



TESTAMENTO VITAL: EM BUSCA DE UMA APLICABILIDADE PRÁTICA COERENTE COM A IDEOLOGIA DO INSTITUTO

Maria Luiza Colvero Saccol¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo observar a aplicação prática do Testamento Vital no contexto brasileiro, ainda que não se tenha, atualmente, lei específica que o regulamente, para isso observam-se costumes e experiências estrangeiras, trazendo esta ferramenta ao cotidiano brasileiro, com a pretensão de ver este instituto aplicável dentro da esfera bioética, jurídica e médica. O método utilizado para o desenvolvimento do raciocínio lógico do texto é o dedutivo, uma vez que parte da análise do geral para o específico, começando pelo estudo dos princípios bioéticos e constitucionais que dão estrutura ao tema, passando para um segundo momento, a análise do cenário de fim de vida e características do quadro médico do paciente. Posteriormente, adentra na análise de como se deu a implementação deste objeto de estudo em outros países e, por fim, é feita a apresentação das possibilidades de aplicação neste país e exemplos práticos já ocorridos. O método de procedimento utilizado é o bibliográfico, realizado por meio da pesquisa doutrinária a cerca do assunto, da verificação jurisprudencial e da análise de artigos e trabalhos científicos já publicados sobre o tema, sendo esta a forma encontrada para uma abordagem satisfatória do tema que se apresenta. Dessa maneira, explanou-se sobre a aplicabilidade do Testamento Vital no Brasil, questionando seu manuseio e possibilidades, uma vez que se trata de um instituto pouco conhecido e ainda sem previsão legal. Assim, mostrou-se em quais momentos a aplicação do tema é pertinente no contexto hospitalar e na esfera dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da Vontade. Dignidade da Pessoa Humana. Final de vida. Prática e efetivação. Testamento Vital.

ABSTRACT

This article aims to observe the practical application of the Living Will in the Brazilian context, although it does not currently have specific legislation that regulates, there was customs and foreign experience, bringing the Brazilian daily this tool, with the intention of you want to see this applies institute within the bioethical, legal and medical sphere. The method used is deductive, since logical reasoning development of the text part of the overall analysis for specific, beginning with the study of bioethical and constitutional principles that give structure to the theme, in a second time analyzing the scenario end of life and characteristics of the medical condition of the patient. Later, enters the analysis of how was the implementation of this object of study in other countries and, finally, submission of application possibilities in this country and practical examples that have already occurred. The procedure used method is the literature by doctrinal research about the subject of judicial review, and verification of scientific articles and papers published on the subject, this being found way to a satisfactory approach to the topic at hand. Thus, if expounded on the

¹Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano – Santa Maria/RS. E-mail: marialuizasaccol@hotmail.com.



applicability of the Living Will in Brazil, questioning its handling and possibilities, there is seen to be a little-known institute and still no legal provision. Thus, he showed up at that time the subject of application is relevant in the hospital setting and in the sphere of rights.

KEYWORDS: Autonomy of the Will. Dignity of human person. End of life. Living Will. Practical and effective.

INTRODUÇÃO

Este trabalho enfrenta a problemática da efetividade e da prática do Testamento Vital, o qual visto como um instrumento apto a auxiliar e não entrar as decisões de final de vida. A questão principal envolve a verificação de sua possível aplicabilidade prática em um contexto atual, levando em consideração a ausência de uma norma positivada que o conduza.

A discussão aqui proposta busca legitimar o Testamento Vital como instituição válida adotável pelo Ordenamento Jurídico para circunstâncias de fim de vida atinentes a pacientes terminais, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas de esclarecer questionamentos corriqueiros.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana esculpiu e dirigiu discussões acerca do conceito de extensão de vida no quadro de final de vida e na iminência de morte.

Assim, sob a ótica dos fundamentos da Norma Fundamental, bem como da Tríade de Princípios da Bioética (Beneficência, Não Maleficência e Justiça), das Resoluções do Conselho Federal de Medicina e Código de Ética Médica, buscar-se-á sustentar o Testamento Vital como um alicerce necessário para as tomadas de decisões de final de vida, as quais, geralmente, são proferidas em estado de extrema vulnerabilidade, tais como enfermidade e incapacidade. O firmamento do Testamento Vital objetiva dar segurança e respeitar a vontade do indivíduo devendo-se, portanto, perquirir o momento ideal para o seu oferecimento.

As possibilidades de alterações de disposição de vontade, seja por repensar os motivos inicialmente balizadores da decisão ou pela alteração do estado da arte da Medicina, também são tema deste trabalho. Deve-se ter em mente que o Ordenamento Jurídico brasileiro protege a autonomia privada do paciente, reconhecendo-o como pessoa capaz, havendo, todavia, circunstâncias em que o paciente modifica sua posição inicial ou vem a perder sua capacidade, devendo,



neste caso, ser representado. Assim, sua discussão se faz pertinente no meio acadêmico.

CAPÍTULO I - O TESTAMENTO VITAL, A BIOÉTICA E O QUADRO DE FINAL DE VIDA.

1.1 O Testamento Vital e o contexto bioético de final de vida.

Frente a frente com a abissal era tecnológica que se vive neste século, o ser humano busca solucionar todos os conflitos por meio da ciência. Soluções para todos os paradigmas são buscadas. Não obstante, o desafiador cenário globalizado ainda marcha vagarosamente rumo a temas vitais. Quanto à saúde e as decisões acerca do bem “vida”, entretanto, existe empenho em se analisar questões de ordem pública e privada, estabelecendo princípios correspondentes às necessidades que aparecem nesse caminho em busca de respostas.

Os problemas despertados pelas pesquisas científicas na área da saúde, especificamente nas áreas de Biologia e de Medicina, são estudados pela Bioética, na intenção de dissolver adversidades no campo ético e moral. A Bioética se demonstra convincente na investigação e resolução de casos ainda sem definição de certo ou errado, pois a vida dos seres humanos possui uma complexidade própria e geradora de ambiguidades, as quais precisam ser compreendidas para que possam ser dissolvidas por meio do diálogo e da tomada de decisão como instância final. Assim sendo,

“a bioética é um saber que surgiu para ajudar na tomada de decisões concretas que implicam a vida em geral e a saúde humana em particular. Mais amplamente, para interpretar o significado e discutir com reflexões éticas a crescente introdução de tecnologias em todos os âmbitos da vida humana e do ambiente natural” (JUNGES, 2006, p. 11).

Isso pode ser visto, por exemplo, com a execução de procedimentos tecnológicos, que obriga uma análise minuciosa das questões vitais, tais como a legitimidade moral do aborto ou da eutanásia, o consenso sobre a utilização de células tronco, as implicações da pesquisa e da prática no campo da genética, a fertilização *in vitro*, bem como o fim de vida. Todas essas questões são bioéticas, as quais, mesmo devidamente ponderadas, sempre levantam dúvidas. Não se trata de falar apenas da vida e como ela será vivida, mas também da morte e de como a vida pode e chega ao seu fim.



Este trabalho enfoca o tema de fim da vida, especificamente as relacionadas à assinatura de um Testamento Vital. Existe certa dificuldade em aceitar a morte como uma situação natural. Pacientes terminais, equipe médica e familiares podem, por estarem imersos emocionalmente, buscar artifícios para o prolongamento da vida ou desejarem o encurtamento dela, o que gera uma profunda imprecisão moral. Assim, inevitavelmente, os temas eutanásia, ortotanásia e distanásia retomam importante espaço a respeito de como deve ser tratado um paciente em estado de terminalidade.

Cada tema possui seu conceito específico e peculiaridades:

a eutanásia é ilegal no Brasil, mas aceita em alguns países, nos quais não é considerada agressão ao Direito e à moral. A distanásia é o investimento desmedido que trata de prolongar a vida a qualquer custo. A ortotanásia, por fim, identifica-se com a atitude médica de acompanhar o moribundo a uma morte sem sofrimento, sem o uso de métodos desproporcionais de prolongamento da vida, como respiração artificial e outras medidas invasivas (JUNGES, 2010, p. 276).

É indiscutível a inconstitucionalidade da eutanásia dentro das bases estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro. Tema bastante polêmico, ela é defendida por aqueles que acreditam que o doente incurável merece optar pela morte quando está sujeito a tratamentos insuportavelmente dolorosos e sem possibilidade de cura. O termo eutanásia vem do grego (*eu+thanatos*) e significa “morte indolor”. Daí a problemática do ponto: deixar que alguém opte por morrer é considerado o mesmo que matar? No Brasil e em muitos outros países, sim.

Nesse sentido, existem dois tipos de eutanásia que merecem ser classificadas para uma melhor compreensão do assunto: a eutanásia ativa e a eutanásia passiva. A ativa é aquela em que se utilizam recursos que levam o doente à morte, como a superdosagem de medicamentos ou a injeção letal. Em contrapartida, na eutanásia passiva, ocorre a morte do paciente por suspensão dos recursos necessários para que se mantenham suas funções vitais, como falta de água, tratamentos, medicamentos, etc. O que levar o paciente a uma morte dita “natural”, dentro de suas condições coevas de vida.

Vale a ressalva de que este deliberado equívoco terminológico dá lugar a numerosos eufemismos, semelhantes aos empregados durante anos pelos defensores do aborto. “Eutanásia passiva” significa deixar morrer sem cura o doente



cuja vida está prestes a findar (<<http://vida.aaldeia.net/eutanasia-passiva/>>. Acesso em 31 mar 2016).

Opondo-se ao contexto apresentado acima, existe o que nem todos conhecem, mas que infelizmente acontece (não raro no contexto hospitalar): a chamada distanásia. Ela consiste na busca da prorrogação da vida do paciente por meio de tratamentos, muitas vezes inúteis e sem perspectiva de melhora. Trata-se de uma obstinação terapêutica (termo usado na Europa) a que leva o paciente a uma morte lenta e dolorosa, sem que haja perspectiva de cura. Assim, a distanásia é considerada um prolongamento desnecessário da vida, submetendo o doente à agonia e a dores desnecessárias.

Ambas as situações são complexas e não benéficas ao doente. Nas palavras de Leo Pessini (2003):

O problema gira justamente em torno investimento terapêutico exagerado que não deixa a pessoa morrer com dignidade, porque tem que se tentar de tudo, mesmo que não há cura, na introjeção acrítica do dogma de que enquanto “*existe vida existe esperança*”.

Entre esses dois extremos apresentados, a eutanásia e a distanásia, está a ortotanásia, a qual consiste no cancelamento de qualquer tratamento artificial que prolongue a vida do enfermo que se encontra em coma ou estado vegetativo. A morte chega de forma mais natural e a ortotanásia é considerada a forma mais digna de preservar os momentos finais da vida dos seres humanos. Conforme já conceituado por Pessini, “denominam *ortotanásia*, para falar de morte digna, sem abreviações desnecessárias e sem sofrimentos adicionais, isto é, morte em seu tempo certo” (2003, p. 391). É imperativo que, para qualquer decisão quanto à terminalidade, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja respeitado. Sendo assim, este instituto é capaz de honrar tal princípio, sem que haja a abreviação da vida ou tratamentos fúteis.

A partir desses conceitos - e é indispensável ter a clara noção da diferença entre cada um deles - e das circunstâncias que serviram como viés para suas existências, a ideia de Testamento Vital surge para que se tenham pilares para trabalhar com o tema de final de vida. Surge o desafio de cuidar da vida humana e de tratar com aceitação o seu último adeus, dividindo-se em dois opostos: de um lado, a ideia de abreviação da vida como solução pontual e, do outro, a obrigação de ajudar o paciente em acabar com o sofrimento e delongar a vida. Esse paradoxo



suscitou o amparo das chamadas “diretivas antecipadas de vontade”, que são instrumentos auxiliares e garantem que os cuidados de final de vida sejam definidos de forma póstuma, a partir de um documento de manifestação de vontade feito pelo próprio paciente. Segundo Dadalto (2013, p. 518), “as diretivas antecipadas são gênero, do qual é espécie o Testamento Vital e o Mandado Duradouro”².

O Testamento Vital é um documento feito de forma escrita por uma pessoa com capacidade plena de discernimento de suas decisões. O documento tem por finalidade dispor acerca de todo tratamento ou procedimento ao qual a pessoa deseja ou não ser submetida em caso de uma doença violenta e sem boa perspectiva de vida, fora do alcance de cura ou de tratamentos eficazes. O documento serve para quando pessoa não puder mais manifestar sua vontade por si própria.

Dessa maneira, a ideia do Testamento Vital surge para lidar com a *terminalidade*. Decifrar o conceito de “paciente terminal” ainda é um tabu. Não há, dentro da ciência médica, um conceito definitivo para o termo, mas para grande parte da doutrina, o paciente terminal é aquele cuja perspectiva de vida é imutável, independentemente dos tratamentos, ou de não estar sendo tratado. O quadro irreversível é que dá a característica para este tipo de doente. Em alguns estudos recentes na área, a nomenclatura “paciente terminal” é substituída por “pacientes fora de possibilidades terapêuticas atuais”, de acordo Dadalto (2015, p. 31), na intenção de amenizar o peso que o nome carrega.

O Direito não pode bloquear ou controlar essas questões: ele deve coordená-las e dar liberdade de opção, porque o fim da vida é tão importante quanto todo o resto. Desde o dia em que se nasce até o último, é cogente o direito a decidir por si mesmo. Se não se pode falar por si, o Testamento Vital entra em cena, sem que a vontade do paciente seja manipulada.

Sendo assim, conforme enfatiza Luciana Dadalto (2008, p. 517), “o indivíduo torna-se o centro da Constituição, que agora se volta à proteção das liberdades individuais e por consequência, das diversas concepções individuais de vida digna”.

² Nas palavras de Dadalto, “o Mandando Duradouro é um documento no qual o paciente nomeia um ou mais “procuradores” que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente – definitiva ou não, quando estes tiverem que tomar decisão sobre recusa de tratamento” (2015, p.91).



É fundamental respeitar que o entendimento da matéria em questão é sensível e expressivo, suas propostas darão auxílio e preparação e irão compor as novas formas de ação. Desse modo, o Testamento Vital estruturará aquilo que já está preconizado, agregando valor ao estabelecimento das novas proposições e satisfazendo as necessidades do paciente.

Segundo Dadalto (2013, p. 519), o Testamento Vital assemelha-se ao testamento, pois também é um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, gratuito, e revogável. Todavia, distanciam-se duas características essenciais do testamento: a produção de efeitos *post mortem* e a solenidade.

Neste estudo vale ressaltar que a nomenclatura “Testamento Vital” se mostra inadequada, pois remete ao instituto jurídico do testamento patrimonial, que, segundo Pontes de Miranda (1972), citado por Dadalto (2013, p. 519) é “o ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos”. Desse modo, percebe-se a semelhança que existe entre o testamento vital e do testamento patrimonial, diante das características essenciais deste, ou seja, um negócio jurídico.

Tal qual o testamento patrimonial, o Testamento Vital é um instrumento de manifestação de vontade e, por esta razão, é também revogável. Dadalto diz que “as declarações prévias de vontade do paciente terminal são, por essência, revogáveis, razão pela qual discorda-se da fixação de prazo de validade nestes documentos” (2015, p. 190). Caso julgue como algo desnecessário, o outorgante tem o direito de revogar manifestações anteriores, se assim desejar, a qualquer tempo.

Outrossim a revogabilidade, as alterações feitas no Testamento Vital operam de igual maneira. Enquanto vivo, o testador tem integral disponibilidade, podendo modificar o próprio testamento visando ser aplicável em período oportuno *inter vivos* com efeito *causa mortis*. Assim, fica clara a ideia de garantir a dignidade humana do paciente, uma vez que o Testamento Vital avaliza segurança jurídica da forma que melhor agrade e supra as necessidades do paciente.

1.2 A dignidade da pessoa humana no final da vida x cenário da doença.

Constantemente, questiona-se acerca dos direitos do paciente em estado terminal, visto que o próprio conceito desta terminologia nos leva a crer que não existem grandes possibilidades para este tipo de enfermo: o dito irrecuperável.



Entretanto é necessário que o paciente esteja próximo da morte e fragilizado, e por assim ser, como todo ser humano, possui vontades próprias e em regra, capacidade decisória. Aqueles têm direitos fundamentais, o que na visão Bioética se reflete na aplicabilidade dos princípios da Beneficência³, Não maleficência⁴ e Justiça⁵. Tais princípios assumem, dentro do Ordenamento Jurídico, uma proporção constitucional de direitos fundamentais, dos quais a dignidade humana é corolário.

Cabe explicitar que o quadro de final de vida pode ocorrer em duas situações: dos pacientes em “estado vegetativo persistente” ou pacientes com “demência avançada”. A primeira dá o nome à situação clínica em que há a ausência total da consciência do paciente, tanto de seu *eu*, quanto do ambiente em que está inserido. A segunda é resultado de doenças crônicas incuráveis que produziram uma ou mais deficiências residuais ao enfermo, tais como a deterioração progressiva da memória e a perda substancial das funções cognitivas (linguagem, agnosia, apraxias), conforme explica Dadalto (2015, p. 34-35).

Diante dessas duas ocorrências, é possível avaliar os motivos que levam o paciente a ansiar pela morte. Não só a velhice pode colocar o ser humano em situações frágeis como estas, mas algumas doenças que chegam com a meia idade, acidentes, dentre outras situações. Assim, apresenta-se o desejo de morte desenvolvido por quadros depressivos naturais das situações de terminalidade. Os motivos que levam o paciente a querer morrer antecipadamente são o sofrimento dos tratamentos, seguidos da impossibilidade de cura, tornando a vida do paciente um calvário.

A morte é inevitável, assim sendo, a obstinação terapêutica somente resultará em uma vida saudável ilusória, jamais transformando-se em qualidade de vida. Recorre-se deliberadamente a todos os tratamentos possíveis e existentes na esperança de manter ao menos a aparência de vida e, sem que se perceba, essa submissão aos cuidados paliativos acaba transgredindo a dignidade humana:

³ “O princípio da beneficência refere-se à obrigação moral de agir em benefício de outros” como mencionam Beauchamp e Childress (2002, p. 282).

⁴ O princípio da Não maleficência é muito parecido com o da Beneficência, mas os dois não podem ser confundidos, aquele se trata de um princípio referente à obrigação de não prejudicar alguém. Beauchamp e Childress esclarecem: “frequentemente tratadas na filosofia moral como não sendo nitidamente distinguíveis, combiná-las num mesmo princípio obscurece distinções relevantes” (2002, p. 210).

⁵ No viés do princípio da Justiça, interpreta-se, conforme Beauchamp e Childress, como um tratamento justo, equitativo e apropriado (2002, p. 352).



Fundamentalmente a distanásia distorce objetivos da medicina, pois reduz a vida pura e simplesmente à sua dimensão biológica, e ao encarar a morte como inimiga nega a dimensão de mortalidade e finitude, características constitutivas dos seres humanos (GARRAFA; PESSINI, 2003, p. 400).

Como já mencionado no item 1.1, a abreviação da vida por meio da eutanásia não é uma opção dentro do Ordenamento Jurídico brasileiro. Existe, porém, o conceito de autonomia da vontade, respeitado na hora de examinar a tomada de decisão quanto à saúde de qualquer sujeito humano. No sentido de direito de liberdade e de individualidade, tem-se, com Beauchamp e Childress, o destaque de que a *autonomia de vontade* deve ser “adequada para identificar aquilo que é protegido pelas regras de consentimento informado, recusa informada, veracidade e confidencialidade” (2002, p. 138), que é frequentemente colhida nos hospitais como expressão individual da vontade do paciente.

Sem dúvida, o tema da Autonomia da Vontade é um elemento que encontra ressonância na ideia de um Estado Democrático de Direito é marcado pela legitimação dos poderes e garantias individuais auferidas aos cidadãos e, justamente por isso, o indivíduo torna-se comparsa naquilo que lhe diz respeito. Sob esta ótica, a formação de ideias individuais que tenham a intenção de beneficiar o ser humano, dentro desta esfera, será ratificada.

Importante esclarecer que o correto não é atribuir a decisão de como será a experiência de morte de cada paciente ao médico, aos familiares, à lei ou ao judiciário, embora isso possa estar acontecendo na ausência de um Testamento Vital ou na sua interpretação equivocada. Dessa maneira, a própria pessoa terá autonomia para definir o que quer para si, tendo como base o Princípio da Autonomia da Vontade.

Sustenta-se que a Autonomia de Vontade enaltece e fortalece o sentido do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no panorama de final de vida. Reforçando esse pensamento, Dadalto (2015) expressa que “a autonomia privada não pode ser analisada em separado do princípio da dignidade da pessoa humana, alçado à condição de princípio fundamental da Constituição da República do Brasil”.

É bastante difícil preservar a Autonomia tendo em vista a inconsciência que se evidencia no quadro clínico, e quando, nessas situações, passa-se o uso desta prerrogativa a terceiros. Entende-se que é possível ampliar o conceito de autonomia, atrelando-o a um elo familiar, protegendo e resguardando a Autonomia, na medida



em que se escolhe passá-la a outra pessoa quando, por assim dizer, não puder tomar suas próprias decisões. Então, o familiar passa a expressar, da forma mais afinada possível, a vontade do indivíduo.

A Autonomia da Vontade é expressão da Dignidade Humana neste cenário, uma vez que o paciente deve poder fazer suas escolhas como qualquer cidadão que esteja à margem do Ordenamento Jurídico brasileiro. E esse paciente também é titular de direitos e deveres, independentemente de sua situação de saúde, sendo assegurado por esta via com previsão.

Tendo como escopo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que deu origem aos demais direitos fundamentais, o Princípio da Autonomia da Vontade, de acordo com Durand, “certamente é visto como um dos direitos mais importantes em nossas sociedades dominadas por uma forte corrente individualista” (2003, p.35) e suas exigências vêm construindo alicerces e fundamentando o movimento bioético desde seus primórdios. Em suma, a necessidade de decisão privada a ser tomada em situações de terminalidade marca espaço para o firmamento do Testamento Vital.

A terminalidade sempre foi observada pela ótica patrimonial trazida pelo Código Civil Brasileiro. Nessa lógica, restringia-se a um negócio jurídico com efeitos *causa mortis*. É verdade que o testamento assemelha-se muito com Testamento Vital, porém, faz-se aqui um adendo quanto à solenidade e a eficácia deste segundo item. As diferenças existem, mesmo que ainda não bem divulgadas, e ultrapassam a questão da nomenclatura dos institutos, criando força dentro do campo da ética médica e do biodireito.

No Brasil, ainda não há uma legislação reguladora da questão, e por isso se faz tão bem-vinda a discussão sobre a vida de um portador de doença terminal sob a ótica cuidadosa da bioética. Para tanto, abre-se um espaço, devido ao pluralismo cultural e democrático em que a sociedade brasileira se insere, a primar pela observância das garantias e dos direitos individuais.

Dessa maneira, tais pautas vêm sendo objeto de atenção da comunidade jurídica, em que pese tamanha escassez de normas, jurisprudências e doutrina, não havendo, por conseguinte, uma formalidade específica a este respeito. Todavia, o aprofundamento neste tópico tem se mostrado bastante elucidativo, buscando no oferecimento de um Testamento Vital como ato de declaração prévia de vontade, uma solução satisfatória.



Para o oferecimento do Testamento Vital, é recomendável que o paciente já tenha conversado com seus familiares e seu médico, bem como um advogado especialista, havendo apenas três requisitos formais: a) a capacidade, dentro dos critérios do Código Civil de 2002; b) o registro, mesmo que não se tenha nenhum tipo de legislação a respeito, aconselha-se que o Testamento Vital seja lavrado por escritura pública a fim de garantir sua eficácia; e c) seu prazo de validade, determinado pelo próprio paciente por meio da revogação.

Em linhas gerais, com o firmamento do Testamento Vital, são preservados a opinião e os desejos do paciente no que lhe concerne seus últimos momentos. O conteúdo deste documento gira em torno do aceite e da recusa de tratamentos, bem como da disposição quanto à doação de órgão e à nomeação de representantes:

Quanto às disposições de recusa e/ou aceitação de tratamentos, para serem válidas frente ao ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispor acerca da recusa dos cuidados paliativos, vez que estes são garantidores do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, do direito à morte digna bem como por afrontarem a própria filosofia dos cuidados paliativos, que orienta a prática médica no tratamento de pacientes terminais no Brasil. (<<http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>>. Acesso em: 07 abr. 2016)

Muito embora se resguardem limitações à autonomia do paciente advindas das limitações enquadradas no Ordenamento Jurídico brasileiro atual (levando em conta proibições de tipicidade criminológica de algumas práticas), os direitos individuais sofrem um processo de modernização e atualização. A conscientização quanto ao uso do Testamento Vital se desenvolve diretamente à renovação da importância figurada pelos direitos individuais.

O uso do Testamento Vital não é ilimitado. Ele faz a balança entre a vontade do enfermo e as suas possibilidades, respeitando a sua autodeterminação e o conceito de Dignidade Humana positivado na Constituição Federal da República. Fica resguardada a valorização de sua decisão como paciente dos momentos de final de vida – doença em fase terminal, doenças crônicas, estado vegetativo e demência avançada – e é crucial a atenção para as mudanças que motivam o tema e geram inquietações.

CAPÍTULO II - O TESTAMENTO VITAL: PRÁTICA E EFETIVAÇÃO.



2.1 O surgimento do Testamento Vital e sua aplicabilidade no Brasil.

A prática e efetivação do Testamento Vital vêm se dando aos poucos. Têm-se várias experiências estrangeiras, tais quais relata-se aqui apenas a portuguesa, pela proximidade histórica.

Segundo Dadalto (p. 134 e 135):

para o Brasil, as discussões portuguesas são importantes não muito pelo conteúdo – vez que, em linhas gerais, a lei e as discussões não apresentam nenhuma inovação do que já existe nos Estado Unidos e na Espanha –, e sim pela proximidade histórica com Portugal.

Muito embora seja perfeitamente possível aprender com a aplicação do mesmo em outros países, foca-se aqui na experiência portuguesa, por aquele motivo, a fim de que se possa ter embasamento para a concretização do tema no copilado de normas jurídicas brasileiras para um futuro breve.

Vale a ressalva de que, inicialmente, o primeiro país a aplicá-lo foi os Estados Unidos. Surgiu em meados de 1960, com a expressão “*living will*” um modelo de Testamento Vital criado pela Sociedade Americana para a Eutanásia, que buscava documentar tratamentos aos quais os pacientes viriam a ser submetidos, como uma medida protetiva antecipada. Nesta época, o Ordenamento Jurídico Norte americano ainda proibia a eutanásia e o suicídio assistido, mas dava o poder de escolha ao paciente.

O primeiro modelo de *Living Will* foi proposto por Luiz Kutner⁶, em 1969, como frisa Dadalto, “cujo raciocínio mostra o consentimento livre e esclarecido” e neste documento era possível que se incluísse “uma cláusula ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) assinado para a realização de cirurgias ou procedimentos mais radicais, manifestando sua recusa a tratamentos caso sua condição se torne incurável” (2015, p. 106).

Posteriormente, o tema veio se expandindo, ganhando espaço para discussões a partir de casos evidenciados na esfera internacional com grande importância e que deram ensejo a debate do assunto em caráter privado.

Dentre os países europeus que passaram a fazer o uso desta ferramenta, em Portugal fundou-se, em 2002, a Associação Portuguesa de Bioética (APB), que atua na inquirição e agenciamento da Bioética, a caráter de difundi-la no Estado. A APB vem trabalhando na regulamentação das diretivas antecipadas de vontade, lançando

⁶ US human rights activist and creator of the living Will. The Editors of the Encyclopaedia Britannica Disponível em <<http://global.britannica.com/biography/Luis-Kutner>>. Acesso 30 maio 2016.



importantes documentos acerca da bioética. Criou-se a partir daí o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV).

A experiência portuguesa marca fundamentos legais em sua constituição nacional, especialmente no que tange à consideração da autonomia do paciente e a nomeação de um procurador de cuidados de saúde, e sua legislação “inova ao estabelecer um prazo de eficácia de cinco anos para o documento, em clara demonstração de contrariedade à natureza revogável das DAV” segundo Dadalto, explicando também o porquê da acuidade de um registro como o RENTEV (2015, p. 134).

Hoje em dia, o Testamento Vital assumiu uma face dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, via Conselho Federal de Medicina. Não existe ainda uma lei específica que trate do tema, bem não há nenhuma resolução que disponha sobre pacientes em situação de terminalidade nos termos do Conselho Federal de Medicina. Contudo, na Resolução nº 1805 do CFM, que tem caráter normativo e fora aprovado pelo Código de Ética Médica, constam limites e permissões ao médico perante o enfermo em estágio terminal.

Em seu artigo 1º, fala que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal. De enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

Nesse sentido, é preciso ter clareza sobre o sentido e dimensão das palavras empregadas, pois, esta resolução tão somente orienta a comunidade médica acerca do tratamento natural a ser adotado quando o paciente despede-se da vida. Muitos equívocos foram gerados com grande alvoroço nos tribunais brasileiro, justamente porque se compreendeu que, sem qualquer cuidado ou fundamentação, os médicos estariam autorizados a dar termo a pacientes, provocando ou até acelerando sua morte.

Vale a ressalva que, no artigo 2º, consta ainda que “o doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”. Ou seja, o paciente não será desassistido e sim cuidado, afirmar o contrário seria, inclusive, contrariar o próprio Código de Ética Médica.



É importante dizer que o Testamento Vital tem validade sim no Brasil. A ausência de legislação especial não diminui sua validade, porque existem outros tipos de normas que exercem a função reguladora da questão. Para Dadalto, “uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais concede aparato para a defesa da validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no Ordenamento Jurídico brasileiro” (2013, disponível em: http://www.ub.edu/fildt/revista/rbyd28_art-dadalto.htm). Acesso em 17 mai 2016), o que o torna apto a produzir efeitos.

Assim, como já dito, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana do art. 1º da Constituição Federal e o princípio da Autonomia do art. 5º, garantias fundamentais da Norma Fundamental, configuram lineamentos suficientes para dar validade a este documento no âmbito jurídico brasileiro. Através desses, e da Resolução do CFM em acordo com o CEM, o Testamento Vital tornou-se aplicável no Brasil.

2.2 Exemplos práticos e o oferecimento do Testamento Vital.

Como ainda muito recente e pouco divulgada, essa ferramenta é raramente utilizada. O que se busca é a maior publicidade quanto a todas as suas possibilidades, com o intuito de garantir ao paciente que seus desejos sejam atendidos ao final de sua existência, de acordo com aquilo que ficou estipulado na declaração prévia de vontade. Bem como, a classe médica, os profissionais da saúde e os familiares do paciente são assegurados na existência de um Testamento Vital. Nenhuma decisão será tomada levemente com tais diretivas previamente estipuladas.

No encaminhamento da conscientização acerca da matéria Testamento Vital, as pessoas precisam saber que esse instrumento jurídico está à disposição de qualquer um que necessite ou simplesmente tenha interesse, e as declarações precisam estar esclarecidas sobre o momento adequado, a dimensão, o que é possível dentro do acordo, à existência de cuidados paliativos, dentre outros.

A interpretação da manipulação de tratamentos para as diferentes realidades no quadro de fim de vida depende não só do entendimento médico perante a doença, mas da vontade irrevogável do paciente. Em 2005, nos Estados Unidos, o caso de Terri Schiavo movimentou a mídia mundial. Terri Schiavo permaneceu em estado vegetativo por 15 anos, em razão de um dano cerebral severo, quando morreu de inanição em março de 2005, aos 41 anos.



Exemplifica-se com o caso Terri porque durante sua vida em situação de vegetatividade, um penoso conflito familiar surgiu entre seus pais e seu marido, envolvendo também a Justiça do Estado da Flórida e o representante executivo do estado, a fim de que se definisse como iria se dar a situação médica de Terri, que se encontrava conectada a tubos de alimentação para sua sobrevivência. Todos brigavam pela legitimidade da tomada de decisão quanto à vida/morte de Terri Schiavo.

A polêmica se fia na suposição das escolhas que ela faria caso estivesse em condições de eleger. Seu marido era seu tutor legal e insistiu que a remoção do tubo de alimentação seria a escolha que ela faria se estivesse em plenas condições de optar. Seus pais, em contrapartida, diziam que ela escolheria prosseguir com aqueles cuidados, no incansável intento de manter-se viva. Analisando cuidadosamente a sobrevivência de Terri Schiavo, se questiona qual o valor da vida de cada um de nós ante todos os outros e onde andaria a ideia de autonomia. “Os acontecimentos em torno do caso Terri Schiavo apontam para dilemas e conflitos éticos difíceis na hora de decidir ante situações envolvendo pacientes inconscientes” (PESSINI, 2005, p. 71).

Percebe-se que existem sérias dúvidas aos inferir a real solução para um caso dramático e de tamanha amplitude midiática, vez que na época não se buscou a autodeterminação por uma questão cultural e temporal. Desta maneira, a conscientização quanto ao uso do Testamento Vital busca minimizar os conflitos e avaliar respaldo decisivo ao médico e segurança ao paciente.

Em 2014, também nos Estados Unidos da América, a história de Brittany Maynard comoveu o mundo. A jovem e recém-casada Brittany foi diagnosticada, em Janeiro daquele ano, com câncer cerebral letal. Os médicos renunciaram muitas dores, sofrimento e impossibilidade de cura. Perante o quadro iminente, Brittany chegou à conclusão de que não queria mais viver, apoiada pelo marido e pelos pais.

Na metade do mesmo ano, a fim de realizar seu intento, mudou-se para Portland, capital do Estado de Oregon. Lá o suicídio assistido é legalizado desde 1997, sendo um dos cinco Estados norte-americanos em que esta prática é legal. No dia 1º de novembro do mesmo ano, Brittany faleceu, tomando um coquetel de barbitúricos em dosagem adequada para seu fim, com prescrição médica.

A notícia de sua morte chegou à mídia por meio de uma organização que lhe dava apoio, a chamada “*Compassion and Choices*” (*Compaixão e Escolhas*). O caso



repercutiu no mundo todo, ensejando discussões ante a escolha da jovem e o contexto em que se inseria. Como comentam Pessini e Hossne, “a cultura norte-americana cultua a autonomia e autodeterminação pessoal em altíssimo grau” (2014, p. 468) e este caso sugestionou equívocos quanto à verdadeira forma de autodeterminar-se do ser humano na sociedade moderna.

Os questionamentos éticos com relação à desvalorização da vida apareceram junto ao caso, desde seu início. Nesse sentido, o direito vem para resguardar a dignidade da pessoa, emergindo o direito a morte digna, e tratando do ser humano como um objeto de contrato, e não como uma das partes contratantes. As implicações são sérias; para tanto, Pessini e Hossne criticam: “no caso de Brittany, tudo isso é trabalhado com uma estética cinematográfica perfeita, num verdadeiro melodrama hollywoodiano” e fazem uma ressalva “perguntamos: a tão propalada liberdade de escolha tão preciosa e ciosamente defendida pelos que são pró-suicídio medicamente assistido, estaria preservada nesse contexto, sem qualquer tipo de coerção?” (2014, p. 468).

Trazendo os fatos à comparação com a realidade que se vive no Brasil, percebe-se que tal medida – o suicídio assistido – não tem fundamentos éticos e morais dentro da esfera cultural brasileira. Isso porque, acredita-se, dentro do conceito de Dignidade da Pessoa Humana trazida pela Constituição Federal de 1988, que ao falar em “dignidade”, deve-se respeitar a vida, sem que se apele à sua abreviação prematura.

É importante que se observe que “o conceito de dignidade é polissêmico e carrega em seu bojo diferentes significados de valores éticos.” (PESSINI, 2004, p. 66). Existem embates e opiniões divergentes sobre, mas deve prevalecer o respeito ao pluralismo moral. A diversidade cultural traz a necessidade de reflexão no campo da bioética, dando atenção a todo tipo desconexão de hábitos, ideologias políticas e cizânia social e econômica. Completa-se ainda “estamos frente a uma visão secularista que valoriza e radicaliza a liberdade e a autonomia pessoal, elegendo a pessoa como a única protagonista do processo vida/morte” (PESSINI, 2004, p. 66).

A insistência de trazer o Testamento Vital efetivamente para dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro fundamenta-se por casos como estes ilustrados no trabalho, em que paira a incerteza, na intenção de se resguardar direitos futuros ao enfermo, aos seus familiares e à equipe médica.



A batalha daquele que não responde mais por si próprio não é vivida apenas pela família, mas também os médicos, que encontram limitações em situações como essas. Historicamente, o veredito do paternalismo médico foi soberano em muitas deliberações acerca do quadro de final de vida dos pacientes. Atualmente, com o propósito de respeitar os princípios da Autonomia da Vontade e da Dignidade da Pessoa Humana nessa conjuntura, o Conselho Federal de Medicina transformou-se em instrumento que representa a autonomia do indivíduo, bem como limita a atuação médica, para pacientes terminais. Os médicos fazem resguardo ao Testamento Vital para tomar decisões e não se responsabilizarem de todo pelos fins, uma vez que existem determinações premeditadas pelo paciente. Desta forma:

“Impinge verificar que o paciente terminal deve ser tratado de modo digno, recebendo cuidados paliativos para amenizar o sofrimento, para assegurar-lhe qualidade de vida, pois o ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica. Assim, a aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa, razão pela qual alguns doutrinadores afirmam que o paciente pode apenas recusar os tratamentos extraordinários, que visam apenas prolongar a vida, corroborado pelo Conselho Federal de Medicina na edição do no CEM” (DADALTO, 2013).

No Brasil ainda não existe nenhum projeto de lei que trate exclusivamente sobre as diretivas antecipadas de vontade. Porém, além dos princípios da Constituição Federal que regem tais questões no Brasil, em 2012 foi aprovada pelo Conselho Federal de Medicina a Resolução nº 1995, que trata especificamente deste tema. Essa resolução não tem força de lei, já que o CFM não é competente para legislar, segundo Dadalto (2015, p.164). Todavia, o registro das diretivas antecipadas em cartório de escritura pública é aconselhável, já que assim garante segurança jurídica.

Em 2012, o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador da República do Estado de Goiás, Ailton Benedito de Souza, ajuizou uma Ação Civil Pública⁷ propendendo averiguar ilicitudes presentes na Resolução nº 1995 de 2012 do CFM. O que restou comprovado foi o desconhecimento absoluto do Procurador em relação ao conteúdo das diretivas antecipadas e da competência do CFM.

⁷ Agravo de Instrumento com pedido de liminar de Antecipação de Tutela Recursal, autos nº 1039-86.2013.4.01.3500, interposto pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás em face do Conselho Federal de Medicina.



É verdade que o Testamento Vital ainda é uma matéria muito incipiente no Brasil. Contudo, exemplos mundiais que levaram outros países a discutirem sua aplicabilidade e efetivação repercutiram, embora sem a mesma voracidade, em discussões no território brasileiro, porque a ideia é justamente evitar que casos problemáticos sobrevenham sem a devida precaução jurídica. No Brasil não se tem nenhum caso de grande repercussão, mas analisa-se a experiência de outras nações, culturas e ordenamentos jurídicos diversos.

É, portanto, um trabalho árduo levar à sociedade a compreensão ao que é morrer com dignidade e que existe a possibilidade pacífica de escolher o que se quer para si, por meio do Testamento Vital. Ainda crua, mas de suma importância, a temática Testamento Vital se insere aos poucos no cotidiano brasileiro. Daí vem a necessidade de desmistificar conceitos caducos, para implementar a Bioética Liberatória⁸ e o Direito de serem feitas opções conscientes quanto ao fim da vida. O Testamento Vital vem para nutrir a afirmação do valor da vida, do respeito para com ela e do cuidado.

CONCLUSÃO

Este trabalho, de cunho eminentemente interdisciplinar, permite visualizar que não se pode fixar a resolução da problemática atinente ao final de vida, somente à área da saúde ou a área social aplicada. Trata-se, inclusive, de uma matéria cujo tratamento e compreensão necessita ser trabalhada e discutida não só entre áreas de conhecimento correlacionadas, mas entre profissionais destas várias áreas, pacientes e familiares.

A Bioética, como demonstrado, é uma disciplina nova que surge para que se reflita acerca do bem jurídico “vida”, e o Direito precisa mergulhar nas categorias conceituais, com o propósito de atuarem em conjunto. Muito embora se trate dos direitos inerentes à todo ser humano, tem-se a necessidade de buscar a Bioética para que bons resultados sejam obtidos em matéria multidisciplinar.

Ainda é um desafio elaborar um plano de Testamento Vital que apresente um cunho liberatório e instrutivo. Isso porque o maior desafio está na ética, no adeus à vida de forma alinhada com a sua dignidade e tendo em vista o contexto social em

⁸ HOSSNE, William Saad; PESSINI, Leocir. Do Imperativo bioético ao credo bioético. Revista Bioethikos, Centro Universitário São Camilo, 2011. Disponível em <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/87/editorial-p.pdf>>. Acesso em 30 mai 2016.



que cada caso está inserido. Esses desafios são enfrentados corajosamente, não só na reflexão dos temas bioéticos, mas na implementação de regras, normas ou meios de se buscar o auxílio jurídico para solucionar as discrepâncias aqui encontradas.

De outro modo, também é um desafio, conscientizar as pessoas para uma abertura das possibilidades, considerando o desafio deste tema e sua dimensão de estar se tratando com pessoas que estão emocionalmente abaladas. Isso demonstra o quanto os órgãos de ponta do poder judiciário e órgãos preservativos da classe jurídica precisam se apropriar das outras áreas de conhecimento.

Não se trata, sem dúvida, de uma falta de gerência sobre o poder médico, mas sim de uma possibilidade de pacificar questões para todos os envolvidos em determinado caso (paciente, familiares, médico, advogado, etc.).

Lidar com a vida é um aprendizado, lidar com a morte é um desafio. E este desafio exige máxima delicadeza e atenção. Daí a necessidade de expandir o campo de abordagem do Testamento Vital para além das dimensões biomédicas e hospitalares. Trazê-las para a psicologia, pedagogia e para o meio jurídico, a fim de tornar eficaz sua existência como manifestação de vontade, bem como analisar a implementação ocorrida em outros países.

O Testamento Vital é um instituto garantidor a partir do momento em que possibilita a decisão e as alterações quanto a tudo o que está sendo englobado. Portanto, é possível que se pratique a Bioética de forma correta, utilizando-se de um meio adequado para tal finalidade, como o de que se trata este trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACKES, Vanessa. CREMONESE, Cleber. JUNGES, Roque José. **Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia.** Revista Bioética, 2010. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/743388-Reflexoes-legais-e-eticas-sobre-o-final-da-vida-uma-discussao-sobre-a-ortotanasia.html>>. Acesso em 25 abr. 2016.

BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica.** São Paulo: Editora Loyola, 2002.

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000.

DADALTO, Luciana Penalva. **As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro.** Revista Bioética, 2013.



DADALTO, Luciana Penalva. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)**. Revista de Bioética y Derecho, Universitat de Barcelona, n. 28, Maio de 2013. Disponível em: <http://www.ub.edu/fildt/revista/rbyd28_art-dadalto.htm>. Acesso em 17 de Maio de 2016.

DADALTO, Luciana Penalva. **Testamento vital**. São Paulo: Atlas, 3ª edição, 2015.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos**. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo, 2003.

_____. Tribunal Regional Federal do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento do Processo Originário nº 1039-86.2013.4.01.3500. Procurador da República: Aílton Benedito de Souza. Julgamento: Abril de 2013. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/agravo-de-instrumento-resolucao-CFM-1995.pdf>>. Acesso em 19 mar 2016.

GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leocir. **Bioética: Poder e Justiça**. São Paulo: Editora Loyola, 2003.

HOSSNE, William Saad; PESSINI, Leocir. **O adeus (in)digno de Brittany Maynard?!** Revista Bioethikos, Centro Universitário São Camilo, 2014.

JUNGES, Roque José. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Editora Loyola, 2006.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital - o direito à dignidade**. São Paulo: Matrix, 2013.

MARTIN, Jerônimo José. **Eutanásia Passiva**. Disponível em: <<http://vida.aaldeia.net/eutanasia-passiva/>>. Acesso em 31 mar 2016.

MARCONI, M. H. LAKATOS, E.M. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas. 2009.

PESSINI, Leocir. **Dignidade Humana nos limites da vida: reflexões a partir do caso de Terri Squiavo**. Simpósio, Revista Bioética, 2005.

PESSINI, Leocir. **Eutanásia: Por que abreviar a vida?**. São Paulo: Editora Centro Universitário São Camilo, 2004.

RESOLUÇÃO nº 1.805/2006 de 28 de novembro de 2006. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 14 abr 2016.

Testamento Vital. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>>. Acesso em 07 abr. 2016.