinte, 1977, lei essa que garantia ao indivíduo o direito de recusar ou suspender um tratamento médico, e protegia os profissionais de saúde de eventual retaliação judicial pelo respeito à vontade manifesta do paciente.

Em seguida, membros de algumas associações médicas californianas elaboraram as *Guidelines and Directive*, com orientações para o paciente instruir seu médico acerca do uso dos métodos artificiais de prolongamento de vida (DADALTO, 2020, p. 65).

Em 1983 novamente a Califórnia legislou de modo inédito sobre procuração para cuidados de saúde, com a edição do *California's Durable Power of Attorney for Health Care Act*.

Após esse despontar californiano, outros Estados o seguiram.

Todavia uma lei federal surgiu apenas após o caso Nancy Cruzan, a denominada *Patient Self Determination Act (PSDA)*.

#### 4.4.2 Europa

De forma embrionária, em 04 de abril de 1997 foi redigida a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo ou Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, em Oviedo, Espanha, tendo sido assinado por 35 Estados-Membros do Conselho da Europa, com ratificação de apenas 23 (a exemplo, Portugal,

---

decisão real. A hostilização do sistema romano se deu principalmente pelo: 1) receio de que sua adesão de alguma maneira prejudicasse as conquistas alcançadas em relação às liberdades individuais já garantidas pelo direito inglês, notadamente pela experiência de dominação estrangeira sofrida pelos anglo-saxões após a ocupação normanda a partir do século XI, e com isso o indesejado retorno a uma Monarquia Absolutista; 2) interesse na manutenção de institutos de matriz medieval, como por exemplo direito de primogenitura, e o desinteresse em romper com padrões tradicionais como se deu na França com a Revolução; 3) a apreciação nacional pelo espírito da *Common Law*, que partiu das correntes: liberal de John Locke e utilitária de Jeremy Bentham, diante da legitimação validada pelos próprios governados, e o direito à máxima felicidade como fundamento utilitário de toda ação humana, tal como preconizado pelos aludidos filósofos; 4) expansão colonial inglesa, que criou relação de correspondência e identidade entre a *Common Law* e os países colonizados pela Inglaterra, quase todos adotantes do sistema, diversamente do que ocorre com o Direito Romano, em que pese se verifique relevante expressão colonizadora dos países que o adotam atualmente sob a forma da *Civil Law*, mas que não guarda a proporcionalidade com aquela (VICENTE, 2018). Atualmente estão sob a *Common Law* na Europa, a Inglaterra, o País de Gales, a Irlanda do Norte e a República da Irlanda; na América, os Estados Unidos (à exceção da Luisiana) e Canadá (à exceção de Quebec); na Oceania, a Austrália e Nova Zelândia; na África, a Nigéria, Gana, Tanzânia, Quênia, Uganda e Libéria. Na Ásia, a Índia, Paquistão e Israel adotam sistemas híbridos por conta do sincretismo religioso (VICENTE, 2018).

<sup>51</sup> <https://legalbeagle.com/13720899-california-living-wills-laws-and-the-natural-death-act.html>

Espanha e Suíça).

Referido documento preconiza a consideração dos desejos do paciente expressados anteriormente no que diz respeito à intervenção médica, quando no momento desta não seja possível expressar sua vontade.

Na Europa, a Espanha, onde o Testamento Vital é denominado na legislação federal por *instrucciones previas*, foi o primeiro país a tratar sobre a suspensão do esforço terapêutico, o não prolongamento artificial da vida, cuidados paliativos, dentre outros – sendo lá revogável, e para cuja regulamentação foi criado dentro do Ministério da Saúde um Registro Nacional de instruções a fim de que fossem seguidos os padrões do Conselho Inter-ritorial de Saúde (DADALTO, 2020, p. 71).

Dita legislação de âmbito nacional surgiu com a Lei Catalã 21/2000<sup>52</sup>.

Em Portugal, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina foi ratificada por Resolução da Assembleia da República 1/2001, e, com o fito de regular as diretivas antecipadas de vontade e criar o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), foi promulgada a respectiva Lei 25/2012 em 16 de julho de 2012, que entrou em vigor em 21/08/2013 - embora a discussão preambular tenha se iniciado em 2006.

O RENTEV (Registro Nacional do Testamento Vital), tem por finalidade registrar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de DAV e à procuração de cuidados de saúde, tendo sido designadas as DAV sob a forma de Testamento Vital com a nomeação conjugada de um procurador para tal fim. (DADALTO, 2013, p. 65).

Ainda em Portugal, segundo a lei, o Testamento Vital deve ser subscrito por indivíduos maiores e capazes, revogáveis e modificáveis a qualquer tempo, porém com prazo de validade de até cinco anos.

#### 4.4.3 América do Sul

Na Argentina, o assunto começou a ser tratado pela Lei 26.529 de 21 de outubro de 2009, porém em nível provincial em Rio Negro a questão já era disciplinada pela Lei 4.263, promulgada em 19 de dezembro de 2007.

Todavia, posteriormente foi aprovada a Lei 26.742/2012, a tratar do direito à morte digna, disciplinando forma e conteúdo.

No Uruguai, a Lei 18.473/2009 permite ao paciente que se oponha a tratamentos

---

<sup>52</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-2353>

que visem prolongar inutilmente a vida, caso este se encontre em situação de doença terminal, incurável e irreversível, devendo tal documento ser registrado no prontuário pessoal do enfermo.

Referido estado de saúde deverá ser laudado por dois médicos, e a decisão do paciente é revogável a qualquer tempo. Além disso, o documento deve vir acompanhado de nomeação de procurador maior de idade, a fim de assegurar o cumprimento da vontade do paciente.

Quanto a menores, deixa claro que a decisão caberá aos pais ou tutores, mas impõe a necessidade de que o menor maduro seja ouvido.

Vale lembrar que o Uruguai tem a eutanásia despenalizada desde 1934, que o aborto é permitido, e a comercialização da *cannabis sativa* também (DADALTO, 2020, p. 92).

## 4.5 Experiências jurídicas brasileiras

### 4.5.1 Demanda questionando a possibilidade de escolha de tratamento em momento futuro de terminalidade de vida

O estudo de caso realizado por Dadalto, ressalta os equívocos na concepção do instituto do testamento vital por parte tanto da sociedade quanto dos técnicos do direito.

Na ação de jurisdição voluntária nº 1084405-21.2015.8.26.0100<sup>53</sup>, em que pese a proponente não estar em situação de terminalidade de vida, pleiteou o asseguramento futuro da ortotanásia em seu caso, muito embora esteja disponível no ordenamento jurídico os instrumentos de Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV).

Após uma sentença de improcedência e subsequente reforma do Tribunal de Justiça Bandeirante que ao final reconheceu a legitimidade do pedido em virtude da garantia constitucional do acesso à justiça, obteve-se a decisão pretendida com algumas adequações.

Todavia esse direito já estava reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileiras por ocasião do julgamento da Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3<sup>54</sup>, que objetivou a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, mas que ao final concluiu pelo reconhecimento da

---

<sup>53</sup> <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10248982&cdForo=0>

<sup>54</sup> <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>

possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis sem que isso ofenda o ordenamento vigente (DADALTO, 2018, p. 108).

Critica a mesma autora a possibilidade de judicialização da matéria aduzindo conclusivamente que:

Todavia, a inexistência de lei específica não pode ser usada como justificativa para pedidos judiciais de validação do testamento vital, uma vez que, conforme visto, trata-se de negócio jurídico unilateral de caráter existencial e, desde que cumpra os requisitos de validade dos negócios jurídicos, será válido.

Aceitar a judicialização do testamento vital a fim de que o Poder Judiciário declare o direito é realizar uma interpretação *contra legem* do Código Civil, o que acarreta num enorme abalo na segurança jurídica existente e abre margem para que inúmeras ações declaratórias de negócios jurídicos existenciais sejam ajuizadas, aumentando a judicialização das relações sociais e sedimentando o Poder Judiciário como superego da sociedade.

Em suma, a vontade manifestada em testamento vital tem validade no ordenamento jurídico vigente e a falta de legislação específica não é motivação para que pretenda a declaração de validade pelo Poder Judiciário, afinal, não se justifica a busca de uma decisão judicial apenas pela inexistência de lei específica, notadamente quando há outros elementos no ordenamento jurídico que permitam a compreensão acerca da legalidade do testamento vital. (DADALTO, 2018, p. 13/14).

#### 4.5.2 Demanda em que se discutiu a constitucionalidade da Resolução nº 1.805/2006 (CFM/ Brasil)

Referida Resolução autorizou aos médicos a suspensão de tratamentos que prorrogam inutilmente a vida de pacientes terminais incuráveis.

Aprovada por unanimidade, a mencionada Resolução deliberou em seu corpo que:

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

Art. 1º (...) § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

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

Todavia, o Ministério Público Federal do Distrito Federal, em 09/05/2008, ajuizou uma ação civil pública contra o Conselho Federal de Medicina questionando referida Resolução, a qual tramitou perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal, processo nº 2007.34.00.014809-3.

Sustentava o Ministério Público Federal que o Conselho Federal de Medicina não

tem habilitação para regimentar uma conduta que é tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, ressoando evidente confusão de interpretação ao concluir que a Resolução propugnava eutanásia e não a ortotanásia como ao final restou claro, já que o objetivo é uma morte digna com a dispensa de tratamentos fúteis que se revelam mais como manejo de tortura do que de prestígio à vida.

Com a aprovação do novo Código de Ética Médica em 24/05/2009, em que a ortotanásia ganhou relevo pela previsão de que diante de 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, o Ministério Público Federal então reviu seu posicionamento e apresentou alegações finais na demanda consentindo com os argumentos do Conselho Federal de Medicina.

Em síntese, na sentença, o magistrado declarou que a ortotanásia não é crime, e que a visão médico-paternalista foi suplantada pelo reconhecimento da autonomia privada e dignidade do paciente.

Tal sentença também é importante no sentido de se debater acerca da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.5.3 Demanda envolvendo a Resolução nº 1.995/2012 (CFM/ Brasil)

Nessa, publicada em 31/08/2012, é assegurado o direito de o paciente definir quais os tratamentos médicos de sua vontade, indicando um representante para representá-lo nesse sentido através de Diretiva Antecipada de Vontade, sendo que o médico tem o dever de cumprir a vontade expressa do paciente ou, no caso de esse estar inconsciente, aquilo que decidir seu procurador/ representante.

Determina que sua efetividade se sobressaia a qualquer outro instrumento, inclusive à vontade de seus parentes e equipe médica quando venham com esta colidir.

Porém, visando a declaração de inconstitucionalidade, em 2013 o Ministério Público Federal de Goiás ingressou com a Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500, sob a alegação de que a Resolução extravasa o poder regulador do Conselho Federal de Medicina, pois impõe riscos à segurança jurídica, estabelecendo mecanismo inapropriado para o registro de diretivas antecipadas do paciente com o alheamento da família no tocante a decisões que lhe são supostamente de direito.

Da mesma forma que a outra ação, esta foi julgada improcedente, tendo o magistrado declarado a constitucionalidade da Resolução, e invocado a inevitabilidade de legislação acerca do tema, com o acréscimo de que as diretivas antecipadas de vontade valem para qualquer paciente que ficar impossibilitado de se expressar.

Por fim, declarou que no caso de divergência das diretivas de vontade em face da família ou Poder Público, deveria esta ser dirimida individualmente pelo Poder Judiciário.

#### 4.5.4 Primeira ação judicial a analisar a validade do testamento vital

Na ação nº 70054988266 TJRS , um idoso requereu direito a não ter amputado membro necrosado.

Desembargadores em julgamento de apelação cível, reconheceram esse direito como ortotanásia, através do desejo manifestado pelo paciente mesmo com diagnóstico de depressão, naquilo que denominaram de testamento vital, em conformidade com a Resolução nº 1.995/2012, julgando a questão favoravelmente ao paciente.

No entanto, a leitura apurada da decisão nos mostra que o paciente manifestou-se quanto à recusa pontual de tratamento dentro do ambiente hospitalar, o que desfigura o instrumento como sendo um testamento vital, já que não se encontrava em situação de fim de vida.

Mesmo que assim fosse, a decisão padece de grave contradição, vez que dois

dos três requisitos para a existência de um Testamento Vital estão ausentes, pois:

- o paciente manifestou vontade na recusa de tratamento específico já em fase crítica;
- o paciente estava com diagnóstico de depressão, doença que pode suprimir a capacidade de discernir do indivíduo, essencial para a manifestação da vontade.

Dadalto considera essa decisão um verdadeiro retrocesso uma vez que utiliza de forma inadequada o instituto, e abre precedente perigoso para que outras decisões judiciais justifiquem toda e qualquer recusa de tratamento com base no testamento vital, o que o desfigura e conduz a atuação judiciária com supedâneo em impropriedade técnico-jurídica (DADALTO, 2020, p. 105).

#### 4.5.5 Enunciado 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça

Em 14 e 15/05/2014 o CNJ<sup>55</sup> realizou a I Jornada em Direito da Saúde, tendo produzido documento com 45 enunciados aprovados<sup>56</sup>.

##### Diretivas de Vontade – Enunciado 37:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Embora se reconheçam os esforços na tentativa de avanço na implementação da matéria que versa sobre as DAV, Dadalto ponderadamente aponta falhas no enunciado, dentre as quais:

- o uso dos termos “diretivas antecipadas ou declarações antecipadas” como sinônimo, quando o correto de acordo com a doutrina é “Diretiva Antecipada” apenas, e Testamento Vital;
- omissão no que diz respeito à espécie Testamento Vital;
- não prevê a figura do procurador para questões de saúde no bojo da Diretiva Antecipada;
- alude à exigência de testemunhas como se se tratasse de um negócio

<sup>55</sup> Conselho Nacional de Justiça. I Jornada de Direito da Saúde: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude/>

<sup>56</sup> [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf)

jurídico bilateral, quando bastaria apenas a declaração de vontade do indivíduo, por se tratar de ato unilateral de vontade;

- não disciplina nem enfrenta questões mais complexas como prazo de validade, possibilidade de incapazes com discernimento fazê-las, a necessidade de lei específica, quais os cuidados e tratamentos que podem ser recusados, e etc.

#### 4.6 A linguagem do testamento vital

Agora sob a análise do discurso, a partir de uma visão holística do paciente e dos cuidados que reivindica, impende destacar sua manifestação pela e na linguagem, dada a perspectiva muito mais ampla que assume enquanto manifestação de vontade do indivíduo acerca de direito personalíssimo.

Considerado enquanto um fato de linguagem, Pereira aduz que dentre os critérios para interpretação, há de se ater ao sentido atribuído ao intérpretes, cujos princípios e procedimentos podem ser assim elencados como: a própria linguagem, a história, a ideologia, o sujeito, a memória, as condições de produção do discurso, as formações discursivas e ideológicas, o enunciado e a enunciação (PEREIRA, 2018, p. 63).

E tal abordagem se justifica porque, é por meio do texto que os indivíduos manifestam de certo modo seus pensamentos e princípios e deixam evidente que desejam ser acolhidos e ouvidos.

Neste caso, sua situação deve ser compreendida de acordo com sua particular visão de mundo, conforme seus anseios, idiosincrasias e sentimentos pessoais (PEREIRA, 2018, p.56).

Como esclarece Santana:

Independentemente de nuances culturais, é do ser humano a idealização dos elementos que lhe caracterizem a qualidade de vida. Isso se torna mais evidente no paciente terminal – por exemplo, há aqueles que desejam estar com pessoas ao seu lado; outros preferem a solidão; alguns querem música; dormir; ler; comer coisas gostosas ou que representem algum risco para saúde; ou nada querem comer; há os que preferem estar em casa, outros que preferem o hospital; há o desejo de morrer, de viver mais, de ver ou de ouvir; de alívio da dor, etc. As vontades expressas são muitas e, na esfera dos cuidados paliativos, todas devem ser escutadas.

Quando se trata de um paciente terminal, é evidente que a morte pode estar mais ou menos próxima e, em alguns momentos, há certo receio em atender aos pedidos desses pacientes. No entanto, é importante salientar que eles ainda não estão mortos, estão vivos, e a escuta e o atendimento desses desejos (evidentemente quando é possível atendê-los) pode representar uma ressignificação da vida para os pacientes sem possibilidade terapêutica. (SANTANA, PESSINI, SÁ, 2015, p. 37).

Veja-se a título de exemplo, o teor do testamento vital de Ana Claudia de Lima Quintana Arantes<sup>57</sup>, cuja transcrição feita por Pereira, segue abaixo, e que aponta no trecho preambular, a posição-declarante como uma pessoa conhecedora de seus direitos tanto no que diz respeito à possibilidade de exercício de escolha da ortotanásia, previsto no parágrafo único do art. 41 do Código de Ética Médica, quanto o manejo da DAV (PEREIRA, 2018, p. 127):

Eu, Ana Claudia Arantes, diante de uma situação de doença grave em progressão e fora de possibilidade de reversão, apresento minhas diretrizes antecipadas de cuidados à vida. Se chegar a padecer de alguma enfermidade manifestamente incurável, que me causa sofrimento ou me torne incapaz para uma vida racional e autônoma, faço constar , com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, que aceito a terminalidade da vida e repudio qualquer intervenção extraordinária, inútil ou fútil.

A seguir, sendo a declarante médica especializada em cuidados paliativos, portanto conhecedora da rotina hospitalar, traça diretrizes objetivas para cuidados com seu corpo:

(...) Ou seja, qualquer ação médica pela qual os benefícios sejam nulos ou demasiadamente pequenos e não superem os seus potenciais malefícios. As diretrizes incluem os seguintes cuidados: admito ir para a UTI somente se tiver alguma chance de sair em menos de uma semana; não aceito que me alimentem à força. Se não puder demonstrar vontade de comer, recuso qualquer procedimento de suporte à alimentação; não quero ser reanimada no caso de parada respiratória ou cardíaca.

Em seguida, sopesando os prós e contras das intervenções médicas, a declarante delimita o que aceita ou não, assim como deixa claro veementemente o que não quer:

(...) Quero um beijo de boa noite e de bom dia. Sei que meu corpo pode estar frágil e muito diferente de mim. Mas, acreditem, estarei nele; quero tomar banho todos os dias, com água quente. Quero privacidade. Que as portas do quarto e as janelas estejam fechadas; ninguém deverá sentir pena de mim. Ao contrário,

---

<sup>57</sup> Ana Claudia de Lima Quintana Arantes - Médica formada pela USP com residência em Geriatria e Gerontologia no Hospital das Clínicas da FMUSP.

Fez pós-graduação em Psicologia – Intervenções em Luto pelo Instituto 4 Estações de Psicologia e especialização em Cuidados Paliativos pelo Instituto Pallium e Universidade de Oxford.

É sócia fundadora da Associação Casa do Cuidar, Prática e Ensino em Cuidados Paliativos. Participou do TED x FMUSP com a palestra “A Morte é um dia que vale a pena viver” e lançou a segunda edição do livro com o mesmo título pela Editora Sextante – livro que permanece entre os mais vendidos e recomendados desde a primeira edição em 2016.

Atualmente é docente da The School of Life e da Casa do Saber, ministrando as aulas “Como lidar com a morte” e “Como ter melhores conversas”.

Desde 2015 vem desenvolvendo palestras, cursos e workshops intensivos de Conversas sobre Envelhecimento, Comunicação Compassiva, Cuidando de quem Cuida e sobre como conversar sobre a Morte.

Trabalha em seu consultório particular no atendimento de pacientes e famílias na Geriatria, Cuidados Paliativos e suporte ao luto. Disponível em: <https://www.casadocuidar.org.br/nossa-equipe/>. Acesso aos 31 de agosto de 2021.

ao me verem, as pessoas hão de dizer: “Que sorte morrer assim”. (PEREIRA, 2018, p. 59).

Neste trecho, vê-se a demonstração de algo subjetivo com relação aos cuidados: beijo, boa noite, bom dia, banho quente, a privacidade, e o sentimento que deseja das pessoas em seu entorno.

Estudo apontou que desejo comum dos pacientes em situação de terminalidade de vida, é atender aquilo que antes era corriqueiro em sua vida e que pela atual condição encontra-se reprimido, como se alimentar pela boca, se expressar e ser ouvido pacientemente, ouvir uma certa música.

O atendimento possível de tais pedidos em sede de cuidado paliativo, representa respeito e solidariedade com o paciente (SANTANA, PESSINI, SÁ, 2015, p. 38).

Na análise deste texto, vale ademais, ponderar o que Pereira diz:

O uso da primeira pessoa do singular, somado ao fato da declaração ser expressa em forma de testamento vital, ou seja, um documento com valor jurídico, e o fato da posição-declarante ter atuação médica, fortalece ainda mais essa posição, o respeito que deve ser dado às suas orientações”.

A intersubjetividade é igualmente verificada pela ciência da declarante de que, assim como ela, será um médico ou médica quem fará a leitura do texto e o executará, por isso utiliza termos e expressões comuns da medicina como: doença grave em progressão e fora de possibilidade de reversão, enfermidade manifestamente incurável, terminalidade da vida, “admito ir para a UTI”, procedimento de suporte à alimentação, reanimada no caso de parada cardiorrespiratória ou cardíaca.

Logicamente o conteúdo deste testamento vital ora analisado se insere num contexto muito peculiar, haja vista que a subscritora é médica, jovem (contava com 44 anos no momento de sua escrita) e saudável.

Tudo o que compõe a memória discursiva da declarante é fruto de seu histórico de vida, que se confunde umbilicalmente com seu esforço profissional, já que é geriatra e presencia mensalmente cerca de vinte óbitos de seus pacientes em situação de terminalidade de vida (PEREIRA, 2018, p. 137).

Na análise do discurso do aludido texto do testamento vital, como em todos os que se elaboram, observa-se a interdisciplinaridade entre o direito e a medicina.

No *corpus* sob análise depreende-se que não há conflito entre a vida e a morte, mas que ambas fazem parte de uma mesma realidade, apresentada a última como desdobramento da primeira.

A morte faz parte da vida, assim como a vida contempla a morte. Em uma realidade social, em que a dignidade da pessoa humana é constitucionalmente garantida, assim como a liberdade e autonomia da vontade, o testamento vital

revela a aceitação da terminalidade de vida. (PEREIRA, 2018, p. 141).

#### **4.7 Testamento Vital e sua validade ante a omissão legislativa**

A inexistência de regras específicas no que diz respeito à disciplina do Testamento Vital não impede sua existência e validade no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma interpretação integrativa e sistêmica das normas constitucionais e infraconstitucionais concede amparo ao Testamento Vital mesmo verificada a lacuna legal.

A exegese sincrônica dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, I da CF), autonomia privada (implícito no art. 5º da CF) e proibição de tratamento desumano (art. 5º, III da CF) autoriza o hermeneuta a concluir pela razoabilidade e possibilidade jurídica do manejo das DAV, notadamente do Testamento Vital na rotina brasileira.

Ademais, como um passo na direção de sua regulamentação legal, além do Projeto de Lei em andamento, tem-se o Enunciado 528<sup>58</sup> da V Jornada de Direito Civil, que sinalizam o anseio do legislador e dos profissionais do direito em ver dito instituto devidamente normatizado para fins de adequada implementação na realidade jurídica brasileira.

#### **4.8 Questões conexas ao Testamento Vital**

Appel levanta reflexão sobre a terminalidade de vida de um paciente frente à cobertura do atendimento por uma empresa seguradora de saúde, onde essa informava um valor aproximado do custo da manutenção do tratamento até o prognóstico provável da morte, com proposta da paralisação deste em troca de uma viagem, mais a manutenção dos cuidados paliativos até o derradeiro óbito.(APPEL, 2020).

Desta premissa, várias discussões emergem, pois o fato envolve questões não só conexas com a vida e a morte, mas à liberdade, ao exercício da autonomia pela manifestação de vontade, a valores econômicos, e a contratos de seguro e de planos de saúde (PEREIRA, 2018, p. 60).

---

<sup>58</sup> Que dispõem nos seguintes termos: “É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.”

É de se ponderar que a manutenção de um paciente em situação de normalidade dentro da rede hospitalar, já é por si financeiramente dispendiosa e emocionalmente desgastante para parentes, familiares e amigos de modo geral.

Quiçá então com o prolongamento da vida na modalidade de distanásia, com a dependência ininterrupta de equipamentos de alto custo, tecnologia e complexidade, medicação, acomodação apropriada e estéril, realização de exames laboratoriais e de imagens, além da assistência por equipe multidisciplinar (médicos de várias especialidades, enfermeiros, técnicos de enfermagem, fisioterapeutas, nutricionistas, e fonoaudiólogos).

Todos estes gastos certamente terão de ser desembolsados por alguém, no caso de não ser o próprio paciente, então o SUS (Sistema Único de Saúde), ou o plano de saúde/ seguro de saúde privado.

Além disso, é presumida a sobrecarga do atendimento hospitalar que independente de sua natureza pública ou privada, é obrigada a dispor de leito e recursos que poderiam estar sendo dirigidos ao restabelecimento da saúde, quando na verdade se prestam em casos tais, apenas a prorrogar inutilmente uma vida inviável sem a mínima perspectiva de alta e retorno à rotina anterior.

A análise de cada caso concreto deve conduzir às conclusões mais apropriadas.

No entanto, se profissionais de escol da medicina atribuem prognóstico de irreversibilidade de saúde com declínio perene de sua qualidade, refletindo o retrato de um paciente terminal, convém aquilatar de que maneira o indivíduo prefere dispor de seus derradeiros momentos de vida, sendo que tal decisão por certo refletirá não apenas em seu bem estar, mas em sentido amplo, no de toda uma coletividade, como supramencionado.

#### **4.9 Manejo do Testamento Vital no âmbito cartorário da cidade de Santos/SP**

Após verificação pessoal em todos os oito cartórios de notas da cidade de Santos, constata-se praticamente um completo desconhecimento a respeito do instituto, tanto considerado a forma quanto o conteúdo.

Por parte das serventias, viceja uma completa nebulosidade em torno das nomenclaturas, por exemplo se adotando mandato duradouro sob o nome de testamento vital, ou ainda misturando ambos em um único instrumento.

Ou pior, num torvelinho de pretensões, há a construção de um único documento híbrido em que se justapõe:

- a outorga de poderes para a prática de atos relacionados às escolhas de saúde e tratamento médico em conjunto com administração de patrimônio na superveniência de acometimento de moléstia grave ou acidente que impeça o outorgante de expressar sua vontade;
- disposição acerca do uso de material genético *post-mortem*, inclusive aquele que eventualmente esteja mantido em depósito em banco ou clínica especialmente voltada à fertilização *in vitro*;
- disposição acerca da possibilidade de eutanásia caso seja essa permitida no ordenamento jurídico nacional no momento do seu uso, ou ainda o transporte para país em que tal procedimento seja permitido pela legislação;
- autorização para arrombamento de portas e outras aberturas para entrada na residência do declarante, em determinadas circunstâncias;
- doação de órgãos;
- disposição a respeito de cremação do corpo e lançamento de cinzas mortuárias.

Dentre todos os pesquisados, o cartório em que se verificou relativo domínio a respeito do assunto e mínima experiência na elaboração, foi o Segundo Cartório de Notas, contando em seu histórico, com a feitura de dois instrumentos, e mesmo assim, nas condições híbridas acima mencionadas.

A título de custo, de acordo com as Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado De São Paulo, o ato se enquadra como escritura sem valor declarado, e atualmente (2021), está em R\$ 465,49 (quatrocentos e sessenta e cinco reais e quarenta e nove centavos).

À míngua de um modelo pré-estabelecido e de normas específicas a pontuar o conteúdo pelas Normas da Corregedoria Geral de Justiça (órgão do Poder Judiciário incumbido de estabelecer regras e diretrizes a nortear procedimentos administrativos desta natureza), vige certa discrepância entre formatos e em algumas serventias como os Sexto e Sétimo Cartórios de Notas, nenhum instrumento ao menos assemelhado, sequer foi elaborado até hoje.

## CONCLUSÃO

Como resultado deste trabalho científico, resta clara a conclusão de que há uma flagrante deficiência do regramento normativo brasileiro no que diz respeito à instrumentalização de meios e recursos hábeis a propiciar um efetivo exercício dos direitos que envolvem a autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana no momento mais sensível e crucial da vida: o seu término.

Falta também informação adequada entre as categorias técnicas que pela natureza deveriam dominar a matéria, notadamente a classe médica e o meio jurídico.

Para fins de materialização do instituto, muito embora seja possível de algum modo articular mecanismos a atingir referido objetivo através do manejo de princípios constitucionais, legais e até mediante uma interpretação sistemática da legislação vigente, é bem verdade que o desgaste emocional gerado neste labor e para este intento pode ser tão sofrido e intenso quanto a dor física que aflige o paciente.

Ademais, o hiato legislativo impede o conhecimento acerca de tal possibilidade pela sociedade e principalmente pelos profissionais de saúde, os principais protagonistas em fazer cumprir as disposições de vontade dos seus respectivos pacientes.

Longe de ser pretensiosamente a solução de todos os problemas jurídicos em torno do assunto, uma análise das incipientes experiências brasileiras nos aponta a possibilidade de redução de litígios, o que por si só já justificaria o empenho do legislador pátrio (a exemplo de outros ao redor do mundo) em admitir a prioridade no que tange às discussões em torno da matéria, com a consagração jurídica do Testamento Vital como dúplice catalisador do exercício e resguardo de direitos.

Isso porque como contraponto, ao se enfrentar e disciplinar o instituto, é proporcionado aos indivíduos, a segurança jurídica oriunda da sensação de mais valia, de valorização de sua dignidade, o respeito à sua autonomia privada e condição humana em todos os seus desdobramentos: físico, emocional e espiritual.

Notadamente em tempos em que a ciência avança a passos céleres e largos, e em que como consequência a expectativa de vida aumenta gradativamente, são necessários virem à baila questionamentos retóricos e por que não jurídicos dados os seus desdobramentos na sociedade como um todo, a respeito do cotejamento da manutenção da vida *versus* qualidade de vida em seus mais diversos aspectos, como os que se ocupam esse estudo, tal como a obstinação terapêutica, o direito de dispor do indisponível (vida), a sacralização de coisas e objetificação de pessoas, o confronto

da preponderância da vida biográfica à vida biológica, o resguardo e asseguramento da dignidade da pessoa humana na fase de terminalidade de vida, a reflexão acerca das escolhas do paciente e a oneração do serviço de saúde (público ou privado) e assim, se estabelecer uma provocação doutrinária e legislativa que enfrente a necessidade de uma educação para a morte sob seus mais distintos aspectos a desaguar na formalização e regulamentação legislativa.

Ora, considerando a mudança de paradigmas quanto ao olhar dado sobre a atuação do médico, agora principialista tal qual fundamentado no presente trabalho, num momento de terminalidade de vida, notadamente quando se descortina a humanização propiciada pelo protocolo dos cuidados paliativos e o acesso democrático à informação pelo paciente disponibilizada pela globalização tecnológica, a questão em torno da legalização dos meios assecuratórios das escolhas pessoais e individuais num momento de fim de vida mais do que necessário, é urgente e imprescindível.

A inexistência de lei neste aspecto pode ser tomada como uma violação do direito do paciente em ter uma morte digna.

Que haja a devida sensibilização de nosso Poder Legislativo para a devida normatização do instituto do Testamento Vital, com a viabilização conjunta de meios e recursos administrativos para que se faça operacionalizar e cumprir, como no caso da criação de órgão ou mecanismo que o torne acessível ao profissional de saúde no momento da deflagração da terminalidade de vida do paciente, de modo a que não se torne um instrumento inócuo diante de uma intempestividade.

E que o legislador, ocupando-se de sua vocação constitucional de voz da sociedade, venha conferir a segurança jurídica à nação através de uma eficaz atuação legiferante mediante um processo legislativo célere e eficiente a atender aos anseios dos cidadãos em detrimento de interesses comezinhos e politiquieiros que tem ocupado tempo que poderia ser dedicado a matérias de relevo como a em questão, e cujo desperdício afigura um desserviço à população, seguindo na contramão do ideário de justiça.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Verônica Scriptor Freire e (organizadora). **O Direito à Saúde Comparado Jurisprudencial**. New York. Lawinter Editions, 2020.

ARAÚJO, Fernando. **O contrato Ulisses – I: O pacto anti-psicótico**. Revista jurídica luso-brasileira, 2017. Disponível em:

[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017\\_02\\_0165\\_0217.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf). Acesso aos: 20 de outubro de 2021.

APPEL, Camila. **Morte sem tabu** – Camila Appel – Opinião Livre, 14 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Mv-NS6XULBc>. Acesso aos 01 de setembro de 2021.

AZAMBUJA, Leticia Erg Osório de; GARRAFA, Volnei. **A teoria da moralidade comum na obra de Beauchamp e Childress**. Revista Bioética. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/w4QYvb3kfmcmkQxHdgHJN8K/?lang=pt>. Acesso aos: 17 de julho de 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direitos do paciente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BANDEIRA, Fabricio Marinho e outros. **Avaliação da qualidade de vida de pacientes portadores de esclerose lateral amiotrófica em Brasília**. Revista Neurociências. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/neurociencias/article/view/8479/6013>, aos 20/11/2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Testemunhas de Jeová e conflitos entre direitos**. Publicado no canal GEN Jurídico, no Youtube em 12 de fevereiro de 2020 (7:01). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9mz4yZ6d44>. Acesso em: 01 de julho de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª impressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BRASIL. Lei 10.261/2001. **Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm). Acesso aos: 24 de outubro de 2021.

BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso aos: 10 de março de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso aos: 10 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei 9.434/97. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm). Acesso aos: 16 de outubro de 2021.

CAMPOS, Marcela Oliveira et al. **Testamento vital: percepção de pacientes oncológicos e acompanhantes.** Revista Bioethikos – Centro Universitário São Camilo, 2015, pp. 253/259. Disponível em <https://saocamilo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/96/1.pdf>. Acesso aos 01 de junho de 2021.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida** – uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2016.

CFM-Brasil. **Código de Ética Médica.** Resolução 1.995/2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>.

CFM-Brasil. **Código de Ética Médica.** Resolução 1.805/2006. Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso aos 07 de agosto de 2021.

CFM-Brasil. **Código de Ética Médica.** Resolução 1.931/2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/resolucao-cfm-no-1931-2009/>. Acesso aos 07 de agosto de 2021.

CFM-Brasil. **Código de Ética Médica**. Resolução 2.217/2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso aos 07 de agosto de 2021.

CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt. **Bioética** – uma visão panorâmica. 1ª reimpressão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

COGO, Silvana Bastos e LUNARDI, Valéria Lerch. **Diretivas antecipadas**: uma análise documental no contexto mundial. Texto & Contexto - Enfermagem [online]. 2018, v. 27, n. 3, e1880014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0104-070720180001880014>>. Epub 06 Ago 2018. ISSN 1980-265X. <https://doi.org/10.1590/0104-070720180001880014>. Acesso aos 26 de setembro de 2021.

COSTA, Marcele Nobre Soares da. **A responsabilidade do médico diante do descumprimento do testamento vital**. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12486>. Acesso aos 20 de fevereiro de 2020.

CHEHUEN, José Antonio et al. **Testamento vital**: o que pensam profissionais de saúde?. Revista Bioética [online]. 2015, v. 23, n. 3, pp. 572-582. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1983-80422015233094>>. ISSN 1983-8034. <https://doi.org/10.1590/1983-80422015233094>. Acesso aos 04 de setembro de 2021.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar de vontade do paciente terminal)**. Revista de Bioética e Direito. 2013. Disponível em: <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso aos 18 de julho de 2021.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 5ª edição. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

DADALTO, Luciana. **A judicialização do testamento vital**: análise dos autos nº1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP. Revista Civilística nº 02, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/363>. Acesso aos 20 de fevereiro de 2021.

DINIZ, Débora. **Henry Beecher e a gênese da Bioética**. Repertório Institucional da

UNB, 1999. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16177>. Acesso aos: 17 de julho de 2021.

DUARTE, Evangelina Castilho. **O direito de morrer a propósito da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. Biblioteca Digital – TJMG, 2012. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8448>. Acesso aos 05 de maio de 2021.

ESPAÑA, Madrid. **II Cimeira Ibero-Americana**. Madrid, Espanha, 23 e 24 julho 1992. Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/Declarasao%20de%20Madrid.pdf>. Acesso aos 08 de novembro de 2021.

FRANÇA, Genival Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2019.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Considerações sobre o testamento vital**. Revista Civilística - Vol 2. Disponível em: <https://sumarios.org/artigo/considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-o-testamento-vital>. Acesso aos 30 de janeiro de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Tomo I – volumes 2 e 4**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOLDIM, José Roberto e outros. **Ciência e ética – os grandes desafios**. 1ª edição. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

GOLDIM, José Roberto. **10 ensaios de Bioética**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018.

GOLDIM, José Roberto. **Caso Ramón Sampederro - Suicídio Assistido**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/sampederro.htm>. Acesso aos 07 de agosto de 2021.

GOLDIM, José Roberto e outros. **Bioética e espiritualidade**. Porto Alegre, RS. EDIPUCRS, 2007.

GOLDIM, José Roberto. **Caso Karen Ann Quinlan**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/karenaq.htm>. Acesso aos 10 de agosto de 2021.

GOLDIM, José Roberto. **Caso Nancy Cruzan** – retirada de tratamento. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/nancy.htm>. Acesso aos 10 de agosto de 2021.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JACOBUCCI, Nazaré. **Tanatofobia: o medo excessivo da morte**. Portal do envelhecimento, 28/09/2017. Disponível em: <https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/tanatofobia-o-medo-excessivo-da-morte/>. Acesso aos 02 de outubro de 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2018.

Kelley K. **The Patient Self-Determination Act**. A matter of life and death. *Physician Assist.* 1995 Mar;19(3):49, 53-6, 59-60 passim. PMID: 10141946. Disponível em: <https://pubmed-ncbi-nlm-nih-gov.translate.goog/10141946/>. Acesso aos 24 de setembro de 2021.

KOVÁCS, Maria Julia. **A caminho da morte com dignidade no século XXI**. *Revista Bioética*, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/QmChHDv9zRZ7CGwncn4SV9j/?lang=pt>. Acesso aos 01 de março de 2020.

LAFER, Celso. **Ensaios sobre a liberdade**. 1ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2019.

MARTINEZ, Sergio; LIMA, Adriana. **O Testamento Vital e a Relação Médico-Paciente na perspectiva da Autonomia Privada e da Dignidade da Pessoa Humana**. *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 37, p. 103-120, jun. 2016. Disponível em: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872016000200008&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000200008&lng=es&nrm=iso). Acesso aos 03 de outubro de 2021.

MARTINS, Carlo Moraes. **Testamento Vital**: Desafios em torno da (in)constitucionalidade da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Santa Maria: UFSM, 2015.

MOREIRA, Márcia Adriana Dias Meirelles e outros. **Testamento vital na prática médica**: compreensão dos profissionais. Revista Bioética, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/hrG3B9Jsvk6gJKVqXKvdbdG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso aos 31 de julho de 2021.

PEREIRA, Luciana Mendes. **Testamento Vital à luz do direito e análise do discurso**. Curitiba: Juruá, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraivajur, 2018.

QUIJADA-GONZÁLEZ, Cristina; TOMÁS GARRIDO, Gloria Maria. **Testamento vital**: conocer e comprender su sentido y significado. Persona y bioética – vol. 18 n. 02 pp. 138-152. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5749816>. Acesso aos 19 de setembro de 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6ª edição. São Paulo: Saraivajur, 2019.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia**: viver a própria vida e morrer a própria morte. Cadernos de Saúde Pública [online]. 2006, v. 22, n. 8, pp.1749-1754. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-311X2006000800024>>. Epub 15 Ago 2006. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2006000800024>. Acesso aos 15 de novembro de 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação**. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso aos 15 de setembro de 2019.

SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. **Direito e Medicina** – Autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. São Paulo: Editora Foco, 2018.

SANTANA, Julio Cesar Batista; PESSINI, Leocir; SÁ, Ana Cristina de. **Desejos dos pacientes em situação de terminalidade**: uma reflexão bioética. Revista Enfermagem Revista. V. 18. N° 01. Maio/Jun. 2015. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/enfermagemrevista/article/view/9367>. Acesso aos 05 de março de 2022.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito** – Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento vital** - aspectos controversos e a autonomia do enfermo. Curitiba: Juruá, 2017.

SÃO PAULO. **Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>. Acesso aos 02 de setembro de 2021.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1195995/SP**, 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18785345/recurso-especial-resp-1195995-sp-2010-0098186-7-stj/relatorio-e-voto-18785347>. Acesso aos 10 de setembro de 2021.

TEPEDINO, Gustavo. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Coordenadores. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S.. **Fundamentos de Economia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado** – vol. 1. 4ª edição, rev. e atualizada.

Edição brasileira. Editora Almedina Brasil: São Paulo, 2018.

WIKIPÉDIA. A Enciclopédia Livre. **Eluana Englaro**. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Eluana\\_Englaro](https://pt.wikipedia.org/wiki/Eluana_Englaro). Acesso aos 10 de agosto de 2021.

WIKIPÉDIA. A Enciclopedia Livre. **Associação Médica Mundial**. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Associa%C3%A7%C3%A3o\\_M%C3%A9dica\\_Mundial](https://pt.wikipedia.org/wiki/Associa%C3%A7%C3%A3o_M%C3%A9dica_Mundial). Acesso aos 08 de novembro de 2021.

WEBER, Thadeu. **Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant**. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/462>. Acesso aos 16 de setembro de 2019.