

RENATA LAVINHA SANTOS ALMEIDA

**TESTAMENTO VITAL NO BRASIL E SUA
(IM) POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

**RECIFE
2016**

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar que em decorrência do avanço tecnológico na medicina, no que se refere a pacientes terminais, tornou-se possível prolongar de maneira indefinida o processo de morte, transformando o direito à vida em dever de sofrimento. Visando resguardar a dignidade do paciente terminal, acreditando que todos desejam morrer de forma digna e sem sofrimento, seja ele físico psicológico ou espiritual surge o instituto do testamento vital. O testamento vital é garantidor da dignidade da pessoa humana, na medida em que dota o indivíduo de autonomia para decidir, enquanto capaz, os tratamentos ou não tratamentos a que deseja ser submetido caso seja diagnosticado como paciente terminal, e esteja impossibilitado de manifestar sua vontade, ou seja, admite que cada indivíduo pode ter um conceito particular do que seja uma vida digna. Portanto, este instituto é reflexo maior do respeito à autonomia da vontade do indivíduo e sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância para o direito.

Palavras-Chave: Direito e Medicina; Documento Testamentário; Bioética.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that as a result of technological advances in medicine, regarding the terminally ill patients, it became possible to indefinitely prolong the dying process, transforming the right to life of suffering on duty. To protect the dignity of the terminally ill patient, believing that everyone wants to die with dignity and without suffering, whether physical or psychological spiritual arises the institute's living will. The living will is a guarantor of human dignity, as it endows the individual autonomy to decide, while capable, treatments or treatments that do not want to be subjected if it is diagnosed as terminally ill and are unable to express their will ie, admits that each individual may have a particular concept of what a dignified life. So this institute reflects greater respect for the autonomy of the will of the individual and their inclusion in the Brazilian legal system is of paramount importance to the right.

Keywords: Law and Medicine; Testamentary Document; Bioethics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. TESTAMENTO	11
1.1 As Ordenações Filipinas e sua Influência no Código Civil Brasileiro	11
1.2 Conceitos de Testamento	16
1.3 Características do Testamento	17
1.4 Capacidades para Testar	18
1.5 Formas de Testamento	20
1.5.1 Testamentos Ordinários ou Comuns	20
1.5.2 Testamentos Especiais	22
2. PRINCÍPIOS INERENTES A VIDA HUMANA	25
2.1 Princípio da Autonomia da Vontade Privada	25
2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	26
2.3 Princípio da Beneficência	27
2.4 Princípio da não Maleficência	27
3. DISTINÇÃO ENTRE A EUTANÁSIA, DISTANÁSIA, MISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA	28
3.1 O que é a Morte	28
3.2 Eutanásia	31
3.2.1 Tipos de Eutanásia	32
3.3 Distanásia	35
3.3 Mistanásia	36
3.5 Ortotanásia	37
4. O AVANÇO TECNOLÓGICO NA MEDICINA E SUAS CONSEQUÊNCIAS	40
5. TESTAMENTOS VITAL, DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	42
5.1 Testamento Vital no Panorama Estrangeiro	43
5.2 Testamento Vital no Brasil: sua (im)possibilidade no ordenamento jurídico	45
5.3 Cuidados Paliativos	50
6. CONCLUSÕES	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho enseja a possibilidade de constar em nosso ordenamento jurídico o testamento vital como forma de garantir a autonomia do indivíduo. Importante salientar que a autonomia aqui discutida não se trata de auto-suficiência, mas da relação com outro e consigo mesmo. Isso porque, em virtude do avanço tecnológico da medicina, aliado aos potentes medicamentos e procedimentos terapêuticos, tem sido possível prolongar indefinidamente a vida do paciente acometido por doença incurável que já não pode ou não quer mais viver, atingindo, desta forma, a própria dignidade da pessoa humana.

Diante de tal situação, questiona-se acerca da autonomia da vontade do indivíduo para se autogovernar, dispondo antecipadamente a respeito dos procedimentos médicos desejados realizados ou não para o caso de vir a ser acometido por doença incurável e irreversível que lhe deixe em estado vegetativo.

Alguns doutrinadores afirmam que o termo “testamento vital” é inadequado para o instituto. Sobre tal posicionamento, comento acerca da evolução histórica do início da vigência do Código Civil de 1916 e, posteriormente, o Código Civil de 2002, conceituando o testamento, bem como especificando suas características e determinando as formas de testar.

Assim, são abordados também os princípios constitucionais, bioéticos e civis pertinentes ao tema, tais como a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade privada, o princípio da beneficência e princípio da não-maleficência, os quais demonstram a importância da aplicação destes juntamente com o código de ética médica.

Em seguida, será abordada a evolução histórica da definição de morte, demonstrando que cada cultura adotavam critérios diferentes para determinar o diagnóstico da morte clínica e morte encefálica, após a evolução tecnológica na Medicina. A presente pesquisa discorrerá, também, sobre eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e seus desdobramentos, além de demonstrar como são vistas no panorama do Direito Estrangeiro.

O testamento vital é apresentado no final deste trabalho, mostrando sua evolução histórica, o modo como a sociedade vem se comportando após o avanço tecnológico da Medicina, a aplicação deste assunto nos demais países, além de mostrar a necessidade da promulgação do projeto de lei, regulamentando a ortotanásia, com reflexão diretamente no testamento vital. O tratamento paliativo é apresentado ao final do último capítulo como alternativa para um melhor diálogo entre médico/paciente.

1. TESTAMENTO

1.1 As Ordenações Filipinas e sua Influência no Código Civil Brasileiro

Desde as primeiras civilizações encontram-se relatos acerca do testamento. Segundo Venosa (2006), Portugal adota no Brasil as formas de testamentos acolhidas pelas Ordenações Filipinas, no entanto, como legislação própria o testamento surge no Brasil apenas no Código Civil de 1916.

As ordenações Filipinas tiveram sua vigência iniciada no reinado de Filipe II, muito embora sua elaboração tenha sido iniciada sob a égide do reinado de Filipe I, sob o título pomposo de Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recopiladas por mandado, do poderoso rei Dom Filipe. Essa compilação constitui o mais bem feito e duradouro código legal português (LARA, 1999). O autor prossegue, narrando que, na época do descobrimento do Brasil, em Portugal, vigoravam as Ordenações Afonsinas e, só a partir de 1603, começaram a ser válidas no reino as Ordenações Filipinas, sendo essa a maior fonte de direito na Colônia por ter um corpo legal coerente.

Segundo Lopes (1996), os costumes indígenas não influenciaram na evolução do Direito Brasileiro, tanto que seu ordenamento jurídico foi baseado na legislação portuguesa, que teve início nos primórdios da colonização. Principalmente no que diz respeito ao Direito Civil, as influências portuguesas prorrogaram-se até a época do advento do Código Civil, em 1917. Vale ressaltar que a independência do Brasil, em 1822, não ocasionou uma total ruptura do sistema jurídico em relação a Portugal. O campo político deu início à ruptura, quando promulgada a Constituição de 1824. Dessa forma, as Ordenações Filipinas permaneceram com plena eficácia durante 315 anos. Nesse mesmo período fora o regulamento normativo na esfera civil, ou seja, todas as relações civis da época colonial até a independência brasileira fora resolvida ancorada com as disposições dessa ordenação. Com o respaldo passando pelos dois governos imperiais, para alcançar a república e sobreviver até o século XX. Em 10/01/2003 entrou em vigor o novo Código Civil Brasileiro, através da Lei nº 10/406 de 10 de janeiro de 2002 (ANDRE, 2010).

A primeira Constituição Brasileira, datada de 25 de março de 1824 determina a organização de um Código Civil em seu artigo 179, inciso XVIII, que diz: “Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, constituído nas sólidas bases da Justiça e Equidade”, porém, essa determinação só logrou êxito em relação ao Código Criminal, que teve sua publicação em 1830 e o Código Comercial em 1850, deixando o Código Civil ainda pendente de regulamentação.

Igual presteza, portanto, não se tornou possível em relação ao Código Civil. A falha continuou a ser suprida pelo livro 4º das Ordenações e, enquanto isso, o tempo trabalhava em favor de um plano mais refletido, com maior observância dos dados históricos e sociológicos. (LOPES, 1996, p. 128).

Havia, no entanto, a necessidade de uma codificação do Direito Civil, em virtude de o ordenamento brasileiro, nesse âmbito, ainda estar sendo regido pelas Ordenações Filipinas e leis posteriores estabelecidas em Portugal. Em razão disso, diversas leis, denominadas extravagantes, foram criadas no Brasil após a Independência, o que demonstrava que o problema era inadiável. Apesar disso, somente em 1855 foi dado início à codificação por meio do então jurista Teixeira de Freitas que apresentou a Consolidação das Leis Civis.

A classificação das matérias utilizadas por Teixeira de Freitas na construção da Consolidação constitui motivo de grande admiração e, oficializada esta, dispensável se tornou o estudo das Ordenações (ANDRE, 2007).

Lopes (1996) relata que Teixeira de Freitas estudou com profundidade a situação, culminando em um trabalho de grande porte; dessa forma, o jurista entregou, ao invés do projeto que lhe fora encomendado, um esboço, destinado a ser publicado parcialmente, à medida que fosse feita a conclusão de suas diversas partes, para, assim, ser submetido à crítica geral.

Por outro lado, Lopes (1996) menciona que o Governo Imperial começou a pressionar o jurista para que o projeto fosse entregue. No entanto, Teixeira de Freitas informa da necessidade de fazer modificações no projeto e, conseqüentemente, na revisão do contrato, o que geraram várias críticas por parte do Governo, culminando na renúncia do jurista em 1866.

Com a renúncia de Teixeira de Freitas, o Governo Imperial cogitou do nome de Nabuco de Araújo, que foi designado para esse empreendimento, isto em 1872. Mas Nabuco, doente e avançado na idade, e ainda sobrecarregado com as tarefas parlamentares, faleceu em 1878, ficando redigidos apenas 200 artigos, sendo que as notas por ele deixadas não ficaram de modo a possibilitar a sua reconstrução (LOPES, 1996).

No magistério de Lopes (1996), encontra-se o relato de que, após a morte de Nabuco de Araújo, Lafayette, então Ministro da Justiça, conhecendo as possibilidades de J. Felício dos Santos, jurisconsulto importante que havia se oferecido, encorajou e patrocinou o jurista no empreendimento. Três anos depois, Felício dos Santos apresentou seu trabalho denominado de Apontamentos para o projeto do Código Civil Brasileiro, sendo o mesmo analisado pelos juristas mais eminentes para que dessem o parecer, os quais decidiram pelo mérito do projeto, mas salientando que falta à base necessária, resultando na ideia do Governo em criar uma comissão permanente onde o próprio Felício dos Santos faria parte dela. Ele, porém, recusou em novembro de 1885, não conseguindo a comissão prosseguir os seus trabalhos.

Decorridos cinco anos, o Ministro da Justiça, Campos Sales, designou Coelho Rodrigues, antigo professor da Faculdade do Recife, para redigir um novo projeto de Código Civil, o qual entregue após três anos, porém não teve acolhida por parte da Comissão, em 1893 (LOPES, 1996).

Lopes (1996) continua narrando que, no Governo de Campos Sales, onde Epitácio Pessoa ocupava o cargo de Ministro da Justiça, foi indicado o jurista Clóvis Beviláqua, também professor da Faculdade de Direito do Recife, para dar andamento ao projeto do Código Civil. Em outubro de 1899, Clóvis Beviláqua entregou o projeto para ser analisado pela comissão, da qual fazia parte, além de outros juristas, Rui Barbosa e Inglês de Souza dois rivais do autor do projeto. As modificações no projeto, feitas pela comissão, foram várias, de modo que, numa segunda fase, o próprio Clóvis passou a tomar partido nas discussões, conseguindo restaurar muitas matérias já sacrificadas pela comissão. O projeto foi, então, revisto pelo grupo e apresentado ao Presidente da República em 10 de novembro de 1900.

Finalmente, no dia 1º de janeiro de 1916, foi sancionado o Código Civil, para entrar em vigor no dia 1º janeiro de 1917. Gagliano e Pamplona-Filho (2010) lecionam que o Código de 1916 foi baseado em três pilares: família, contrato e propriedade. No entanto, a demora na construção do mesmo não acompanhou a evolução da sociedade, já que as idealizações feitas a respeito dos três pilares não atendiam plenamente os anseios sociais, em virtude de as mesmas terem sido feitas numa época tão conservadora, preocupando-se mais com o ter do que com o ser do indivíduo. Deixando, portanto de se importar com o principal: a dignidade da pessoa humana.

Prosseguem os autores que, neste contexto, o Código Civil de 1916, cuja concepção original foi elaborada por Clóvis Beviláqua, em 1899, traduz em seu corpo de normas tão tecnicamente estruturado, a ideologia da sociedade agrária e conservadora daquele momento histórico, preocupando-se muito mais com o ter (o contrato, a propriedade) do que com o ser (os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana) (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010).

Por não atender as necessidades da sociedade, diversas leis foram surgindo, modificando o Código Civil de 1916, como exemplifica Gagliano e Pamplona-Filho (2010):

- Os prazos de prescrição (Lei n. 2.437, de 07/03/1955);
- Adoção (Lei n. 3.135, de 08/05/1957);
- Reconhecimento dos filhos adulterinos (Lei n. 883, de 21/10/1949);
- Estatuto da mulher casada (Lei n. 4.121, de 27/08/1962);
- Lei do divórcio (Lei n. 6.515, de 26/12/1977);
- Bem de família legal (Lei n. 8.009, de 1990) e tantas outras;

Diante de tamanha dificuldade em reestruturar por completo o Código Civil, foi desencadeado um processo de descodificação do Direito Civil, ocorrendo uma proliferação de estatutos e leis especiais para atender uma nação com uma sociedade industrializada, com ideias solidaristas e humanitárias, pois o Código vigente, conforme cita Gagliano e Pamplona-Filho (2010), era egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo

naturalmente a sociedade do século XIX. Dessa forma, em 1969, foi formada uma nova Comissão para elaborar um novo Código em vez de emendar o antigo.

Sendo assim, a Comissão entregou um anteprojeto de Código Civil em 1972, elaborado por José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis de Couto e Silva e Torquato Castro, sob a coordenação de Miguel Reale. Em 1973, após ter sofrido várias emendas, foi apresentada uma edição revisada do anteprojeto, a qual sofreu também novas emendas e, só então, transformada no efetivo Projeto do Código Civil brasileiro. (GAGLIANO e PAMPLONA-FILHO, 2010).

Gagliano e Pamplona-Filho (2010) relatam que, após anos de debates na Câmara dos Deputados, em 1984, foi, então, aprovado o projeto, sendo transformado no Projeto de Lei n. 634/B. No entanto, continua a via crucis para aprovação do referido projeto, pois a sociedade civil organizada questionava o suposto retrocesso em seu texto, uma vez que ele foi elaborado na primeira parte da década de 70. Tais críticas em parte são justificadas, embora o Novo Código tenha avançado em muitos outros pontos da legislação ordinária até então em vigor.

Finalmente, em 2001 o projeto foi levado à votação, após ter sofrido algumas atualizações pelo então relator Ricardo Fiúza, em virtude de o mesmo ter algumas inconstitucionalidades.

Em solenidade realizada no Palácio do Planalto, foi sancionado, sem vetos, o projeto aprovado na Câmara dos Deputados, convertendo-se na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (publicada no Diário Oficial da União de 11-1-2002), o Novo Código Civil brasileiro, que, dentre outras modificações, consagra a unificação parcial do direito privado (obrigações civil e comercial) (GAGLIANO e PAMPLONA-FILHO, 2010).

O novo Código Civil de 2002 teve seus princípios baseados na eticidade, socialidade e operabilidade. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2010) esses princípios consistem em:

- O Princípio da Eticidade consiste na busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico;
- O Princípio da Socialidade busca preservar o sentido de coletividade, indo justamente em contraposição a interesses individuais como era aplicado no antigo Código;
- O Princípio da Operabilidade importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional;

O Novo Código Civil, aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal cuida do Direito das Sucessões em seu Livro V, dividido em quatro títulos:

- Título I – regula a sucessão em geral, em sete capítulos;
- Título II – dispõe sobre a sucessão legítima, em três capítulos;
- Título III – abaliza regras a respeito das sucessões testamentárias, em quatorze capítulos;
- Título IV – regula do inventário e da partilha, em seis capítulos.

Saliente-se que Título III do Novo Código Civil será objeto de estudo do presente trabalho, o que, em razão disso, faz-se necessário entender o instituto do testamento em todos os seus aspectos.

1.2 Conceitos de Testamento

O Código Civil de 1916 definia o testamento em seu artigo 1.626, como: “Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. Contudo, essa definição era considerada defeituosa, por não mencionar as disposições de caráter não patrimonial que podiam constar dos atos de última vontade (MONTEIRO, 1977, apud VENOSA, 2006).

Assim, atual Código Civil, não define o instituto, mas, de acordo com alguns doutrinadores, mediante as disposições do vigente Código Civil, testamento pode ser definido como: Ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, de seu patrimônio, para depois de sua morte; nomeia tutores para seus filhos; ou reconhece filhos naturais; ou faz declarações de última vontade. (BEVILÁQUA, 1976, apud DINIZ, 2006).

As disposições de caráter patrimonial foram inseridas no novo Código Civil, no artigo 1.857, o qual autoriza qualquer pessoa, dotada de capacidade civil, a disponibilizar todos os seus bens ou parte deles para depois da morte.

Diniz (2005) acrescenta que o testamento poderá conter as disposições de última vontade de seu patrimônio, no todo ou em parte, mas também fazer estipulações extrapatrimoniais, assim como , reconhecimento de filhos não matrimoniais (CC, art. 1.609, III); nomeação de tutor para filho menor (CC, art. 16.634, IV e 1.729, parágrafo único); ou de testamenteiro (CC, art. 1.976); disposição do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos (CC, art. 14) (...) (DINIZ, 2005, p. 177).

É possível a disposição do conteúdo não patrimonial, através do § 2º do artigo 1.857 do Código Civil brasileiro: “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas tenha se limitado”.

1.3 Características do Testamento

Pelo conceito estabelecido anteriormente, diversas características são inerentes ao testamento, as quais verificam-se de acordo com Venosa (2006):

- a) Negócio jurídico revogável – é a declaração de vontade em que o agente persegue determinado efeito jurídico. Os sujeitos podem regular nos limites da lei seus interesses privados. Repousa nessa definição a autonomia da vontade, fundamento do Direito Privado. A possibilidade de revogação é elemento básico do instituto, no entanto, mesmo essencialmente revogável, disposições não patrimoniais podem não sê-lo, como o reconhecimento de filhos.

- b) Ato unilateral - basta a vontade do testador para que o negócio produza efeitos jurídicos, sendo irrelevante a aceitação ou renúncia pelo beneficiário.
- c) Ato gratuito - não existe vantagem para o autor da herança. Não se trata de negócio jurídico oneroso, não havendo qualquer pagamento ou contraprestação para a aquisição dos bens.
- d) Ato formal - a declaração de vontade deve obedecer às formalidades previstas na lei, visando a garantir ao máximo a pretensão do testador, bem como cercar de respeito o ato.
- e) Ato personalíssimo – o próprio testador terá que, obrigatoriamente, fazer seu testamento, sem a interferência de qualquer pessoa, sob pena de nulidade. Ninguém poderá testar conjuntamente. Não pode ser coletivo, ainda que concomitantemente. Se mais de uma pessoa testar em um mesmo instrumento, o testamento é nulo.
- f) Ato de última vontade ou causa mortis - produz efeitos após a morte do testador, antes dela é ato ineficaz (plano da eficácia), permanecendo válidos os demais planos, sendo eles: plano da existência (antes da morte do testador o testamento existe) e o plano da validade (se obedecer às formalidades previstas em lei).

1.4 Capacidades para Testar

O testamento é um negócio jurídico, que pra sua validade o agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil, artigo. 104). Daí ser imprescindível, para que seja válido o testamento, a capacidade testamentária, não só ativa como passiva. (DINIZ, 2005)

Há hipóteses em que o indivíduo pode ter a capacidade de testar e não ter capacidade para receber, como por exemplo, as testemunhas do testamento, e os que têm capacidade para receber e não têm para transmitir, como os menores de 16 anos (Código Civil, art. 1.860, parágrafo único).

A capacidade ativa está regulada no artigo 1.860 do Código Civil Brasileiro. É a capacidade de testar, podendo a pessoa manifestar livremente a sua última vontade a

respeito de seu patrimônio ou parte dele, dispondo também a respeito de qualquer outra matéria extrapatrimonial. Só é incapaz de testar aquele que a lei taxativamente determinar, pois a capacidade constitui-se a regra. Todas as pessoas que, legalmente, não sejam declaradas incapazes de testar, podem fazer testamento. De regra, pois, supõem-se capazes todos os que, expressamente, não sejam considerados, por lei, incapazes. A incapacidade pode advir da idade, da loucura, de alienação mental ou da surdo-mudez, ou seja, da impossibilidade de manifestar, com independência, a livre vontade (PACHECO, 2002).

A capacidade passiva ou capacidade para adquirir por testamento é regida pela regra genérica; dessa forma, são capazes para receber por testamento todas as pessoas físicas ou jurídicas existentes ao tempo da morte do testador, exceto aquelas que são expressamente incapazes (DINIZ, 2005).

Portanto, a incapacidade para adquirir pode ser absoluta, se tiver caráter de generalidade e indiscriminação pessoal, e relativa, se atingir certas pessoas que não podem receber, por via de testamento, por razões especiais (DINIZ, 2005).

De acordo com o Código Civil são absolutamente incapazes para adquirir por testamento:

- a) O indivíduo não concebido até a morte do testador, salvo se houver disposição testamentária se referindo à prole eventual (Código Civil, artigo 1.799, inciso I).
- b) As pessoas jurídicas de direito público externo, onde a incapacidade é relativa à propriedade imóvel no Brasil (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo, 11, § 2º).

O Código Civil brasileiro em seu artigo. 1.801 dispõe dos casos de incapacidade relativa para adquirir por testamento:

- a) A pessoa, que a rogo, escreveu o testamento, nem seu cônjuge ou companheiro, ou seus ascendentes e irmãos (artigo. 1.801, inciso I).
- b) As testemunhas do testamento (artigo. 1.801, inciso II).
- c) O concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado, de fato, do cônjuge há mais de cinco anos (artigo. 1.801, inciso III).

d) O tabelião, civil ou militar, nem o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento (artigo. 1.801, inciso IV).

1.5 Formas de Testamento

Como já citado anteriormente, o testamento é um negócio jurídico revogável, de ato unilateral, personalíssimo, solene e não oneroso. Quanto às formas testamentárias, serão abordados quais os tipos de testamento admissíveis no ordenamento jurídico pátrio. Verificando-se de forma específica se o testamento vital constitui-se em uma forma de testar expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

1.5.1 Testamentos Ordinários ou Comuns

De acordo com Tartuce e Simão (2008), são os testamentos celebrados em condições de normalidade, ou seja, é uma manifestação de vontade livre e estão previstos no artigo 1.862 do Código Civil Brasileiro de 2002):

a) Testamento público - é o elaborado manual ou mecanicamente, de acordo com a vontade do testador, pelo tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas. Após as declarações do testador, o testamento será exarado verbalmente, em língua nacional, perante o testador e na presença de duas testemunhas idôneas, sendo, em seguida, o instrumento assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Esse é disciplinado nos artigos 1.864 a 1.867 do Código Civil Brasileiro de 2002. Embora não previsto em lei, a doutrina entende que o testamento deverá ser escrito no idioma oficial do país, visto que é feito por escritura pública. Mas, se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público ou, na falta deste, outra pessoa que o tabelião considere idônea e conhecimento bastante. Tais fundamentos são ancorados nos §§ 3º e 4º do artigo 215, do Código Civil Brasileiro.

b) Testamento cerrado – também conhecido como místico ou secreto é aquele escrito pelo próprio testador ou por outra pessoa a seu pedido, sendo assinado por aquele e entregue ao tabelião ou seu substituto para aprovação. O mesmo é disciplinado nos artigos 1.868 a 1.875 do Código Civil Brasileiro de 2002. Nessa modalidade, o conteúdo não será conhecido pelo tabelião ou por qualquer outra pessoa, com exceção daquela que o escreveu, por isso ser chamado também de místico. (TARTUCE; SIMÃO, 2008). Qualquer pessoa poderá escrever o testamento a pedido do testador, no entanto, quem escreveu não pode ser beneficiária dos bens, como também ser beneficiário o cônjuge, companheiro, ascendente ou irmão de quem escreveu. Caso isso ocorra, o testamento será negócio jurídico nulo de pleno direito. A mesma regra serve para o tabelião que escreveu o testamento a pedido do testador; o mesmo não poderá ser nomeado como herdeiro ou legatário, sob pena de nulidade absoluta (artigo. 1.801, IV do Código Civil Pátrio de 2002). Esse instrumento poderá ser escrito mecanicamente, por meio de máquina de escrever ou computador, devendo o testador assinar todas as páginas visando a eventuais trocas das mesmas, alterando, dessa forma, o seu conteúdo, evitando, assim, a sua nulidade. Ainda sobre as formalidades, nada impede que o testamento seja escrito em outro idioma por seu testador ou alguém a seu rogo.

O testador deve, ainda, declarar que o testamento é seu e solicitar sua aprovação pelo tabelião, sendo imprescindível a intervenção do tabelião nessa modalidade de testamento. O tabelião pode ou não ter conhecimento do conteúdo do instrumento. Em aprovando o testamento, será lavrado o auto de aprovação na presença de duas testemunhas e será lido o auto pelo tabelião. O auto de aprovação, conforme leciona Zeno Veloso é “um instrumento público, um ato notarial, e não tem objetivo de examinar e confirmar o conteúdo do testamento, de suas cláusulas e disposições, mas, apenas, atestar a identidade do testador e das testemunhas, e verificar se o documento não contém irregularidades formais, como espaços em branco, borrões, rasuras ou entrelinhas que possam causar dúvidas ou questões. (VELOSO, 2003, apud TARTUCE; SIMÃO, 2008). Após aprovado e cerrado, o testamento será entregue ao testador. O tabelião não fica com qualquer cópia do documento, apenas lança em seu livro a nota do lugar, dia e ano em que o testamento foi aprovado.

c) Testamento particular – também conhecido como hológrafo é o testamento registrado pelo próprio testador, sem a participação de tabelião ou funcionário do Estado. É

disciplinado nos artigos 1.876 a 1.880 do Código Civil brasileiro de 2002. Pode ser escrito de próprio punho ou por processo mecânico. Quando redigido de próprio punho, é obrigatório que o testador leia e assine o testamento na presença de, pelo menos, três testemunhas, que devem assiná-lo. Se elaborado por meio mecânico, não pode haver rasuras ou espaços em branco, sendo também necessária a leitura na presença de três testemunhas, as quais posteriormente o subscreverão após assinado pelo testador. A leitura deverá ser obrigatoriamente realizada pelo próprio testador.

1.5.2 Testamentos Especiais

São os testamentos celebrados em alguma situação de excepcionalidade, os quais, de alguma forma, pode comprometer a manifestação de vontade do testador. São eles: testamento marítimo e aeronáutico, e militar. De acordo com Tartuce e Simão (2008).

a) Testamento marítimo e aeronáutico – têm suas regras previstas nos artigos 1.888 a 1.892 do Código Civil pátrio de 2002, as quais são idênticas. A primeira delas constitui-se na situação de quem estando em um navio nacional deseja testar. Deverá fazê-lo na presença da autoridade do navio, ou seja, na presença do comandante, como também na presença de duas testemunhas. De igual modo, se uma pessoa estiver em uma aeronave militar ou comercial brasileiras, poderá testar na presença de pessoa indicada pelo comandante, também perante duas testemunhas. Nesses pode ser utilizada a forma pública, como também a cerrada. No caso de utilização da forma pública, o comandante ou pessoa por ele indicada, lavrará o testamento no diário de bordo, recolhendo a assinatura do testador e das duas testemunhas. Caso o testador esteja impossibilitado ou não saiba assinar, a autoridade declarará tal fato, e uma das testemunhas assinará pelo testador. Utilizando o testador a forma cerrada, o comandante, ou pessoa por ele indicada, lavrará no diário de bordo o auto de aprovação, que será assinado pelo testador e pelas testemunhas. Caberá ao comandante a guarda do testamento, devendo o mesmo ser entregue às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, com contra recibo assinado no diário de bordo. (artigo 1.890 do Código Civil brasileiro de 2002).

Por outro lado, o Código Civil, em seu art. 1.891, prevê que esse testamento perderá a eficácia se o testador não morrer na viagem ou nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, e, ainda assim, não tiver feito outro testamento em forma ordinária. É o que se denomina caducidade do testamento

b) Testamento militar - admite a lei o testamento feito pelos militares e não militares a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada ou que esteja com as comunicações interrompidas. Tal permissão se dá em razão da impossibilidade de serem utilizadas as formas ordinárias para testar, em virtude das dificuldades inerentes à atividade militar. Mas, quem são os civis em campanha? Washington de Barros Monteiro menciona os médicos, os cirurgiões, os enfermeiros, os telegrafistas e os capelães, ocupados em operações de guerra, dentro ou fora do nosso País. (MONTEIRO, 2003, apud TARTUCE; SIMÃO, 2008, p.306).

As formas militares de testar são: i) forma que se assemelha à pública: prevista no artigo 1.893 do Código Civil determina que não havendo tabelião ou substituto legal, o testamento militar poderá ser feito na presença de duas ou três testemunhas. Não podendo ou não sabendo o testador assinar, assinará por ele uma das testemunhas; ii) forma que se assemelha ao testamento cerrado - sabendo o testador escrever, poderá fazer o testamento de próprio punho, datando e assinando por extenso o instrumento, apresentando o mesmo, aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas, ao oficial ou auditor (artigo 1.894 do Código Civil);

Testamento militar nuncupativo - aqueles que podem se valer do testamento militar e que estejam empenhados em combate ou feridos podem testar de forma oral, confiando sua vontade a duas testemunhas (artigo 1.896 do Código Civil).

Perderá a eficácia o testamento militar, se o testador estiver por noventa dias seguidos em lugar que possa fazer, na forma ordinária, outro testamento. Porém, se o testamento foi feito de próprio punho pelo testador, na forma cerrada ou pública, com nota de aprovação do oficial, permanecerá sua eficácia, mesmo decorridos noventa dias. O testamento militar elaborado na forma nuncupativa perderá a eficácia se o testador não morrer na guerra ou convalescer dos ferimentos ou, estando o testador por noventa dias seguidos em lugar onde possa testar por uma das formas ordinárias, ocorrerá a ineficácia das disposições testamentárias.

Conforme foi analisado nesse capítulo, há várias formas de testamentos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, a utilização de tal instrumento é pouco realizada no Brasil, ao contrário de outros países que tem o testamento bastante popularizado.

O que realmente dificulta a confecção do Testamento por parte da sociedade brasileira estaria relacionada à falta de informação ou estaria ligada a alguma superstição? Pois muitas pessoas acreditam que ao fazer um testamento está chamando para si a morte. Mas, como visto, o testamento vital não é uma modalidade de testamento especificamente prevista na legislação brasileira. Isso se dá pelo fato de que as normas testamentarias brasileiras, apesar de mencionar que as disposições de caráter não patrimonial são válidas, as modalidades são apresentadas visando apenas ao caráter patrimonial do testamento. O que não implica dizer que a sua realização é impossível na legislação pátria, conforme será demonstrado, mais adiante.

2. PRINCÍPIOS INERENTES À VIDA HUMANA

2.1. Princípio da Autonomia da Vontade Privada

A palavra autonomia remonta à antiguidade grega; usava-se em acepções políticas (autogoverno das cidades-estados), como também para fazer referência à condição do homem de domínio de si mesmo, não da vontade, mas da razão e do conhecimento (BARBOZA, 2010).

Segundo Barboza (2010), com o advento da modernidade, o indivíduo se constituiu como eu pessoal capaz de conhecer o mundo e agir autonomamente na esfera da ética, construindo valores que norteariam o julgamento e a ação em sua vida social.

O conceito de autonomia moral do indivíduo se consolidou no Iluminismo e ganhou expressão máxima com o imperativo categórico de Kant, segundo o qual a moral é a única condição capaz de tornar o homem, ser racional, como fim em si mesmo, como fim último, nunca sendo tratado como meio (BARBOZA, 2010). De acordo com a referida autora, a construção jurídica do princípio da autonomia está vinculada às concepções político-filosóficas, como citadas anteriormente, mas, também, tem interpretação e conformação próprias na ciência jurídica.

A palavra autonomia indica “a capacidade humana em dar-se suas próprias leis e compartilhá-las com seus semelhantes”, ou “a condição de uma pessoa ou coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter”, ou, em síntese, “a competência da vontade humana em dar-se a si mesma sua própria lei”. Mais do que isso, a liberdade é um valor, conteúdo de igual princípio jurídico, que enseja uma pluralidade de significados (BARBOZA, 2010).

De acordo com o citado autor, a liberdade indica autonomia, ausência de vínculos, pressões ou coações externas. A garantia e a realização da pessoa humana estão confiadas à liberdade fundamental expressa na Constituição. A autonomia privada, enquanto exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana. Nesse sentido, a autonomia da vontade de uma pessoa deve ser

potencialmente considerada, principalmente para que o indivíduo tenha a certeza de que, no caso de elaboração de um testamento vital, as diretrizes traçadas por ele para a sua vida serão em sua íntegra respeitadas.

2.2 Princípios da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está fundamentada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III. Alexandre de Moraes resume a dignidade da pessoa humana como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (MORAIS, 2002, p.129).

Para Afonso da Silva (2005), a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Comparato (1999) faz menção ao filósofo Kant quando assegura que a dignidade da pessoa humana consiste no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado um fim em si e nunca como meio.

Assim, refletindo sobre o testamento vital no âmbito do Estado Democrático de Direito, não pode ser ignorado o maior fundamento: a autonomia privada, especial mecanismo concretizador da dignidade da pessoa humana, devendo a autonomia ser reforçada na maior medida possível, para que o autor do testamento vital tenha segurança e tranquilidade de que sua vontade prevalecerá, caso não tenha condições psicofísicas de manifestá-la validamente. (TEIXEIRA e PENALVA, 2010).

2.3 Princípio da Beneficência

O princípio da beneficência traduz a exigência, tanto para o médico quanto para o pesquisador, de a atuação profissional ser direcionada para atender as necessidades dos pacientes, no sentido de lhes fazer o bem da melhor forma possível. Em atenção a esse cânone, o Código de Ética Médica, em seu art. 2º, estabelece que o "alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional". Desta forma, esse princípio deve cumprir dois requisitos essenciais, para que a execução do teste vital não venha a ser considerada uma violação da vida humana, ou seja, na busca de não causar o mal, como também todos os benefícios possíveis devem ao máximo ser realizados e os danos sejam elevadamente minimizados. Para que não haja dor e nem ato desumano.

2.4 Princípio da não Maleficência

O princípio da não maleficência impõe o dever, para o profissional, de realizar o seu serviço de forma a não causar danos, ou riscos, ao seu paciente. Em não sendo possível excluírem-se os riscos, deve-se optar, sempre, por aquele que acarrete menos sofrimento ao paciente. Requer-se, antes de tudo, que os profissionais atuem com consciência e cuidado. (JUNGES; 1999, p. 50). Ante esses princípios apresentados, verifica-se que a vida deve ao máximo ser preservada, mas dentro de condições condizentes que o sujeito entenda ser condizer com a dignidade da pessoa humana.

3. DISTINÇÃO ENTRE A EUTANÁSIA, DISTANÁSIA, MISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

3.1 O Que é a Morte?

O art. 6º do Código Civil estabelece que a existência da pessoa natural termina com a morte. Mas o que é a morte? Morte é parte integrante da vida. Definir a morte é tão difícil quanto definir a vida. A dificuldade ou impossibilidade de definir a vida existe também no tocante à definição da morte, com a agravante de que, a respeito desta, o mistério é maior. Dizem, por exemplo, que a morte é o contrário da vida; é a cessação da vida; é a passagem dum estado de equilíbrio instável para o de um equilíbrio estável. Tais conceitos também não satisfazem. As definições de morte são por igual, ininteligíveis, embora ela esteja constantemente ao nosso lado, invisível, sem dúvida, à espreita, à espera (GOMES, 1994, apud CABETTE, 2009).

O diagnóstico da morte chama-se tanatognose, é a parte da tanatologia forense que estuda a realidade da morte, um termo criado pelo biólogo russo Elie Metchnikoff (1845-1916), tem origem no mito grego de Tânatos, o deus da morte. O primeiro diagnóstico da morte teria acontecido há 50 mil anos a. C: Em achados arqueológicos, ossos (...) foram encontrados cuidadosamente sepultados e com objetos de uso pessoal em sua volta. Portanto, para que se fizesse o sepultamento planejado de uma pessoa era preciso que se fizesse, inicialmente, o diagnóstico de sua morte (CHIAVENATO, 1998, p. 78).

Segundo o autor acima, os arqueólogos acreditavam que houve o diagnóstico porque o corpo foi enterrado, e não abandonado. Nesta época, verificava-se a morte através da imobilidade prolongada e putrefação do corpo. Um salto no tempo chega-se à Grécia, onde cada cultura determinava seu critério para o reconhecimento de uma circunstância que pudesse atestar a morte.

De acordo com Cabette (2009), a primeira demarcação do momento da morte veio da Grécia, onde se constatava a morte através da parada cardíaca. Na sequência, a tradição judaico-cristã passou a apontar para a cessação da atividade pulmonar. Da

junção destes dois critérios, surgiu o conceito de morte clínica. Ocorre que, por volta do século XVI, mais precisamente no ano 1564, um episódio histórico ocorrido em Madri, Espanha, onde o anatomista Versalius, na presença de um auditório superlotado, realizou uma necropsia num suposto cadáver e, ao abrir o tórax, expôs o coração ainda com batimentos, causando horror aos presentes. Com isso, foi reconhecida a insuficiência de um conceito médico fundamentado na parada cardíaca.

No ano de 1799, surgiu a primeira definição científica acerca da morte, de autoria do fundador da anatomia geral e histologia, Marie François Xavier Bichat, afirmando que a morte é um processo cronológico que leva a uma catástrofe fisiológica, surgindo, com isso, a Trípole de Bichat, de acordo com a qual as funções vitais do organismo estão sustentadas pelo coração, pulmão e cérebro. Desta forma, o conceito de morte clínica foi perdendo espaço para o de morte encefálica, que predomina em termos médicos e jurídicos na atualidade.

O centro da vida deixa de ser apontado como sendo o coração e passa a ser o cérebro, mais precisamente o funcionamento do sistema nervoso central, já que não se deve confundir “morte cerebral” com “morte encefálica”, sendo a segunda mais ampla, abrangendo o cérebro, o tronco central e o cerebelo. (CABETTE; 2009).

No Brasil, a Lei 9.434/97 (Lei de Transplantes) em seu art. 3º, § 1º, tem como referência de morte a encefálica. De igual modo os Estados de Illinois, Montana e Tennessee adotaram a seguinte definição de morte: “Para todos os propósitos legais, um corpo humano.” (CABETTE, 2009. p. 101). “Com irreversível cessação das funções cerebrais, apurada de acordo com os padrões costumeiros e usuais da prática médica, será considerado morto.” (MARREY NETO, 1989, p.10).

Também Portugal, através da Lei nº 12/93 de 22 de abril, adota a morte encefálica como o momento definidor da morte.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0/DF, que disserta sobre a Lei da Biossegurança (Lei 11.105/04), o Ministro Carlos Britto deixou claro em seu entendimento que a vida humana já arrematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral. Não obstante, toda problemática na definição do que compõe a morte, um elemento certamente deve estar inserido, a característica da irreversibilidade de retorno

do paciente à vida autônoma, através de diagnóstico seguro. Com o avanço tecnológico na Medicina, ficou mais fácil para o médico, independente da especialidade, diagnosticar a morte encefálica, sendo, para isto, necessário observar as seguintes condições, conforme protocolo para diagnóstico de morte encefálica. (perda definitiva e irreversível das funções cerebrais).

- Pré-requisitos: diagnosticar a presença e a causa da lesão encefálica responsável pelo quadro atual e a sua irreversibilidade, excluindo possíveis causas reversíveis que simulem o mesmo quadro;
- Exame clínico: determinar a ausência de função do tronco cerebral em todos os seus níveis;
- Teste da apneia: confirmar a ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios;
- Exames complementares: determinar a ausência de função de encéfalo, através da realização de exames complementares que demonstrem inequivocamente ausência de atividade elétrica cerebral, de atividade circulatória intracraniana ou de atividade metabólica encefálica;
- Repetição do exame clínico: confirmar o exame da ausência das funções do tronco encefálico após um período mínimo de 6 horas.

No entanto, apesar de todo o aparato tecnológico disponível para a verificação da morte encefálica, há ainda muita resistência por parte de um grande número de pessoas com relação a este posicionamento. De acordo com Dr. Celso M. Terra (1994), médico da divisão de pediatria do Hospital Universitário da USP, essa resistência se dá devido a vários fatores, tais como crenças religiosas, falta de legislação mais clara a respeito, preocupações com publicações por parte da imprensa, sendo o principal deles, o fato de que no momento em que é declarada a morte encefálica, a pessoa ainda encontra-se com batimentos cardíacos, muitas vezes sendo sustentada organicamente (coração, pulmão, sistema digestivo e urinário). Frente a uma situação como esta, muitos acreditam que estaria sendo cometida uma conduta eutanásica ao desligar os aparelhos que sustentam o paciente.

Desta maneira, necessário se faz estudar a eutanásia e seus desdobramentos, demonstrando os termos correspondentes, elementos inerentes e comparações com outras legislações.

3.2 Eutanásia

Segundo Cabette (2009), a eutanásia costuma ser definida com base na origem etimológica da palavra, como “boa morte”, “morte suave” ou “morte sem dor ou sofrimento”. Alega-se que, originalmente, o termo eutanásia foi proposto por Francis Bacon na obra de sua autoria no ano de 1623, intitulada de *Historia vitae et mortis*. Há ainda quem diga que, no pensamento estóico (106 – 43 a.C.), o referido termo foi usado por Cícero na Carta a Ático, mencionando a eutanásia como “morte digna, honesta e gloriosa”.

Defende Batista que a palavra eutanásia foi utilizada, originariamente, pelo historiador romano Suetônio, no século II d.C., para descrever a morte tranquila do imperador Augusto, aos 76 anos de idade:

A morte que o destino lhe concedeu foi suave, tal qual sempre desejara: pois todas as vezes que ouvia dizer que alguém morrera rápido e sem dor, desejava para si e para os seus igual eutanásia (conforme a palavra que costumava empregar) (SUETÔNIO, 2002, apud, BATISTA, 2010). Atualmente, a questão da eutanásia tem tido uma maior abrangência no seu campo de incidência, não se resumindo apenas a pacientes terminais, compreendendo também outras situações polêmicas, tais como os recém-nascidos com anomalias congênitas; pessoas em estado vegetativo irreversível; pessoas inválidas que não têm condições de cuidar de si mesmas, etc. Para Namba (2009), a verdadeira eutanásia ocorre quando a morte é provocada em alguém vítima de doença incurável e grande sofrimento; é provocada por sentimento de compaixão à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a pessoa morrer, age sobre a morte, antecipando-a.

Por outro lado, há ainda quem diga que é necessário um terceiro elemento para se ter a eutanásia. Para que ela se caracterize, os atos motivados por compaixão

provocando a morte na intenção de eliminar a dor devem ser realizados por um médico. (MARTIN, 1998 apud NAMBA, 2009)

A doutrina especializada tem empreendido algumas classificações da eutanásia, geralmente, fazendo uso de termos binários. Uma dessas classificações refere-se à eutanásia natural e a eutanásia provocada. A primeira está relacionada ao óbito que ocorre sem intervenções externas e sofrimentos, é a morte natural, decorrente do processo natural e progressivo do envelhecimento. A segunda é aquela que se refere à conduta humana, seja de terceiro ou do próprio doente que ajuda a terminar com a dor e sofrimento, abreviando seu período de vida, de maneira direta ou indireta (CABETTE, 2009).

Ainda, segundo Cabette (2009), a eutanásia provocada se subdivide em autônoma e heterônoma. Na autônoma não há a intervenção de terceiros, de modo que o próprio paciente dá fim a sua vida. Nesta o interesse jurídico penal se esvai, por tratar-se de suicídio, no entanto, é necessário observar se não houve o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, previsto no art. 122 do Código Penal. Na heterônoma, existe a intervenção de terceiros para eliminação do sofrimento do paciente terminal.

3.2.1 Tipos de Eutanásia

Em relação ao modo de execução, Namba (2009) afirma que existe a distinção entre eutanásia ativa, passiva e de duplo efeito. A eutanásia ativa é o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, com fins humanitários (caso de utilização de uma injeção letal). Na eutanásia passiva, a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivência (deixar de ligar um ventilador artificial em paciente com insuficiência respiratória). Na eutanásia de duplo efeito, a morte é acelerada como consequência de ações médicas, não visando ao êxito letal, mas ao alívio do sofrimento do paciente (emprego de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito). [grifos do autor].

Percebe-se que a eutanásia de duplo efeito é um exemplo de eutanásia pura ou genuína, onde a preocupação maior é prestar assistência humanitária ao paciente, aliviando o sofrimento físico e psíquico, mas sem ter como finalidade maior a eliminação da vida, decorrendo tal fenômeno como mera consequência inevitável.

Adentrando no mérito religioso, a Igreja Católica se posiciona de forma contrária a eutanásia por ser contra a lei de Deus. No entanto, o Papa Pio XII, em sua Encíclica “Mensagem de Pio XII aos Médicos”, em 1957, aceitou a possibilidade de abreviação da vida por meio de utilização de drogas, e com consentimento do paciente, visando a diminuir a dor e o sofrimento deste. Desta forma, utilizando a eutanásia de duplo efeito, conforme transcrição de Edvino Friderichs S. J: “Dando, porém, o moribundo seu consentimento é permitido utilizar com moderação narcóticos que aliviarão seus sofrimentos, trazendo, por outro lado, morte mais rápida; neste caso, a morte não é desejada diretamente, mas é inevitável e motivos plausíveis autorizam medidas que apressarão sua vinda.”

Quanto ao consentimento do paciente, há também uma distinção, segundo Batista (2010), são elas:

- a) eutanásia involuntária – quando o ato é realizado contra a vontade do paciente (igualado ao homicídio);
- b) eutanásia não voluntária – quando o ato é realizado sem ter conhecimento da expressa vontade do paciente;
- c) eutanásia voluntária – sinônimo de suicídio assistido, morte assistida ou suicídio auxiliado por terceiro, caso não seja capaz de tornar fato a sua disposição, o paciente terminal solicita auxílio de terceiro para morrer. Não se trata de fato materialmente criminoso, pois não constitui ato atentatório contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela. No entanto, apesar da doutrina não considerar crime, já houve decisão determinando que se levasse ao julgamento no Tribunal do Júri, quem prestou auxílio ao suicídio: TJSP. Júri. Induzimento. Instigação ou auxílio ao suicídio. Vítima que se encontrava internada em hospital, com moléstia incurável. Preferência pela morte, na eventualidade de ter que ficar na dependência de terceiros. Neto que lhe leva a pasta com documentos e arma de fogo, sabendo das intenções do avô. Suicídio praticado. Réu pronunciado (RT 720/407).

No Estado do Oregon nos Estados Unidos, o suicídio assistido por médicos é legalmente reconhecido. Em 1995, foi promulgado o Oregon Dath With Dignity Act, complementada em 1998. A lei permite que os médicos possam assistir seus pacientes em fase terminal, prescrevendo doses letais de medicação quando da demanda de paciente legalmente capaz para decidir (FORTES, 2001).

A Holanda, em 28 de novembro de 2000, aprovou a Lei relativa à eutanásia e suicídio assistido. A lei holandesa é minuciosa, estabelecendo que a eutanásia só seja aplicada em enfermos adultos, acometidos de doença incurável e que solicitaram voluntariamente a própria morte. O médico deve informar ao paciente a evolução da doença bem como apresentar a conclusão da inexistência de algum tratamento médico alternativo. Exige-se a opinião de outro médico que não esteja envolvido no tratamento do paciente (CABETTE, 2009). Diferente da Holanda, que teve uma longa trajetória de casos de eutanásia, a Bélgica legalizou o instituto em 22 de setembro de 2002. Sua legalização derivou de uma diretriz emanada pelo Comitê Consultivo de Bioética. A lei belga é mais restritiva que a holandesa. Uma diferença essencial é a garantia do anonimato presente na legislação. Outra é a exclusão da possibilidade de menores de 18 anos solicitarem este tipo de procedimento; às pessoas que não dispõem de recursos são assegurados, pelo Estado, os meios necessários para a realização da eutanásia.

De acordo com a legislação, apenas os profissionais de saúde podem encomendar o kit contendo os utensílios necessários à realização da eutanásia, tendo de ser retirado pessoalmente nas próximas 24 horas seguintes à encomenda. Cada conjunto custa em média 60 euros e contém um relaxante muscular, injetáveis para anestesiá-lo doente e um livro de instruções, permitindo ao doente a realização da morte assistida em sua própria casa. Após a utilização do kit, o médico é obrigado a devolver os medicamentos e utensílios não utilizados. (TELLES e COLTRO, 2010).

Saliente-se que uma situação prevista é a possibilidade de solicitação de eutanásia por uma pessoa que não esteja em estado terminal. Neste caso será necessária a participação de um terceiro médico para dar a sua opinião sobre o caso. (GOLDIM, 2003)

Há, na doutrina, certa confusão entre a eutanásia passiva e a ortotanásia. Alguns autores costumam dizer que são sinônimos, no entanto, verificando a etimologia dos

termos pode-se entender a diferença entre ambas. Etimologicamente a palavra ortotanásia sucede do grego orthós (normal, correta) e thánatos (morte), portanto morte natural ou correta, morte a seu tempo, sem abreviação do período vital (eutanásia) nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia). Oportuno, neste ponto, é discorrer de forma breve sobre o conceito de distanásia, considerado o oposto da eutanásia.

3.3 Distanásia

Deriva do grego dis (afastamento) e thánatos (morte). Consiste no ato de afastar a morte. A distanásia visa a prolongar ao máximo a vida humana, combatendo a morte como se fosse um inimigo. Para isso, faz uso de recursos médicos inúteis e desproporcionais, causando ao paciente dor e sofrimento no processo da morte.

Sá (2005), em sua obra, afirma que a eutanásia provoca a morte antes da hora, ao passo que a distanásia erra, por outro lado, não conseguindo discernir quando intervenções terapêuticas são inúteis e quando se deve deixar a pessoa abraçar a morte como desfecho natural da vida.

A distanásia, que também é caracterizada como encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica, é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientíficos e comercial-empresarial da Medicina (...). Os avanços tecnológicos e científicos e os sucessos no tratamento de tantas doenças e deficiências humanas levaram a Medicina a se preocupar cada vez mais com a cura de patologias e a colocar em segundo plano as preocupações mais tradicionais com o cuidado do portador das patologias (MARTIN, 1998, p. 171 *apud* SÁ, 2005, p. 40).

Acrescenta Cabette (2009) que, no atual estágio da medicina, sobressai o chamado “imperativo tecnológico”, que tem o seguinte significado: “posto que temos a possibilidade técnica de manter a vida, isso deve ser feito de forma imperativa e categórica, e em toda situação.”

Prossegue o autor, afirmando que tal atitude não corresponde à atuação mais correta do profissional da Medicina, pois o acatamento ao imperativo tecnológico conduz à sanha terapêutica, propiciando o meio adequado para que o profissional, de forma mais ou menos inconsciente, faça uso de procedimentos médicos inúteis, configurando o encarniçamento terapêutico como resultado da imprudência e de uma ausência de reflexão, quando o mais correto a ser feito é empregar os meios ordinários e extraordinários de sustentação vital. Os meios ordinários são caracterizados por sua disponibilidade, para a maioria dos casos, sendo economicamente viável, sua utilização temporária, e clinicamente acatada. É obrigatório, sendo sua omissão configuradora de crime (omissão de socorro, homicídio). Por outro lado, os meios extraordinários são de aplicações restritas, geralmente experimentais, agressivos, dependendo de alta tecnologia e de uso permanente; são de utilização facultativa. Desta forma é necessária a análise do caso concreto para proporcionar ao paciente o tratamento adequado, evitando o prolongamento abusivo do processo de morte do ser humano, violador do Princípio da Beneficência.

3.4 Mistanásia

Mistanásia ou eutanásia social, etimologicamente significa morrer como um rato. Sua forma mais comum é a omissão de socorro, onde a maioria das vítimas são pessoas pobres, vítimas de exclusão social. A ausência ou precariedade de serviços de atendimento médico garante que pessoas com deficiências físicas, mentais ou doentes que poderiam ser tratadas morram prematuramente, geralmente padecendo de dores e sofrimentos, em princípio, evitáveis (NAMBA, 2009)

De acordo com Namba (2009), existem as seguintes distinções para a mistanásia:

a) mistanásia por imprudência – quando o médico prescreve tratamento ou algum procedimento sem examinar diretamente o paciente, causando, conseqüentemente, seu óbito;

b) mistanásia por negligência – ocorre quando o paciente terminal é abandonado, omitindo deste o tratamento, sem motivo justo;

c) mistanásia por imperícia – quando o paciente vem a óbito por falta de atualização de conhecimento médico.

A última forma de mistanásia é a existente em doentes vítimas de má prática do médico e/ou assistentes que usam a medicina para atentar contra os direitos humanos do paciente, em benefício próprio ou não, prejudicando direta ou indiretamente o enfermo, pouco se importando com sua dignidade, a ponto de provocar uma morte dolorosa e precoce. Exemplo disso são os idosos internados em hospitais ou hospícios, onde não são oferecidos acompanhamento ou alimentação adequada, provocando, desta forma, a abreviação da vida de maneira miserável e indigna.

3.5 Ortotanásia

Como citado anteriormente, a ortotanásia significa o não prolongamento do processo da morte além do que seria natural. É a morte natural, mediante abstenção, limitação ou supressão de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, a qual não se busca; o que se pretende é humanizar o processo de morrer (CABETTE, 2009).

A ortotanásia é praticada sempre pelo médico, quando o doente já está em processo de morte, consistindo em deixar que esse processo siga seu curso natural.

Em 09 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução CFM nº 1.805/2006 (DOU de 28.11.2006. Seção 1, p. 169), contendo a seguinte ementa:

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.

A referida ementa foi fundamentada nos artigos 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana) e 5º, III da Constituição Federal (ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante). Acrescenta, ainda, que é obrigação do médico esclarecer ao doente ou representante legal os tratamentos terapêuticos para cada situação; determina a prestação dos cuidados paliativos necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento do paciente, bem como a assistência e conforto físico, psíquico e espiritual. Logo após a divulgação da notícia o Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Distrito Federal, Wellington Marques de Oliveira, concedeu prazo ao Conselho Federal de Medicina para revogar a resolução. Como não foi atendido, ajuizou ação civil pública (2007.34.00.014809-3), requerendo a revogação imediata da resolução do Conselho Federal de Medicina, alegando que o órgão não tem poderes para regulamentar sobre o direito à vida, além de requerer que o órgão defina critérios objetivos e subjetivos para a prática da ortotanásia, incluindo a participação de uma equipe multidisciplinar, bem como, após parecer de aprovação da equipe, os médicos comuniquem ao Ministério Público e ao Judiciário todos os pedidos de pacientes ou representantes legais e os diagnósticos médicos, aconselhando a ortotanásia ou a eutanásia.

Em 23 de outubro de 2007, o Juiz Federal Roberto Luis Luchi Demo, da 14ª Vara da Justiça Federal, deferiu liminar, suspendendo os efeitos da Resolução CFM nº 1.805/2006.9.

Em 14 de novembro de 2007, teve início o trabalho de revisão do novo Código de Ética Médica, com a reunião da Comissão Nacional de Revisão. Durante o processo, médicos e entidades organizadas da sociedade puderam encaminhar propostas através do Portal Médico do Conselho Federal de Medicina. Assim, foram realizadas três conferências sobre o tema.

Em um primeiro momento, especialistas puderam participar de discussões teóricas e filosóficas sobre o antigo código. Na segunda conferência, foram convidados representantes de diversas entidades para condensar a proposta. A conferência final representou a última etapa da revisão, as conclusões do evento, consubstanciadas no relatório final aprovado pelo pelos participantes, o que serviu de base para o texto do novo Código de Ética Médica. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010)

O novo código entrou em vigor dia 13 de abril de 2010, dispondo sobre limites da distanásia, e, apesar de não ser mencionado o termo ortotanásia, o mesmo é autorizado no art. 41 § único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

O Código de Ética Médica Espanhol, em seu art. 28, nº 2 também prevê a possibilidade da ortotanásia em caso de doença incurável:

En caso de enfermedad incurable y terminal el médico debe limitarse a aliviar los dolores físicos y morales del paciente, manteniendo en todo lo posible la calidad de una vida que se agota y evitando emprender o continuar acciones terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Asistirá al enfermo hasta el final, con el respeto que merece la dignidad del hombre (SÁ, 2001 apud CABETTE, 2009).

A Justiça Norte-Americana vem reconhecendo a possibilidade da ortotanásia em casos onde as terapias médicas sejam inúteis, constituindo-se, desta forma, futilidades terapêuticas.

4. O AVANÇO TECNOLÓGICO NA MEDICINA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Com o avanço tecnológico da Medicina contemporânea, tornou-se possível prolongar, de maneira indefinida, a morte, através de fármacos especiais e máquinas de sustentação artificial que mantêm o corpo funcionando. Ocorre que muitas vezes estes equipamentos têm função diversa da que foi proposta, pois os mesmos recursos utilizados para salvar vidas, afetam a qualidade da vida do paciente, causando, com isso, uma grande contradição da medicina, cujo exemplo são os bebês que nascem com menos de vinte e três semanas de gestação e pesando aproximadamente quinhentos gramas.

Logo, a imaturidade dos órgãos, somada a medicamentos potentes e a aparelhagem usada para garantir a vida, torna-se um risco para que este prematuro tenha graves sequelas, como a cegueira, paralisia cerebral e distúrbios respiratórios. Diante de tal quadro, é que o pediatra do Hospital das Clínicas Albert Einstein, Cláudio Reingenheim, argumenta: “Se os pais concordassem, eu não reanimaria prematuros nascidos com menos de vinte e três semanas” (VEJA, 2010).

Sobre o assunto aqui discutido, o pediatra Gabriel Oselka, coordenador do Centro de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, afirma que uma das discussões mais delicadas da bioética é determinar a quem cabe a decisão de ir até o fim e esgotar todos os recursos médicos disponíveis em pacientes que se encontram em estado clínico irreversível e incurável (VEJA, 2010)

Por outro lado, Ademar Lopes, cirurgião oncologista do Hospital A. C. Camargo, em São Paulo acrescenta: Nenhum código de ética médica jamais conseguirá contemplar a complexidade envolvida nas questões sobre a vida e a morte. Aqui, a máxima de que cada caso é um caso não quer dizer muita coisa. Cada caso encerra em si mesmo milhões de outros casos. É extremamente difícil determinar o início do fim irreversível.

O bem da vida e a dignidade da pessoa humana, ambos considerados valores supremos pela Carta Magna, não preponderando um sobre o outro, uma vez

confrontados, devem ser analisados conjuntamente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, evitando resultados desproporcionais e injustos. (VITAL; 2010, p.18) É o que ocorre no caso de gestação com feto anencéfalo.

De acordo com Telles e Coltro (2010), fica clara a divisão entre julgadores a respeito dos pedidos de aborto de fetos em condições incompatíveis com a vida extra-uterina. De um lado, existem os que fazem exigência da comprovação do risco de morte da mãe para autorizar a interrupção da gravidez, mesmo comprovado que o feto não sobreviverá após o nascimento, pois, nos casos onde a vida da mãe não esteja correndo perigo não se trataria de aborto terapêutico, o qual é permitido pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 128, inciso I, e, sim, de aborto eugenésico; este, não contemplado com a permissão legal. Essas decisões são fundamentadas no princípio constitucional do direito à vida. De outro lado, existem os juízes que consideram os direitos fundamentais à vida, mais especificamente ao nascituro, resguardados no artigo 2º do Código Civil, mas confrontando tal posicionamento surge o direito à liberdade da mãe que também é garantido constitucionalmente. Diante de situação tão controvertida, os julgadores têm ponderado entre os princípios, valores e direitos relativos à gestante e ao nascituro, sendo necessário estabelecer a preservação de uns em detrimento do outro. (TELLES e COLTRO, 2010)

Telles e Coltro (2010) prosseguem aduzindo que, fazendo a análise do Código Penal que data de 1940, do que diz respeito ao aborto, a Medicina daquela época não tinha os recursos para diagnosticar a deformidade do feto ainda no útero materno. Portanto, é possível verificar que o Direito Penal não acompanhou os avanços científicos e tecnológicos. Sendo, assim, necessária sua adequação para que as situações que surjam não fiquem desamparadas pela lei, fazendo com que seja negada ao cidadão a defesa apropriada à condição em que esteja envolvido.

5. TESTAMENTO VITAL, DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Atualmente, um dos maiores problemas da bioética está ligado ao morrer com dignidade e respeitar a vontade daquele que se encontra já sem qualidade de vida nas mãos dos familiares.

O Testamento Vital (“testamento biológico, living will ou testament de vie”) é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar o doente em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade (BORGES, 2001)

O Testamento Vital foi proposto inicialmente pela Sociedade Americana para Eutanásia, em 1967, como um documento onde o paciente registrava seu desejo de interromper os tratamentos médicos de manutenção à vida.

Em 1969, nos Estados Unidos, o advogado Luis Kutner sugeriu o modelo de documento em que o indivíduo poderia registrar sua vontade, declarando que, se entrasse em estado vegetativo, com impossibilidade comprovada de recuperar suas capacidades físicas e mentais, deveriam ser suspensos os tratamentos médicos. Sugeriu, ainda, que este documento atendesse a quatro finalidades:

- a) em processos judiciais – necessidade de levar em conta a diferença entre o homicídio privilegiado (compaixão) e o homicídio qualificado por motivo torpe;
- b) necessidade legal de permitir ao paciente o direito de morrer por sua vontade;
- c) a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião;
- d) dar ao paciente a garantia necessária de que sua vontade seria cumprida.

O objetivo do documento era conceder poderes ao indivíduo sobre as condições de sua morte e duração de sua vida, no entanto, a tentativa fracassou (RIBEIRO e GONZALEZ, 2005).

Ainda Ribeiro e Gonzalez (2005) comentam que, em 1976, a Califórnia promulgou a primeira lei sobre morte natural vigente até 1991, quando passou a vigorar

a lei de autodeterminação do paciente. Neste período, a imprensa noticiou vários casos que mobilizaram a opinião pública, dentre eles estão os casos Quinlan¹¹ e Nancy Cruzan¹², onde houve uma disputa entre os familiares e a Suprema Corte; estes, solicitando a interrupção dos procedimentos que prolongavam a morte dos pacientes terminais, alegando que os mesmos haviam manifestado anteriormente que não gostariam de ficar vivos por meio de aparelhos, no entanto, a Justiça exigia comprovação da referida manifestação. Em virtude desses fatos, muitas pessoas com medo de ficarem presas a tratamentos impostos àqueles pacientes, elaboraram suas declarações antecipadas, o que contribuiu para a solução de conflitos e dilemas éticos sobre a interrupção de tratamentos que prolongam a morte. Após isso, os estados norte-americanos passaram a promulgar leis acerca dessas diretivas, e, no início dos anos 90, quase todos os estados começaram a cumpri-las. Essas diretivas passaram a ser recomendadas por entidades governamentais, profissionais e organizações da sociedade civil. Após esta conquista, os esforços se concentraram na difusão, aperfeiçoamento e ampliação do conteúdo destes documentos de declaração antecipada.

5.1 Testamento Vital no Panorama Estrangeiro

Na França, a Lei nº 2005-370, publicada em 22 de abril de 2005, inclui o direito dos cidadãos estabelecerem diretrizes prévias ao médico para o caso de perda da capacidade. Para que as diretrizes sejam válidas é necessária sua renovação a cada três anos, na forma estabelecida em lei. As diretrizes estão limitadas a impedir que os médicos tomem medidas extremas para prolongar a vida do paciente e os casos em que o médico deve ministrar tratamento paliativo com a finalidade de manter a dignidade e qualidade de vida do paciente. (TELLES e COLTRO, 2010)

Segundo Telles e Coltro (2010), na Alemanha, o Bundesgerichtshof (equivalente ao STJ), apesar de não ter lei regulamentando a matéria, decidiu que as diretivas prévias serão aceitas se obedecerem a quatro condições: o paciente estiver em estado terminal de doença incurável; não houver sinal de revogação da declaração de vontade; a declaração foi feita pelo paciente, quando absolutamente capaz; se a declaração descrever claramente a situação e procedimento.

No Reino Unido, o respeito ao direito de autodeterminação sobre o próprio corpo permite aos pacientes o direito de recusar tratamento, desde que estejam com capacidade de discernimento intacta. Apesar de as diretrizes prévias, recusando tratamento, já vier sendo respeitada há bastante tempo, só em 2007 foi regulamentada, através da Lei de Capacidade Mental. Esta lei estabelece que o documento recusando o tratamento de sustentação à vida deverá ser escrito, assinado e ter participação de testemunhas.

Na Finlândia, o Estatuto do Paciente autoriza a pessoa com plena capacidade mental a redigir seu Testamento Vital, estabelecendo que tipo de tratamento autoriza o médico a realizar ,em caso de perda da capacidade mental.

Em Portugal, a briga pela legalização do Testamento Vital tem sido intensa. O Presidente da Associação Portuguesa de Bioética, Rui Nunes, apresentou proposta formal à Assembléia da República, em maio deste ano. Apesar de haver um consenso social e político para a legalização do Testamento Vital, o tema ainda é motivo para muitos debates, questionando-se a possibilidade de estar autorizando a eutanásia com a legalização deste instituto, o que não faz sentido algum para Rui Nunes, uma vez que eutanásia abrevia a vida e a ortotanásia a doença evolui de forma natural, sendo providenciados apenas os cuidados paliativos.

Na Espanha, após a ratificação da Convenção dos Direitos Humanos e Biomedicina, convenção que reconheceu o direito à autodeterminação dos pacientes, algumas comunidades como a Catalunha e Galícia fizeram leis próprias sobre o tema e, em 2002, a Lei Federal nº 41/2002 positivou em caráter nacional as diretivas antecipadas (TEIXEIRA e PENALVA, 2010).

Nos Estados Unidos, como citado anteriormente, em 1991, foi aprovada a Patient Self Determination Act, Lei Federal que reconhecia a autodeterminação do paciente.

A ex-primeira-dama dos Estados Unidos, Jacqueline Kennedy Onassis, em 1994, ajudou a popularizar o Testamento Vital. Em observância ao seu testamento ela foi levada de volta a sua residência na Quinta Avenida, em Manhattan, quando nada mais poderia ser feito para evitar a morte, em virtude de um câncer em estágio avançado. A morte veio um dia após ela ter retornado ao seu lar. O caso de Jacqueline Kennedy pôs

em evidência o Testamento Vital. Em pesquisa realizada há três anos, 40% dos americanos declaravam ter assinado um desses documentos. (VEJA, 2010).

5.2 Testamentos Vitais no Brasil: sua (im)possibilidade no ordenamento jurídico

O Testamento Vital é um instituto pouco conhecido e estudado e, de acordo com Teixeira e Penalva (2010), em virtude desse pouco conhecimento podem ocorrer interpretações erradas a respeito de sua validade no ordenamento jurídico. Por este motivo, um dos pontos iniciais a ser esclarecido é referente ao termo Testamento Vital.

Teixeira e Penalva (2010) explicam que o nome mais correto para o termo Testamento Vital seria Desejos de Vida, pois sua origem surgiu do inglês onde *will* significa vontade, desejo ou testamento, e *living* é uma conjugação do verbo *live* que significa viver.

Outro ponto a ser esclarecido, e o principal deles, é que o Testamento Vital terá sua aplicação apenas nos casos de ortotanásia, ou seja, pacientes terminais, onde a probabilidade de morrer num período curto de tempo é elevada e sua condição é irreversível, independente de ser tratado ou não. É aquele paciente que inexoravelmente evoluirá para o óbito.

Adentrando no âmbito da validade, o que se questiona é, se na falta de regulamento específico sobre o tema, essa lacuna servirá de empecilho para que as pessoas manifestem suas vontades acerca do tratamento ou não-tratamento que desejam para no caso de virem a ser acometidas por doença incurável e que as deixe em estado terminal de dor e sofrimento.

Segundo Teixeira e Penalva (2010), considerar que o Testamento Vital só possa ser válido mediante norma que o regulamente é um retrocesso do sistema normativo brasileiro, isso porque o instituto é instrumento garantidor da autonomia do paciente e para ser válido não necessita se submeter à positivação, pois existem princípios

constitucionais que se moldam a essa situação jurídica, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia e os direitos da personalidade.

Borges (2005) afirma que o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e autodeterminação.

Prossegue, lecionando Borges (2005), os incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que estabelecem os termos nos quais estão garantidos esses direitos:

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

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante;

IV – é livre a manifestação de pensamento (...)

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir a prestação alternativa, fixada em lei; (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...).

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Desta forma, está assegurado o direito à vida, não o dever, não se admitindo que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamentos que não queiram. O direito que o paciente tem de não se submeter ou interromper determinado tipo de tratamento é consequência da garantia constitucional de sua liberdade, sua autonomia jurídica, inviolabilidade de sua intimidade e vida privada, além da dignidade da pessoa humana que é um dos Princípios Fundamentais elencados no artigo 1º, III da Carta Magna (BORGES; 2005)

Em 1990, o então Juiz da 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Eduardo Mayr, escreveu seu Testamento Vital fundamentado na Lei de Registros Públicos de nº 6.015/73, artigo 127 e apresentou ao 6º Ofício de Títulos e Documentos daquele Estado. O documento esclarecia quais os tipos de tratamento o outorgante aceitaria ser submetido caso viesse a se tornar um paciente terminal.

O magistrado em seu testamento faz uso do direito da personalidade, dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e dignidade da pessoa humana para justificar seu texto:

Como estou convicto de que decisões sobre o fenômeno da morte são pessoais, devem ser tomadas pelo indivíduo dentro de seu contexto familiar, caso se apresente uma situação em que já não haja esperança razoável de recuperação, de enfermidade física ou mental, solicito que não me mantenham vivo por meios artificiais ou “medidas heróicas” e que me administrem piedosamente toda medicação ou recursos necessários para aliviar meus sofrimentos, ainda que com isso se reduza minha limitada e eventual sobrevida.

Houve questionamento sobre a validade do documento por parte do oficial do cartório do caso em comento. Tal dúvida recaiu sobre a possibilidade do testador, em caso de se tornar incapaz, de expressar sua vontade diante do fato de serem necessárias intervenções médicas extraordinárias, tal como o uso de respirador artificial.

Entretanto, esta declaração, após parecer do Ministério Público suscitando a dúvida a respeito do conteúdo da declaração, fez com que o magistrado analisasse e julgasse improcedente a dúvida e autorizasse o registro do testamento no 6º Ofício de Títulos e Documentos do Rio de Janeiro, conforme descrito abaixo:

Ao Juiz da Vara de Registros Públicos cumpre verificar apenas se o conteúdo do documento se contrapõe ao Direito. Nesse particular, não hesito em afirmar que o documento se harmoniza com o Direito Positivo, na medida em que seu subscritor se limita a dispor de sua vida livremente, não havendo em nossa legislação qualquer norma a vedar tal conduta. É o direito de morrer proclamado pela Escola Positiva através seu mais ilustre representante que foi Ferri. O Direito respeita a soberana vontade do indivíduo, quando este dispõe da sua vida e de seu corpo.

A partir de casos como esse, surge o seguinte questionamento: A declaração unilateral de vontade pode ser utilizada como instrumento válido para operacionalizar o Testamento Vital? Os negócios jurídicos são apenas de conteúdo patrimonial? Pode o

indivíduo registrar a vontade de interromper tratamentos em Cartórios de Títulos e Documentos?

Teixeira e Penalva (2010) asseguram que, para a doutrina civilista, a declaração unilateral de vontade é tratada como espécie de negócio jurídico, ou seja, ato destinado a produzir efeitos jurídicos. Sugerem ainda uma reformulação no tratamento dos negócios jurídicos visando a incluir em sua disciplina situações jurídicas existenciais.

Prosseguem explanando:

Tal necessidade ampliativa justifica-se por uma razão histórica: a criação dessa categoria foi arquitetada em uma época em que, apenas direitos patrimoniais eram fatos jurídicos, ou seja, as situações existenciais eram desconhecidas. Porém, hoje a estrutura e o objeto do ordenamento brasileiro são diversos, abarcando hipóteses bem mais amplas do que outrora, inclusive, inúmeras hipóteses que geram repercussões na esfera pessoal do indivíduo, não há impedimento para se ampliar o objeto dos negócios, também para as situações existenciais, vez que são atípicos.

Para Tartuce (2009), é possível a validade do Testamento Vital na esfera das sucessões, fazendo uso do artigo 1.857, § 2º do Código Civil que diz que são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial. Acrescenta que o testamento pode ter ainda conteúdo relativo ao corpo do falecido, como previsto no artigo 14 do referido Código que diz: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Matéria disciplinada também pela Lei nº 9.934/1997 atualizada pela Lei nº 10.211/2001 (Lei de Transplantes) (TARTUCE; 2009).

Diniz (2003) traz algumas ponderações sobre a validade do ato de disposição:

O direito do ser humano à autonomia da vontade gera a obrigação dos demais de respeitá-lo, acatando a decisão tomada pelo titular do direito sobre seu plano de vida e ação. (...) O princípio da autodeterminação do paciente pode compelir o profissional da saúde a adotar procedimentos terapêuticos fúteis, que não trazem qualquer benefício, violando o princípio da beneficência? (...) O paciente tem o direito de opinar sobre o que se lhe apresenta como benefício, mas o médico deve decidir quando o tratamento é fútil, ou não, baseado em seu conhecimento sobre os efeitos da terapia e de seu provável impacto sobre a qualidade de vida do paciente.

Acerca do registro da declaração de vontade em cartórios, no Estado de São Paulo foi promulgada a Lei Estadual nº 10.241/1999, também conhecida como Lei Mário Covas, em razão de o ex- Governador ter afirmado que sancionou a referida Lei como Governador e como paciente, pois já tinha conhecimento de sua doença e optou por morrer junto aos familiares.

É viável salientar que a lei garante aos usuários dos serviços de saúde o direito de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. Desde então, os cartórios passaram a registrar os Testamentos Vitais. Os Tabeliães de Notas do Estado de São Paulo divulgaram nota informando que, em virtude da entrada em vigor do Novo Código de Ética Médica, aumentou a demanda dos Testamentos Vitais, apesar de os cartórios realizarem os registros deste documento desde 1999.

Apesar de ser mencionado que a validade do Testamento Vital não depende de lei específica, vale ressaltar que a regulamentação desse instituto é importante para as questões formais, como por exemplo, o prazo de validade, data que começa a produzir efeitos, comprovação de que a pessoa possui discernimento no momento da manifestação de vontade, a impossibilidade de decidir por práticas médicas que contrariem o ordenamento jurídico, como também a garantia de que o médico não seria punido por cumprir a vontade do paciente.

Visando a garantir a legalidade da ortotanásia, o Senador Gerson Camata, propôs o Projeto de Lei nº 116/00 que tramita no Senado desde o ano de 2000. Recentemente o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ), mas, para se tornar lei, ainda precisa do aval da Câmara dos Deputados e do Presidente da República. O projeto passou por uma audiência pública no dia 17 de setembro, onde estiveram presentes profissionais de diversas instituições, desde a União dos Juristas Católicos, posicionando-se de acordo com a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), representantes da advocacia e Universidade e o Conselho Federal de Medicina, todos favoráveis ao Projeto de Lei conforme se observa no parecer do Relator Senador Augusto Botelho. O projeto pretende acrescentar dois parágrafos ao artigo 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de sete de dezembro de 1940 – Código Penal - que passará a ter a seguinte redação:

§ 6º 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 paciente, ou em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. § 7º A exclusão de ilicitude a que se refere o parágrafo anterior faz referência à renúncia ao excesso terapêutico, e não se aplica se houver omissão de meios terapêuticos ordinários ou dos cuidados normais devidos a um doente, com o fim de causar-lhe a morte.

Ressalte-se que o projeto de lei é visando à exclusão de ilicitude no que se refere à renúncia ao excesso terapêutico (distanásia), não se aplicando a exclusão quando forem negados os meios terapêuticos ordinários, ou seja, cuidados normais devidos a qualquer doente como alimentação, hidratação e cuidados paliativos.

5.3 Cuidados Paliativos

Para a Organização Mundial de Saúde, cuidados paliativos são uma abordagem que objetiva a melhoria na qualidade de vida do paciente e seus familiares diante de uma doença que ameaça a vida, através da prevenção e alívio de sofrimento físicos, psicológicos e espirituais.

O serviço de cuidados paliativos vem preencher o espaço existente entre a capacidade técnica da medicina e a busca da cura e a cultura do respeito à autonomia do paciente no que se refere às suas decisões extremas, que implicam também o poder dizer quando não se quer mais viver sofrendo.

Para Cabette (2009) a ciência médica, mais especificamente em sua prática, não pode desviar o olhar da morte e, conseqüentemente, do doente como ser humano, como pessoa digna de consideração moral. No mesmo sentido, a psiquiatra Elisabeth Kübler – Ross (1998), mundialmente conhecida pelos seus estudos sobre a terminalidade da vida, acrescenta:

Se pudéssemos ensinar aos nossos estudantes o valor da ciência e da tecnologia, ensinando a um tempo a arte e a ciência do inter-relacionamento

humano, do cuidado humano e total ao paciente, sentiríamos um progresso real. Se não fosse feito mau uso da ciência e da tecnologia no incremento da destruição, prolongando a vida em vez de torná-la mais humana; se ciência e tecnologia pudessem caminhar paralelamente com maior liberdade para contatos de pessoa a pessoa, então poderíamos falar realmente de uma grande sociedade. (...) Custaria tão pouco lembrar-se de que o doente também tem sentimentos, desejos, opiniões e, acima de tudo, o direito de ser ouvido.

Cita-se como exemplo o Papa João Paulo II que, após ser ouvido, teve sua opinião respeitada ao optar por suspender todas as intervenções médicas, decidindo não ser alimentado por meios artificiais, apenas receber medicações que aliviassem sua dor e ficar em sua residência, na presença de amigos, onde disse: “Eu prefiro ficar aqui e esperar o encontro com o Pai neste meu leito”. Ele optou pela ortotanásia, a morte natural.

6. CONCLUSÃO

A evolução da sociedade e a capacidade que o indivíduo tem de aprender e assimilar esses conhecimentos teve reflexo diretamente no ramo da Medicina e da Tecnologia, chegando ao ponto em que a morte, antes considerada um elo natural, inerente ao ciclo de vida e acontecimento certo para todo e qualquer ser, passou a ser controlada e, muitas vezes, adiada por tempo indeterminado.

A consequência desse avanço tecnológico, como observado, modificou o processo de morrer, fazendo com que esse episódio atualmente tenha um aspecto mais solitário, mecânico e desumano. Sendo possível constatar que, quanto mais se avança na Medicina, mais se nega a possibilidade da morte. Essa negação tem feito com que os tratamentos terapêuticos atualmente utilizados em pacientes terminais ou estado vegetativo sejam excessivos e desproporcionais, configurando a distanásia, gerando ao paciente e seus familiares sofrimento e dor, muitas vezes desnecessários.

Conforme abordado no presente trabalho, suspender tratamentos fúteis não quer dizer que a vida está sendo abreviada, nem cometendo eutanásia e, sim, deixando de alongar artificialmente o processo de morrer, maltratando o paciente sem lhe gerar benefício algum e tornando o processo da morte uma batalha contra a natureza e o ciclo vital da vida.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, garante o direito à vida e não o dever à vida. Direito de morrer dignamente e direito à morte não podem e não devem ser confundidos. O direito de morrer dignamente está diretamente concatenado com o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia e dos direitos da personalidade na aspiração de ter uma morte natural e humanizada. O direito à morte é o mesmo que eutanásia, ou seja, o direito de abreviar a vida, não contemplado em nosso ordenamento jurídico com a exclusão de ilicitude mesmo que seja cometido com o aval do paciente.

Como visto, a autonomia revela-se, enquanto manifestação da liberdade e da dignidade humanas, um dos princípios norteadores a serem resguardados em tal situação, sob pena de violação em caso de sua não observância. Para ser digna, a vida precisa ter qualidade e essa avaliação deve ser feita única e exclusivamente pela própria

pessoa. Para exercer essa autonomia foi apresentado, neste estudo, o instituto do testamento vital. Este documento, como testamento, resulta da vontade do sujeito, enquanto capaz, de estabelecer normas jurídicas a serem observadas pelos demais indivíduos, reveste-se da autonomia privada, fonte do direito, apta a produzir efeitos jurídicos. E, como princípio bioético, representa o respeito ao paciente, o respeito à pessoa humana.

Assunto controverso abordado neste trabalho é a forma de testar do referido documento. Para alguns doutrinadores, essa declaração antecipada pode ser realizada com base no § 2º do Artigo 1.857, do Código Civil, onde são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial.

Porém, ao comparar o testamento vital com os demais testamentos elencados no capítulo três, é possível concluir que, ao menos, em princípio, o instituto do testamento vital não é realmente um testamento, mas uma disposição unilateral de vontade, pois, como já exposto, o testamento é instituto jurídico para produzir efeito após a morte, não ocorrendo com o testamento vital; este, produz efeito com o testador ainda em vida, além de não seguir as formalidades inerentes ao testamento. No entanto, isso não implica dizer que não seja válida a disposição feita no testamento vital, pois o seu conteúdo é lícito. Ademais, o artigo 14 do Código Civil permite ao indivíduo dispor de conteúdo relativo ao corpo.

Outra forma de declarar o testamento vital observada foi a realizada pelo Juiz da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, que fez uso da Lei de Registros Públicos nº 6.015/73. Apesar de ser questionada a validade do documento, verificou-se que o disposto no testamento estava em harmonia com o Direito Positivo, pois na visão do magistrado que julgou a demanda, em nossa legislação não existe norma que proíba e tal disposição.

Em São Paulo, a Lei Estadual nº 10.241/99, conhecida como Lei Mário Covas trata dos direitos dos usuários dos serviços de saúde, prevendo a possibilidade de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários na tentativa de prolongar a vida.

O presente trabalho também expôs o tratamento dispensado ao testamento vital e às diretrizes antecipadas no panorama estrangeiro. Por exemplo, nos Estados Unidos, cada Estado reconhece alguma forma de avanço dessas diretivas, seja o testamento vital

ou procuração de auxílio saúde que é um documento indicando alguém para decidir sobre vida e morte do signatário quando este estiver com a saúde debilitada.

Na França, Alemanha, Catalunha e Galícia o direito a autodeterminação dos pacientes também são admitidos. Em Portugal foi dado início ao debate entre a comunidade bioética e a comunidade jurídica e os parlamentares.

No Brasil, existe um projeto tramitando no Senado há onze anos, que dispõe sobre a exclusão da ilicitude da ortotanásia, proposto pelo Senador Gerson Camata; o projeto está em consonância com o disposto no atual Código de Ética Médica, quando admite a prática da ortotanásia e atribui ao paciente maior poder de decisão sobre seu tratamento.

Ocorre, entretanto, que o Conselho Federal de Medicina não tem legitimidade para excluir a ilicitude da ortotanásia. Desta forma, o médico que a pratica estará isento de qualquer processo administrativo de natureza ética, porém não estaria isento da responsabilidade criminal, uma vez que, pelo critério do Código Penal, estaria cometendo homicídio. Como se vê, neste estudo há mais perguntas que respostas. Não se procurou aqui chegar a verdades absolutas, mas demonstrar a necessidade de se tratar com maior efetividade a legitimação do testamento vital no Brasil. É preciso que se entenda que cabe apenas ao indivíduo fazer opções afetas à sua intimidade, neste caso, decidir como quer viver os momentos finais de sua vida.

Importante ressaltar que os pilares do Estado Democrático de Direito se fundam no pluralismo jurídico e na dignidade da pessoa humana, uma vez que a falta da norma jurídica regulamentando o instituto não o invalida. Todavia, a sua regulamentação se torna importante para resguardar a figura do médico contra possíveis sanções de ordem penal, a exemplo do Papa João Paulo II que, ao recusar a alimentação artificial, nada mais fez do que exercer sua autonomia.

Portanto o presente trabalho utilizou a técnica da dedução e se mostra relevante quando demonstrada a necessidade do indivíduo enquanto paciente de ter sua dignidade respeitada, e para o profissional médico em ter a garantida de que não sofrerá sanção em atender ao último pedido de seu paciente.

REFERÊNCIAS

ANDRE, Luiz Pedro. As ordenações e o direito privado brasileiro. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**, Campo dos Goytacazes, v. 3, n. 3, out. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18254>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de Morrer Dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e ortotanásia: comentários à resolução 1.805/06 CFM aspectos éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2009.

CHIAVENATO, Júlio José. **A morte: uma abordagem sociocultural.** São Paulo: Moderna, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: **Novo código de ética médica.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, n. 182, mar. 2010. Mensal.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FRIDERICH S. J., Edvino (Ed.). **Mensagem de Pio XII aos médicos: alocuções de Pio XII a médicos, estomatologistas, farmacêuticos, enfermeiros, enfermeiras, estudantes e doentes.** II Porto Alegre: Edições Paulinas, 1960.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia - Bélgica.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutabel.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. **Ordenações filipinas.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/benefic.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

_____. **Princípio da beneficência.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/benefic.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JUNGES, J. R. **Bioética.** São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MARREY NETO, José Adriano. A morte e seu diagnóstico: (aspectos legais). **Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 2, p.9-14, abr. 1989.

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

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas S.a., 2009.

PACHECO, Jose da Silva. **Inventários e partilhas**: na sucessão legítima e testamentária. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. **Morte, vida e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Gz, 2010.

RIBEIRO, Diaulas Costa; GONZÁLEZ, Miguel Angel Sánchez. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. **Família e jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 91-120.

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

SABINO, Fernando Tavares. **O encontro marcado**. 82. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TARTUCE, Flávio. A questão do testamento vital ou biológico: primeiras reflexões. **Advocatus**, São Paulo, n. 2, p.25-38, jun. 2009.

_____; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

TELLES, Marília Campos O.; COLTRO, Antônio Carlos M. **A morte digna sob a ótica judicial**. Rio de Janeiro: Gz, 2010.

VENOSA, Sílvio De Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2006.

VITAL, Carlos. Ortotanásia: o direito à dignidade no fim da vida. **Movimento**: Solidariedade Pernambuco, Recife, n. 15, p.18-18, jan. 2010. Trimestral.