

**AUTONOMIA EM FACE DO DIREITO DE MORRER: UMA  
ABORDAGEM DO TESTAMENTO VITAL NO DIREITO  
BRASILEIRO**

**AUTONOMY IN FACE OF THE RIGHT TO DIE: A NEW APPROACH  
OF LIVING WILL IN BRAZILIAN LAW**

**Bárbara Rodrigues da Rocha<sup>1</sup>**

**RESUMO**

Por circunstâncias diversas, uma pessoa pode ter interrompida a sua capacidade de expressar suas necessidades vitais básicas, sendo considerada impossibilitada de deliberar sobre as condições as quais pretende morrer. Esses pacientes são submetidos a tratamentos intensos, como a utilização de aparelhos artificiais, cujo final inócuo os médicos já conhecem, constituindo-se, pois, em uma manutenção da vida, independentemente do sofrimento que venha a ocasionar a este e a seus familiares. A solução para essa realidade observada constantemente nos hospitais é a assinatura do Testamento Vital, estipulando a vontade do indivíduo e possibilitando a renúncia a determinados tratamentos ou práticas medicinais. Porém, diante da ausência de legislação pátria (apesar dos avanços alcançados pelo Conselho Federal de Medicina, como a recente Resolução 1.995/2012), os pacientes que se encontram em estado de irreversibilidade estão com sua autonomia mitigada, permanecendo dependentes diuturnamente de uma máquina, impossibilitados de uma morte naturalmente digna. Dessa forma, o objetivo do trabalho é verificar a admissibilidade do Testamento Vital na ordem constitucional e civil brasileira. Para tanto serão analisadas a amplitude do direito à vida, do princípio da dignidade da pessoa humana e liberdade previstos na Constituição Federal de 1988, além de analisar a necessidade para sua inserção na legislação civil. O estudo relacionou a autonomia da pessoa com o direcionamento estabelecido pela Bioética, concluindo pela legitimidade do Testamento Vital, asseverando especialmente a necessidade de se privilegiar a autonomia da pessoa quanto à escolha entre morrer dignamente ou receber um tratamento que prolongue inútil e indefinidamente a sua existência.

**Palavras-chave:** Testamento Vital. Morte . Dignidade da Pessoa Humana

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, especializanda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC.

## ABSTRACT

In different circumstances, a person may have interrupted their ability to express their basic living needs, and is considered unable to decide on the conditions which intends to die. These patients are undergoing intense treatments such as the use of artificial appliances, whose innocuous final doctors already know, becoming therefore in a lifetime maintenance, independently of the suffering it will cause to the themselves and their families. The solution for this reality constantly observed in hospitals is the signing of the Living Will, stating the individual's will and allowing the waiver of certain treatments or medicinal practices. However, in the absence of homeland legislation (despite advances by the Federal Council of Medicine, as the recent Resolution 1995/2012) patients who are in a state of irreversibility are mitigated with their autonomy, remaining dependent on a machine, prevented a naturally dignified death. Thus, the objective is to verify the admissibility of Living Will in Brazilian civil and constitutional order. Therefore, will be analyzed the amplitude of the right to life, the principle of human dignity and liberty under the Constitution of 1988, in addition to analyzing the need for their inclusion in the civil law. The study related to autonomy of the person with the direction established by Bioethics, concluding the legitimacy of the Living Will, asserting especially the need to focus on a person's autonomy regarding the choice between dying with dignity or receive a treatment that prolongs indefinitely and pointless their existence.

**Keywords:** Living Will. Death. Human Dignity

## INTRODUÇÃO

O direito à vida constitui direito fundamental básico. A Constituição Federal de 1988 contempla em seu artigo 5º, a inviolabilidade deste direito. Por outro lado, médicos lidam diariamente com os desafios e os questionamentos dos seus pacientes, que desejam por fim a manutenção da vida quando esta se mantém apenas por meios artificiais.

Diante desta realidade, discute-se a validade do chamado “Testamento Vital”. O Testamento Vital ou declaração de vontade antecipada consiste no documento produzido por uma pessoa, em sua plena capacidade psíquica, por meio do qual instrumentaliza sua vontade previamente, para dispor acerca dos tratamentos e intervenções médicas que desejaria submeter-se ou não, no caso de uma eventual doença que a impossibilite de manifestar-se autonomamente, ou seja, é um instrumento para a deliberação das condições pelos quais cada pessoa pretende morrer.

O direito brasileiro em nada dispõe sobre o Testamento Vital<sup>1</sup>, portanto a discussão sobre o tema perpassa pela relação entre o direito à vida e os princípios constitucionais da autonomia e da dignidade da pessoa humana.

Nas relações privadas, a idéia da autonomia remete à liberdade na tomada de decisões do indivíduo. Questiona-se, entretanto, se essa autonomia abrange o direito da pessoa, em sofrimento físico irreversível, de deliberar sobre a manutenção ou não da própria vida. E no caso afirmativo, qual a extensão do mencionado direito. Discute-se ainda sobre o papel e responsabilidade do médico quando o paciente tiver manifestado previamente sua vontade acerca do momento em que pretende encerrar o seu tratamento de saúde.

Para tanto, faz-se necessário analisar os princípios constitucionais e os princípios bioéticos relativos ao tema, bem como o conteúdo da resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina - CMF que regulamentou parte do assunto.

Em suma, o presente artigo importa em verificar a necessidade da validação do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro, pois é por meio deste instrumento que a pessoa poderá manifestar sua vontade de prolongar ou não sua vida em situações em que não se deseja prolongar tratamentos procrastinatórios.

## **1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO TESTAMENTO VITAL**

As situações que envolvem a instituição do Testamento Vital no Direito brasileiro ensejam muitas divergências, uma vez que a ausência de regulamentação quando se trata de disposição de vontade relativa à aplicação de terapias médicas necessita da superação de alguns pontos controversos através de uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais relativos à vida, à dignidade da pessoa humana e à autonomia de vontade nas relações privadas.

---

<sup>1</sup> Apesar da falta de legislação sobre o instituto, o Conselho Federal de Medicina editou em 2012 a Resolução nº 1.995, validando o Testamento Vital, a qual será oportunamente analisada.

Inicialmente é importante destacar a diferenciação básica entre regras e princípios constitucionais, que são as espécies do gênero normas constitucionais.

As regras são determinadas pelo seu pouco teor de abstração, sempre impondo condutas a serem cumpridas pela sociedade, como no caso da proibição da prisão civil por dívidas, ou seja, elas têm uma aplicabilidade direta diante de casos concretos.

Já os princípios apresentam um alto grau de abstração, sendo amplamente aplicados porque são equiparados a normas. No caso do legislador se deparar com um conflito, através de uma ponderação é permitida a sustentação de ambos os princípios dentro do ordenamento jurídico, ao contrário das regras que exigem uma tomada de posição e situações que exigem sua aplicabilidade imediata. Assim, segundo Adilson Josemar Puhl: (2005, p. 93):

Destarte, havendo conflito entre princípios, esse fato, por si só, não leva à invalidade de um deles, ou mesmo à solução mediante uma cláusula de exceção como ocorre no conflito entre regras. A solução para a referida antinomia de princípios estaria na avaliação de peso que cada um deles teria no caso concreto.

Porém, outra forma de diferenciação das espécies de normas jurídicas se dá através dos cinco aspectos considerados pelo jurista J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1.160 -1.161):

a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado: de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex., princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex., princípio do Estado de Direito); d) proximidade da ideia de direito: os princípios são 'Standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; f) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Nesse sentido, configura-se que no confronto entre as normas jurídicas é que se demonstra a principal distinção entre princípios e regras, na medida em que, nas regras, se a situação jurídica ocorrer, ela comporta ou não a aplicação desta, não se admitindo ponderações.

Ao contrário, os princípios não determinam se algo deve ou não ser realizado, mas que deve ser realizado da forma mais igualitária dentro das possibilidades fáticas e jurídicas para que haja a solução dos conflitos normativos, conforme preceitua Robert Alexy (2008, p.90-91):

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Diante do que foi exposto, percebe-se que a importância da utilização dos princípios constitucionais na análise do Testamento Vital está na existência de lacunas que carecem de uma otimização e ponderação, ante a existência de princípios aparentemente conflitantes entre si.

## **2.1 Direito à Vida, Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia nas Relações Privadas.**

O direito à vida é amplamente definido em qualquer ordenamento jurídico, sendo por este motivo que a Constituição Brasileira estabelece logo em seu artigo quinto tratar-se a vida de um bem inviolável, conforme vaticina o dispositivo, assim grafado: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida”.

Assim, o princípio da inviolabilidade do direito à vida, apesar de ser considerado um dos direitos fundamentais de primordial importância, não se deve aduzir preliminarmente como uma obrigatoriedade da permanência da vida a qualquer custo, posto que se deve considerar a dignidade da pessoa em sua essência, ou seja, as condições de viver com o mínimo de decência.

O direito à vida, para muitos, é um obstáculo à morte digna, o que leva muitos indivíduos a acreditar que a morte deve ocorrer somente de forma natural, sem qualquer intervenção de terceiros, independentemente do estado paciente.

Entretanto, de outro lado, posicionam-se aqueles que entendem que a vida é uma disposição particular de cada indivíduo, tendo este total liberdade para dispor sobre seu próprio corpo, inclusive na decisão de quando e como deve morrer.

O Estado, por sua vez, deve assegurar ao indivíduo que ninguém atente sobre sua vida, mas não cabe ao mesmo ditar se este deve permanecer vivo ou não, em quaisquer circunstâncias, pois o direito de morrer dignamente é restrito à pessoa, sendo destinado ao poder estatal apenas garantir as condições mínimas para o desenvolvimento do ser humano.

Assim, a interpretação do direito à vida dever ser realizada no sentido de conferir aos destinatários da norma uma proteção cada vez maior e de não suprimir sua liberdade de manifestação de vontade, cabendo àqueles dispor livremente de seus bens e direitos.

O ordenamento pátrio assegura ser a vida um bem absoluto, mas podendo ela ser em determinadas situações relativizada, pois a legislação infraconstitucional admite casos em que esta assume papel secundário diante de outros bens jurídicos relevantes.

O vigente Código Penal, ao admitir o aborto nos casos do artigo 128, inciso I, de risco de vida para a gestante e quando a gravidez é fruto de estupro, sobrepeça vida x vida, permitindo a supressão da vida humana, diante desses casos excepcionais.

Outro dispositivo do código penal que atenta para essa relativização do valor da vida é o que dispõe sobre a não punição dos crimes praticados em estado de necessidade e legítima defesa, em que se pode sacrificar uma vida em benefício de outra, só por esta estar em perigo ou por repelir uma injusta agressão ao seu direito. Então, como se pode considerar que a abreviação do sofrimento do paciente em situação irreversível é equivalente a um homicídio, se este, apenas não suportando mais as dores físicas decorrentes da moléstia, decide-se pelo fim menos traumático?

Como vimos, a posição do Código Penal atual é que a eutanásia equivale à prática de um homicídio. A falta de regulamentação do Testamento Vital faz com que a suspensão de tratamento no caso de pacientes terminais seja considerada fato típico previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro. Ressalte-se, porém, que o mencionado Código foi elaborado em 1940, quando a dignidade da pessoa humana ainda não era considerada como fundamento do ordenamento jurídico.

Atualmente discuti-se o projeto de lei que trata da reforma do Código Penal brasileiro (nº 236/2012) que deve promover mudanças em relação à instituição de pena na prática da eutanásia, que no Código Penal atual é enquadrada como homicídio comum, passando a ter um tipo penal próprio e que poderia ser perdoada caso fique comprovado, por dois médicos, que o paciente, acometido de doença grave e com quadro irreversível, esteja mantido artificialmente.

Para entender essa possível nova legislação penal é preciso saber distinguir as diversas terminologias que consistem na abreviação, na interrupção e no próprio prolongamento da vida. Dentre estas podemos citar a ortotanásia, distanásia e a eutanásia. A primeira significa o não prolongamento do curso da morte além do período considerado como natural, ou seja, é realizada a interrupção de uma doença terminal ou incurável, cuja continuidade só iria provocar sofrimento ao paciente. A distanásia, ao contrário, prima pelo prolongamento, a qualquer custo, mesmo que ocasione sofrimento atroz ao paciente, sendo também designada obstinação terapêutica (*l'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*). Já a eutanásia é conhecida como boa morte, por derivar do grego eu (bom) e thanatos (morte). Pode ser ativa quando necessita da ação direta do médico, como, por exemplo, a injeção letal; ou passiva quando há uma omissão de recursos necessários para a manutenção da vida.

A eutanásia prevista no anteprojeto supracitado não consiste na retirada de vida do paciente pelo médico, nem em qualquer conduta do médico, mas na denominada ortotanásia, isto é, na omissão do prolongamento artificial e desnecessário de uma vida inviável. Ficando proibida a prática da morte piedosa, mesmo que solicitada pelo paciente, se este não apresentar morte iminente e inevitável.

Embora o avanço do projeto do novo Código Penal a falta de regulamentação constitucional e civil do Testamento Vital ocasionará diversos questionamentos como: Diante de todo o exposto a autorização não da eutanásia mas da ortotanásia não seria ainda um ameaça ao direito à vida constitucionalmente assegurado? E como podemos instituir penas se o instituto do Testamento Vital não foi definido em plano constitucional e civil, apenas através de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina? Além da linha tênue entre a eutanásia passiva e a ortotanásia, que muitos consideram conceitualmente precária, difícil de se distinguir em alguns casos. É o entendimento de Fermin Roland Schramm que explica: “ Afinal, não entubar um paciente com uma

neoplasia em fase terminal, ou seja, negar-lhe a possibilidade de se manter vivo, seria deixar a morte chegar no tempo certo ou praticar de fato a eutanásia passiva?”

A ausência de uma legislação brasileira com validade geral acerca do Testamento Vital e seus desdobramentos (eutanásia, ortotanásia e distanásia) ocasionará muitas controvérsias, dificultando aos reais interessados( pacientes) a obterem uma morte digna.

Percebe-se então que o Testamento Vital é uma instrumentalização do processo do direito de morrer. Nesse sentido, Dias (2008, p 364) conceitua Testamento Vital como sendo “o documento que contém disposições sobre a assistência médica a ser prestada a paciente terminal”. Sendo um documento jurídico, o Testamento Vital possui requisitos que devem ser observados para a sua confecção, sob pena de não produzir efeitos pleiteados pelo seu titular.

Os países que adotaram legislação específica sobre este instituto atribuíram pressupostos a serem utilizados na sua elaboração, dentre estes: a) a capacidade e maioridade do indivíduo, b) a presença de duas testemunhas, c) a comprovação do estado terminal do paciente por dois médicos. Importante ainda a determinação de que os efeitos do Testamento Vital possuam validade somente após 14 dias da assinatura do testador, devendo perdurar por 5 anos a contar da manifestação do ato e sendo passível de revogação a qualquer tempo, a critério do autor do mesmo.

Então, para que o Testamento Vital seja assegurado constitucionalmente, o direito à vida como um direito inalienável não deve ser analisada de forma restrita, através de uma atuação estatal limitadora da livre manifestação de vontade, nem somente destinada a fornecer meios para que o cidadão sobreviva independentemente de poder exercer seu livre arbítrio sobre o momento de sua morte, como forma de evitar a obstinação terapêutica inviável.

Ora, a vida, apesar de ser um dos direitos fundamentais de maior importância, deve ter sua interpretação balizada de forma a conferir aos seus destinatários a proteção contra qualquer ato atentatório à sua dignidade e a prerrogativa de manter a individualidade da pessoa.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana, presente em nosso Texto Maior, atuando como fundamento da República, conforme o disposto no artigo 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- dignidade da pessoa humana.

Esse princípio nos remete à proteção do indivíduo, assegurando-lhe o mínimo existencial, ou seja, as condições materiais mínimas de existência. É a tese sustentada por Ana Paula de Barcellos (2008, p. 352)

O efeito pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna [...]. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana está estritamente relacionado com a utilização da expressão “morrer com dignidade”, fazendo um liame entre a qualidade de vida do indivíduo e as suas capacidades e condições de vida, protegendo-o contra os métodos ou terapias medicinais aplicados indistintamente, sem observância do consentimento do enfermo e da sua necessária escolha livre e consciente do mesmo.

Nesse sentido, é possível defender a utilização do Testamento Vital para todos aqueles que pretendessem resistir a tratamentos médicos evasivos, optando pela qualidade de vida em detrimento da quantidade. Nestes termos, Daniel Sarmiento (2008, p. 89) assegura que:

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.

Sendo assim, o Estado não deve abster-se de utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana sempre que o indivíduo estiver suprimido em suas necessidades básicas, possibilitando o seu livre arbítrio, como na escolha do momento que sua morte seria mais viável, como uma forma de evitar sofrimentos prolongados. Destarte, Daniel Sarmiento (2008, p. 89) comunga com esse entendimento:

É importante destacar que o princípio em pauta não representa apenas um limite para os Poderes Públicos, que devem abster-se de atentar contra ele. Mais do que isso, o princípio traduz um norte para a conduta estatal, impondo às autoridades públicas o dever de ação

omissiva, no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana, com o asseguramento das condições mínimas para a vida com dignidade.

Constata-se, pois, que o ser humano é o núcleo do ordenamento, sendo-lhe asseguradas dignidade e liberdade, funcionando como um fator de legitimação das ações dos Estados.

Vale ressaltar que o ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, em uma entrevista à revista *Veja* (2008, v. 86, p. 98) destaca sua posição acerca do princípio e sua correlação com a morte digna, conforme dispõe em trechos citados: “Não se pode haver dignidade com uma vida vegetativa” e complementa:

A eutanásia pressupõe uma irreversibilidade da vida. Mediante laudos médicos que comprovem o quadro, as decisões poderão ficar a cargo de outra pessoa. Afirmando isso com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, através do princípio da dignidade da pessoa humana, o instituto do Testamento Vital não seria uma mera hipótese de transgressão à legislação brasileira, mas seria respaldado pelo ordenamento com o cumprimento do princípio mencionado.

Em relação à autonomia nas relações privadas, a Constituição Brasileira de 1988 passa a penetrar através de seus direitos fundamentais em todos os campos do direito, inclusive o privado, reconhecendo simultaneamente a faculdade de o indivíduo exercer suas vontades e de se posicionar o Estado no sentido de evitar abusos a estes e garanti-los diante de situações que visem sua redução ou supressão. Dessa forma, Daniel Sarmento (2008, p. 326) ensina que:

A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma necessidade que poucos contestam. Todavia, a forma e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser idêntica ao Estado, já que os atores privados são também titulares de direitos fundamentais e se beneficiam da proteção conferida à sua autonomia. A extensão incondicionada dos direitos fundamentais ao campo privado poderia gerar efeitos opostos aos pretendidos, revelando-se liberticida. A multiplicação de deveres constitucionais, correlatos aos direitos, asfixiaria a espontaneidade das relações humanas, confiscando da pessoa o espaço mínimo da autodeterminação de que é titular, o qual não deve ser ameaçado numa ordem constitucional democrática, preocupada primordialmente com a garantia e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Sob essa ótica, apesar de existirem bens tutelados de maior valor no ordenamento jurídico, a autonomia nas relações privadas deve ser protegida, na medida em que o indivíduo tem capacidade de autodeterminação nas suas relações individuais e coletivas.

Assim, nas relações privadas, os indivíduos são dotados de uma capacidade de determinar seus comportamentos e decisões individuais, consoante entendimento de Daniel Sarmento (2008, p.154):

A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico moderno. Essa autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de “autogoverno de sua esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique lesão a direitos alheios.

Nesse diapasão, o papel do Estado é criar condições para que o indivíduo possa realizar livremente as suas escolhas e não condicionar uma orientação a ser seguida preponderantemente, sem se importar com a vontade individual do mesmo. É a tese sustentada por Daniel Sarmento (2008, p.142):

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Esta é uma idéia central ao Humanismo e ao Direito Moderno: a idéia da autonomia privada, que, como se salientou acima, constitui uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade.

Cumprido ressaltar que a autonomia privada tem seu conteúdo interligado à dignidade da pessoa humana, já que esta também prima pela liberdade individual, ou seja, o direito das pessoas de eleger suas escolhas, que é um dos requisitos da própria autonomia privada, de acordo com Luís Roberto Barroso (2010, p. 191):

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas.

Dessa forma, a eficácia do Testamento Vital decorre de uma projeção futura da autonomia de um indivíduo que, dotado de discernimento, manifesta anteriormente sua vontade, que será válida caso este se encontrar em situação de não poder mais manifestar-se acerca das condições a qual pretende morrer, conforme descreve Heloisa Helena Barboza (2010, p.42):

Sob essa ótica deve ser analisada a eutanásia passiva voluntária, ou seja, omissão proposital de uma ação médica, em decorrência da recusa expressa do paciente a tratamento possível, exercendo desse modo sua autonomia. A rejeição do tratamento pode dar-se para evitar a distanásia ou, simplesmente, porque o paciente não aceita tratar um mal irreversível e incurável.

Portanto, a realidade do Testamento Vital emana desta autonomia individual que não deve encontrar obstáculos em assuntos relativos ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, e sim correlacioná-los para que seja possível que o instituto seja albergado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.2 Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade como meio para a introdução do Testamento Vital no Brasil**

Sendo atualmente um dos princípios de maior importância em qualquer ordenamento jurídico, funciona como um mediador nos conflitos de valores existentes nos casos concretos. Assim se manifesta Adilson Josemar Puhl (2005, p. 62):

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, dessa forma, é o princípio constitucional segundo o qual, sempre que houver poderes que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos por particulares, a Administração Pública deve atuar segundo o princípio da justa medida, quer dizer, adotando, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que implicam o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é utilizado para ponderar normas, princípios, leis, etc. de modo a não beneficiar um em detrimento dos outros, sendo um parâmetro de harmonização dos mesmos dentro do complexo jurídico.

Também vale mencionar a idéia do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, segundo as palavras de Adilson Josemar Puhl (2005, p. 62):

Entre outras palavras, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui, comumente, em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável ou proporcional o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Ainda é importante ressaltar que o princípio em questão, portanto, estabelece que, existindo confrontos de interesses, é necessária a sua intervenção para a ponderação entre estes, de modo que possam sobreviver no ordenamento jurídico, conforme o entendimento do autor José Josemar Puhl (2005, p. 70):

Na realidade, não obstante as demais definições encontradas na doutrina, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade pode ser definido como sendo uma forma de se instituir uma relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle de excesso.

É o que se consubstancia na hipótese de admissão do Testamento Vital no direito pátrio, em que a autonomia do cidadão pode ser ponderada diante de direitos que lhe sejam superiores.

Ao conjecturar o conjunto de princípios relativos ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à autonomia nas relações privadas, chegamos à possibilidade da admissão do Testamento Vital pelo direito brasileiro através da harmonia dos mesmos, consoante lição do jurista Moraes (2006, p. 28):

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias, fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Inferi-se daí que, na análise do instituto Testamento Vital, nos deparamos com a existência de princípios constitucionais que se sobrepõem uns em relação aos outros, fazendo surgir uma relação conflituosa entre os mesmos, alcançando-se uma solução através da ponderação de interesses buscados por cada um, no sentido de abstrair a hipótese de transgressão, o que ensejaria a introdução desse instituto no Brasil.

## **2. DOS PRINCÍPIOS BIOÉTCOS E O POSICIONAMENTO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.**

No início dos anos 80, existiam quatro princípios bioéticos básicos, sendo estes o da não-maleficência, o da justiça, o da beneficência e o da autonomia. Todos eles estão dispostos no Belmont Report, publicado pela National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research (Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em

Pesquisa Biomédica e Comportamental). Esta Comissão foi criada para divulgar os mencionados princípios e tentar fixar parâmetros ao comportamento dos seres humanos e da medicina. Para tanto, utiliza-se de critérios que sirvam de base de conduta diante de situações em que seja necessário preservar a dignidade da pessoa humana, o exercício das liberdades, a segurança e o bem-estar social.

Sob essa ótica, na abordagem dos princípios bioéticos existentes e sua relação com o Testamento Vital, o princípio da justiça constitui a base dos princípios em questão, sendo por ora primeiramente estudado, na medida em que prima pela chamada justiça distributiva, que deve ser entendida como a necessidade dos profissionais de saúde de sobrepesar os riscos, benefícios e encargos relativos às suas práticas ou condutas médicas.

Relacionando, pois, o referido princípio com o instituto do Testamento Vital, é notório que em qualquer tratamento médico é de crucial importância o tratamento igualitário entre médico e paciente, para que haja uma distribuição equânime dos referidos benefícios e riscos relativos a cada caso específico e para que o paciente possa eleger livremente dentre as várias opções terapêuticas que a medicina oferece.

Outro princípio utilizado na Bioética é o da autonomia. Por este princípio, o profissional de saúde deverá respeitar a vontade dos pacientes, já que estes são movidos pelas suas próprias razões e dotados da capacidade de emitir juízos acerca de suas convicções.

Dessa forma, e se por algum fator a autonomia restar diminuída ou cerceada, mecanismos de substituição da vontade do paciente devem ser previamente disciplinados, para que não haja prejuízos que limitem as escolhas na tomada de decisões dos pacientes. É o entendimento de Diniz (2009, p.14):

Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, fazer suas opções e agir sob orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Aquele que tiver sua vontade reduzida deverá ser protegido. Autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento da causa e sem qualquer coação ou influência externa. Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado e a maneira de como tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz, ou seja, não tiver autonomia suficiente para realizar a ação de que se trate, por estar preso ou ter alguma deficiência mental.

Na realidade dos corredores hospitalares brasileiros, frequentemente é ignorada a qualidade de vida dos pacientes que almejam morrer dignamente. Há um flagrante desrespeito à sua autonomia que é substituída à vontade dos médicos ou de terceiros. Muitas vezes não se justifica a supressão de liberdade do doente em optar ou não por um tratamento, ou até mesmo interrompê-lo quando assim desejar.

O postulado da beneficência estabelece que o profissional de saúde só pode utilizar tratamentos, intervenções ou práticas para o bem do enfermo. Devendo utilizar o seu conhecimento para auxiliar ou socorrer, dispondo como premissa na sua atuação a busca constante do bem-estar do paciente, evitando, portanto, qualquer ato que lhe cause dano, seja físico ou moral.

Observa-se que o princípio em questão está associado à conduta comissiva, ou seja, à prática de atos que se deve efetivar para não causar transtornos ao paciente. Portanto, o prolongamento da vida por aparelhos artificiais contra a vontade do enfermo configura-se como um dano que viola o seu direito de morrer dignamente e conseqüentemente o princípio da beneficência.

Complementando o anterior, o princípio da não-maleficência possui como prerrogativa a obrigação de não provocar dano intencional ao paciente. Decorre do juramento de Hipócrates e da *máxima primum non nocere* (antes de causar dano), ou seja, o médico deve sempre buscar minorar ou atenuar os riscos decorrentes de uma moléstia, evitando ao máximo causar prejuízos durante a realização de um tratamento.

Sob essa perspectiva, como o profissional da saúde é o detentor do conhecimento e de recursos tecnológicos para a manutenção da vida em casos adversos, a realização de qualquer forma de interrupção da mesma é considerado como um dano ao paciente, sendo por isso o motivo por que muitos profissionais ainda continuam associados à utilização de tratamentos desproporcionais que prolongam o sofrimento físico ou psicológico do paciente.

Porém, a máxima da não provocação de dano intencional à qual está vinculado o princípio em questão está sendo interpretada de forma diversa. Garantir a autonomia de um paciente terminal, assegurando que sua morte seja coerente com suas opções de tratamentos e intervenções, não significa provocar danos. Ao contrário, seria uma forma de evitar o dano pelo prolongamento penoso e inútil do processo de morrer.

Em suma, a análise dos princípios bioéticos é um elemento de inquestionável importância para a problemática da admissão do Testamento Vital no Brasil, pois eles tratam de disciplinar as condutas médicas e suas repercussões na sociedade. Assim como o Testamento Vital, que tem como intuito resguardar previamente o direito do paciente de decidir qual procedimento irá submeter-se ou não, preservando a sua autonomia.

Nesse diapasão, o posicionamento da classe médica é bastante ciente das dificuldades que se encontram na rotina hospitalares e diante disso vêm se manifestando há algum tempo sobre as difíceis situações de pacientes que optam por não mais se submeterem a tratamentos prolongados, ou seja, de forma pioneira o Conselho Federal de Medicina editou em 2006 a Resolução de número 1805, que permite claramente o médico respeitar a vontade da pessoa ou de seu representante legal em não se submeter a procedimentos que visem ao prolongamento da vida, conforme dispõe em seu artigo 1º: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

Sobre as Resoluções, é importante destacar que são atos administrativos normativos que partem de autoridades superiores (nesse caso o Conselho Federal de Medicina), através do qual vão disciplinar matéria de sua competência específica. A resolução não tem poder lei, já que um ato legislativo de efeito interno, ou seja, o que deixa vulnerável a situação dos médicos no processo de tomadas de decisões em relação ao paciente.

Percebe-se que essa Resolução supracitada trata-se da possibilidade de permitir a recusa à obstinação terapêutica, embora não se cogite a interrupção da vida da pessoa portadora de uma enfermidade grave e incurável antes da doença atingir o seu estágio final, ou seja, antes do diagnóstico que ateste a irreversibilidade do caso e ineficácia total de qualquer tratamento. Trata-se da permissão para a realização da ortotánasia

Também o Código de Ética Médica (*on-line*), que entrou em vigor em meados de abril de 2010, confere uma maior autonomia aos doentes em relação ao seu poder de decisão, conforme é possível observar pelo artigo 24 em questão: “É vedado ao médico deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

Igualmente, vale ressaltar que as mudanças decorrentes do Código de Ética Médica (*on-line*) definem o paciente como a figura central do tratamento, devendo o médico não se valer de opções destinadas ao prolongamento desnecessário e doloroso da vida, como se verifica no artigo 41, parágrafo único do dispositivo em evidência:

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.

Sendo estas posições da classe médica, portanto uma tentativa de validar um esboço do Testamento Vital a partir do que revela a posição adotada pelos médicos diante de situações que ensejam a terminalidade da vida, segundo a referida Resolução 1805/2006 que menciona:

A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica. Alguns, alegando ser a vida um bem sagrado, por nada se afastam da determinação de tudo fazer enquanto restar um débil ‘sopro de vida’. Um documento da Igreja Católica, datado de maio de 1995, assim considera a questão: distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas, para ele e para sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso à vida.

No ano passado, o Conselho Federal de Medicina instituiu a Resolução nº. 1.995/2012, a qual criou as Diretivas Antecipadas de Vontade, o chamado Testamento Vital, autorizando que os pacientes decidam, prévia e expressamente, a quais tratamentos desejam ser submetidos caso estejam no final da vida, quando no momento em que estiverem incapacitados de expressar sua vontade.

Embora reúna vários méritos, a resolução ainda envolve aspectos polêmicos tanto no âmbito civil, quanto no penal, principalmente em razão da legislação civil não expressar a modalidade de Testamento Vital. Além do que, ainda sob a ótica da lei civil as disposições testamentárias exigem certas formalidades, ao contrário do Testamento Vital da Resolução do Conselho Federal de Medicina que não exige nenhuma forma de formalidade na elaboração deste ato, uma vez que o paciente poderá expressar sua vontade diretamente ao médico, o que poderá ensejar questionamentos.

Outra questão controversa que poderá ser apontada na Resolução é relativa a capacidade do agente, já que para o Código Civil ela deve ser atestada no momento da realização do ato testamentário, além de ser atestado por duas testemunhas, enquanto que para o Testamento Vital, ao revés, não há tal exigência, ou seja, as decisões dos médicos perante essa Resolução são passíveis de invalidade no plano civil fazendo que as diretivas antecipadas da vontade do paciente sejam contrárias as leis de acordo com ao artigo 104 do Código Civil (para ser válido o ato, seu objeto deve ser lícito).

No âmbito constitucional também há impasses, já que esta estabelece a inviolabilidade do direito a vida, ainda que se possa dizer que o direito à vida não implica no dever de viver a qualquer custo (há necessidade do instituto ser regulamento constitucionalmente), tratando-se, portanto, de uma regulamentação no âmbito da ética médica.

As consequências de uma legislação somente no âmbito médico é que sem o respaldo de uma legislação civil, penal e constitucional adequadas, os médicos estão mais passíveis de serem alvos de processos judiciais, já que não houve uma inclusão do instituto do Testamento Vital e de seus requisitos de validade na legislação pátria, tornando-se extremamente dificultosa a relação médico-paciente na decisão da tomada de medidas e procedimentos diante dos casos reais.

Enfim, a regulamentação no âmbito da ética médica não é suficiente para prevenir todas as consequências negativas que possam advir das diretivas antecipadas previstas na Resolução nº 1995/12 e suas vicissitudes.

É salutar que a questão seja realmente debatida pela sociedade, e principalmente que seja regulada por lei específica, já que só o Conselho Federal de Medicina e a tentativa de regulação do novo Código Penal não são suficientes para que o instituto do Testamento Vital seja corretamente utilizado no Brasil.

## **CONCLUSÃO**

O Testamento Vital não se reveste das formalidades das demais espécies de testamento, na medida em que deverá ser cumprido antes da morte do testador. Trata-se de uma resposta aos desejos e vontades dos pacientes, objetivando a sua participação no que tange às decisões

concernentes à sua saúde, principalmente em relação à assistência médica que deseja ou não se submeter.

O instituto em questão tem sua autonomia suprimida por aqueles que consideram a inviolabilidade constitucional do direito à vida um dever absoluto que prevalecerá sobre qualquer outro.

Porém, vale ressaltar que esse direito não nega a importância ao direito à vida, ao contrário visa conceder condições para que o indivíduo tenha uma vida digna quanto à sua subsistência.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da ordem jurídica brasileira, busca assegurar as condições mínimas de existência de cada indivíduo através da valorização de sua individualidade. Este princípio protege a opção por uma morte digna e legítima e a recusa a tratamentos invasivos ou causadores de efeitos colaterais que provoquem o sofrimento demasiado do enfermo.

Ao analisar o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se a viabilidade do Testamento Vital pelo direito pátrio. Sob a perspectiva da dignidade todo e qualquer cidadão tem o direito de morrer com dignidade e resistir a tratamentos compulsórios.

No que concerne à autonomia nas relações privadas, importante observar a noção de autonomia que ultrapassou o viés estritamente patrimonial e alcançou o existencial, dispondo que os indivíduos são dotados da capacidade de determinar seus comportamentos e decisões individuais.

Igualmente, impende asseverar que a utilização desses princípios constitucionais alcança sua solução para a relação conflituosa existente entre eles através de uma ponderação de interesses buscados por cada um, através do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Considerando então os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, tem-se pela admissão do Testamento Vital no Brasil.

No plano da bioética, o reconhecimento da emancipação do paciente o autoriza a governar o próprio corpo, garantindo-lhe a faculdade de decidir acerca dos aspectos da própria vida e saúde, inclusive em estado de terminalidade.

Ao longo da análise do Testamento Vital verifica-se a inquestionável importância da interferência dos princípios bioéticos para o instituto em questão. Tais princípios são indispensáveis no direcionamento das relações médico-paciente, para que sejam estabelecidos parâmetros morais e éticos condizentes com os valores constitucionais.

Ao entendimento que proíbe a escolha sobre o direito do paciente à autonomia, estabelece-se uma restrição à liberdade onde a lei não restringiu, além de ferir a dignidade da pessoa humana na medida em que impõe aos pacientes que buscam uma morte digna um inútil prolongamento de sua vida, muitas vezes através de um sofrimento intenso.

Em relação à aplicação deste instituto no Brasil, percebe-se que apesar da regulamentação pela classe médica, por meio das resoluções emanadas pelo Conselho Federal de Medicina, em especial à Resolução nº 1995/12, que instrumentalizou o Testamento Vital, percebe-se a necessidade da instituição de leis específicas no âmbito civil e penal, além de uma interpretação balizada dos princípios constitucionais envolvidos na admissão do Testamento Vital no ordenamento jurídico pátrio.

Conclui-se então que a vontade do paciente deve ser indubitavelmente respeitada e que o Testamento Vital depende de uma normatização para serem explicitados os seus requisitos formais e assegurar o seu cumprimento.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

BARBOSA, Heloisa Helena. **Vida, Morte e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - tomo IV**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>> Acesso em: 15 nov.2011.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406/02 **Novo Código Civil Brasileiro**, Fernando Henrique Cardoso (Presidente da República), 10 de janeiro de 2002

\_\_\_\_\_. Lei 3.914 **Código Penal Brasileiro**, Getúlio Vargas (Presidente da República), 07 de dezembro de 1940.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1.805**. Brasília, 09 de novembro de 2006. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111\\_2007.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm)>. Acesso em: 03 abr.2010.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM 1.995**. Brasília, 09 de agosto de 2012. Disponível Em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111\\_2007.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm)>. Acesso em: 10. fev.2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 25 .ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PUHL, Adilson Josemar. **Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade**. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris,2008.

SCHRAMM, Fernin. **Conversações sobre a “Boa Morte”: o debate bioético acerca da eutanásia**. Cad. Saúde Pública. vol.21. Rio de Janeiro Jan./Feb. 2005

VEJA. São Paulo: **V. 108**, nº 17, abr. 2010. Quinzenal.