

TESTAMENTO VITAL: A AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE A CORRENTE PATERNALISTA DO ESTADO BRASILEIRO

Loren Mathilde Carrenho Amaro (IC) e Marco Antônio Anjos (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo identificar quais as possíveis dificuldades jurídicas constitucionais e cíveis enfrentadas no Brasil, quando se trata da aplicação da autonomia da vontade, por meio da Declaração Antecipada de Vontade (Testamento Vital). Para a pesquisa, partindo da premissa do direito à vida, será feito o levantamento dos princípios basilares constitucionais que fortalecem a aplicação da autonomia da vontade, como meio de compreender “o direito de morrer”, através das Diretivas de Vontade. Por outro lado, apresentar-se-á o Brasil como Estado paternalista, contrapondo o a autonomia da vontade com resoluções emitidas, jurisprudências e doutrinas. A liberdade religiosa terá destaque em um único capítulo, ao passo que será observada sua interferência na autonomia privada do paciente terminal e na elaboração das Declaração Antecipada de Vontade. Nesta esteira, não menos importante, será mencionado o Suicídio Assistido, método de abreviação da vida em fase terminal, aceito por muitos países europeus, o qual carece de legislação adequada no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, observada a metodologia qualitativa, a qual se conservou na teoria e exploração, através da compreensão de cada assunto apresentado, bem como a busca de informações doutrinária, legal e jurisprudencial, é que foi possível à compreensão do grande impasse da autonomia da vontade, baseada em cláusulas pétreas, frente a burocracia e paternalismo da legislação brasileira.

Palavras-chave: Testamento Vital; Suicídio assistido; Autonomia da Vontade.

ABSTRACT

The presente article have as objective to identify which are juridical and civil possibilities to face in Brazil, when discuss about self-determination, through Advance Declaration of Will (Living Will). For this research, based on premise of the right to live, will be done data collection about basic constitutional principles which empower the application of self-determination, a mean of understand “the right to die”, though Living Will. Otherwise Brazil will show up as a paternalistic State, contrasting to self-determination with issued resolutions, jurisprudences and doctrines. The religious freedom will be emphasized in a single chapter, while its interference at the private autonomy of the terminal patient and in the elaboration of the Advance Declaration of Will, will be observed. Last, but not least, will be mention about Assisted Suicide, which is a method of abbreviation of life for patients in terminal phase, this is accepted by many

European countries, which lacks adjustment at Brazilian legislation. In conclusion, observed the qualitative methodology, which was preserved in theory and exploration, through the understanding of each subject presented, as well the search for doctrinal, legal and jurisprudential information, it was possible to understand the great impasse of self-determination based on stony clauses, against the bureaucracy and paternalism of the Brazilian legislation.

Keywords: Living Will; Assisted Suicide; Self-determination

1. INTRODUÇÃO

A relevância do tema dá-se início ao analisar sua história: O Testamento Vital surgiu em meados de 1970, com sua promoção nos Estados Unidos, recebendo a nomenclatura *living will* ou *advance directives*, restou conhecido como forma de documento oficial, pelo qual a pessoa poderia manifestar sua plena vontade de ser tratada ou não pela equipe de saúde, perante um doença grave ou terminal.

Atualmente países como a Suíça, Holanda e Bélgica têm atuado ferrenhamente na aceitação do Testamento Vital, entendendo seu lado social, liberdade civil e de crença e, indo além, adotando como legal a possibilidade de seus civis optarem pelo suicídio assistido, matéria que será entendida ao longo do trabalho.

Vale dizer, que tal documento disciplinar da autonomia da vontade, ainda ficou conhecido pelas nomenclaturas “Declaração Antecipada de Vontade” ou ainda, “Diretivas da Vontade”, sendo expressões sinônimas do termo Testamento Vital. De contraponto, a Declaração Antecipada de Vontade no Brasil ainda não tem regulamentação específica, havendo apenas a interpretação do ordenamento já existente para análise, conjuntamente com a Resolução n. 1995/12, emitida pelo Conselho Federal de Medicina.

Todavia, o que chama realmente a atenção quando se trata do ordenamento jurídico brasileiro perante o Testamento Vital, conhecido pelo Globo inteiro, é qual a dificuldade real para a aceitação legislativa da Diretivas da Vontade, com a consequente opção do suicídio assistido aos pacientes em estados graves e terminais? Ora, uma vez consagrado o direito pétreo à vida digna, o que impede o cidadão brasileiro de optar pelo sofrimento ou paz, em sua constância de entendimento privado?

Nesta esteira, o estudo realizado visou compreender os contrapontos jurídicos que se travam entre os direitos garantidos constitucionalmente e a análise do paternalismo estatal; consequentemente buscou-se entender o porquê da não aceitação dos preceitos das Diretivas da Vontade, prezando pela autonomia e liberdade jurídica do cidadão.

Quanto à metodologia da pesquisa, a abordagem da pesquisa delimitou-se ao âmbito qualitativo e exploratório, através de estudo bibliográfico, jurisprudencial e análise legislativa, bem como a compreensão e levantamento de dados de outros países para maior compreensão do tema abordado.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Desde os primórdios da humanidade a vida foi considerada como uma espécie de bem a ser protegido. Por John Locke (Fernandes 2011), foi considerada como um bem imaterial dotado de lei própria, baseada na consciência humana e, atualmente, é o principal direito garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção, bem como a dignidade da pessoa humana, conforme previsto na Constituição Federal (1988) brasileira, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...). (grifo meu).

Segundo Alexandre de Moraes (2018, p.74) “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.” Neste diapasão é que surge um outro grande princípio constitucional, um dos mais importantes norteadores da vida privada do cidadão, garantindo sua autonomia através da liberdade de crença, como segue:

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

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (grifo meu).

Lendo a redação constitucional acima, resta claro que a intenção do legislador foi a de garantir ao cidadão a sua liberdade, a autonomia privada, de modo a assegurar-lhe sua religião, crença ou descrença, buscando a segurança da vida digna perante a sociedade.

No intuito de proteger a pessoa humana, a Constituição Federal adotou em seu preâmbulo a postura de Estado garantidor, apresentando o conjunto basilar interpretativo da dignidade humana no texto que segue:

Preâmbulo: (...) destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias(...)

Ainda, pode-se mencionar o princípio da dignidade humana no artigo 1º, III, CF, sem contar suas outras diversas alusões espalhadas pelo texto constitucional, como se confere:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (grifo meu)

Tal princípio, que muitas vezes resta de difícil compreensão, conforme Sá e Moureira (2015, p.54), decorre da afirmação da personalidade do indivíduo, de forma a reconhecer sua igualdade, liberdade e reconhecimento enquanto pessoa.

TESTAMENTO VITAL COMO AUTONOMIA DA VONTADE:

Em meados de 1970, nos Estados Unidos da América surgiu um documento capaz de garantir determinada autonomia aos civis, de modo futuro, quanto ao interesse em submeter-se ou não a tratamentos médicos em casos específicos. O documento gozava das denominações *living wil* ou *advance directives*.

Adiante na história, países como a Espanha adotaram o testamento vital de modo normatizado e através da lei Catalã (Lei 21, de 29 de dezembro de 2000), restou regulamentado que, conforme expressam Sá e Moureira (2015, p.178), “[...]qualquer intervenção no âmbito da saúde requer que a pessoa afetada dê o seu consentimento específico e livre, após ser previamente informada de todas as possibilidades sobre sua saúde”¹.

Já na França, conforme o *Code de la Santé Publique* (Art. L1111-11)², qualquer cidadão pode formular uma Diretiva de Vontade, com o intuito único de decidir, de modo futuro, suas condições de limitação terapêutica ou suspensão de tratamentos. Ainda, foi editado o

¹ Neste sentido, dispõe o Art. 8 da Lei 21/2000 (Lei Catalã): “1.El document de voluntats anticipades és el document, adreçat al metge responsable, en el qual una persona major d'edat, amb capacitat suficient i de manera lliure, expressa les instruccions a tenir en compte quan es trobi en una situació en què les circumstàncies que concorrin no li permetin d'expressar personalment la seva voluntat. En aquest document, la persona pot també designar un representant, que és l'interlocutor vàlid i necessari amb el metge o l'equip sanitari, perquè la substitueixi en el cas que no pugui expressar la seva voluntat per ella mateixa.” (<https://portaljuridic.gencat.cat>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019).

² Art. L1111-11, *Code de la Santé Publique*: “Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux. A tout moment et par tout moyen, elles sont révisables et révocables. Elles peuvent être rédigées conformément à un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Haute Autorité de santé. Ce modèle prévoit la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige” (<https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019).

Decreto n. 2006-119 de 6 de fevereiro de 2006 do *Ministère de Santé et des Solidarités*, como meio de garantir maior credibilidade legal ao Testamento Vital, conferindo-lhe validade e eficácia jurídica.

Brasil: e a Resolução CFM nº 1931/2009 A Resolução CFM nº 1995/2012

Quando se trata de Testamento Vital, a primeira questão que vem à tona é: seria possível o ordenamento jurídico encarregar-se de formular um documento garantidor da autonomia prospectiva do cidadão, seguindo outros países do globo? Pois bem, foi nesse intuito que o país caminhou a passos humildes ao deixar de legislar, até hoje, o Testamento Vital, sendo o panorama jurídico das Diretivas da Vontade previsto em Resoluções do Conselho Federal de Medicina e na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

Para a compreensão da resistência do Estado Brasileiro em legislar sobre o assunto, vale ressaltar a definição de “Estado Paternalista” que o ordenamento jurídico passou a adotar, quando estudado este assunto, envolvendo a ética médica, os princípios garantidos constitucionalmente aos pacientes e do outro lado o Estado como provedor da justiça. Conforme Olivieri (2013, p.46), entende-se por Estado paternalista a intervenção estatal que ordenamento jurídico determina na vida privada de seu cidadão, interferindo em sua liberdade individual, com o intuito de prevenir danos a terceiros ou à coletividade.

No Brasil, o primeiro documento legal que tratou sobre o tema Testamento Vital foi a Resolução nº1931/2009, publicada em 24 de setembro de 2009 no Diário Oficial da União, e foi tratada como o novo Código de Ética Médica, documento que de certa maneira vislumbrava formalizar de fato a relação médico/paciente, nos casos onde seria possível reconhecer a autonomia privada nas decisões médicas. Porém, de suma importância é ressaltar quais seriam os casos plausíveis do aceite ou não do Testamento Vital, ou seja, quando seu conteúdo seria válido juridicamente, a respeito da legalidade das vontades pré-projetadas.

A Resolução n.1931/2009, carregava consigo artigos que proibiam o desrespeito ao direito à autonomia do paciente, vedando ao médico a interferência às escolhas de bem-estar do paciente. Porém, ao mesmo tempo a Resolução não obteve êxito, visto que, em seu texto trazia a redação do artigo 41, *caput*: “é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”, e ainda em seu Capítulo V, a vedação ao médico “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso iminente risco de morte”, contrariando todos os princípios antes mencionados.

É apropriado mencionar que desde a vigência da Resolução anterior a publicada em setembro de 2009, era comumente realizada a suspensão de tratamentos em casos de pacientes terminais em UTI's, amparando-se os médicos e demais profissionais da saúde na Resolução da CFM nº1.805/2006.

O reconhecimento do exercício da autonomia da vontade ainda carecia de maior reconhecimento jurídico no Brasil. Assim, por meio de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais é que Testamento Vital passou a ter notoriedade, e através da Resolução CFM n.1995/2012, do Conselho Federal de Medicina,³ foi definido como um documento legítimo, escrito, feito por pessoa capaz, que de modo livre e consciente, queira determinar suas opções e interesses optando por se sujeitar ou não a tratamentos médicos futuros, de modo a serem respeitadas suas vontades (construindo sua própria personalidade, como ideal de vida digna), quando não consiga se expressar por si mesmo, em momento futuro de enfermidade.

Documento este que deve ser escrito por maior de 18 (dezoito anos), registrado em cartório, e que segundo esclarece Dadalto (2015, p.165) conforme consta da Resolução acima mencionada:

[...] o cartório deverá encaminhar as diretivas antecipadas ao Registro Nacional, em um prazo exíguo, a fim de garantir a efetividade. Esse procedimento poderá seguir as recomendações do Registro Central de Testamentos, do Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, dispostas no provimento CG no 06/1994, que objetiva implantar um registro único de testamentos em São Paulo. Esse modelo tem se estendido para outros Estados do Brasil, como Minas Gerais, no qual o registro único ainda está em fase de implantação.

Ainda, pela leitura do parágrafo 2º do artigo 2º da Resolução CFM n. 1995/2012, se extrai que para a elaboração das Diretivas da Vontade, de forma a preservar a autonomia da vontade do autor, é necessário o conhecimento prévio sobre os procedimentos que se deseja submeter ou não de modo futuro, contando com apoio de um profissional quando da elaboração do documento, de modo que o paciente manifeste sua vontade esclarecido e informado.⁴

Destarte, através da Resolução CFM n.1995, publicada no Diário Oficial da União na data de 31 de agosto de 2012, grande ato normativo, o Testamento Vital ganhou definição,

³ Art.1º. Resolução CFM n.1.995/20012.

⁴ Sobre o assunto recomenda-se: DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, p.165-166. 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>. Acesso em: 27 fev. 2019.

respeitando e seguindo os ideais dos cuidados paliativos, expressados pelos países como Estados Unidos da América Espanha, França e Holanda.

Conforme preceitua Dadalto (2015, p.112), os Estados Unidos da América, partindo do ideal do *living will*, depois de alguns estados editarem leis referente a autonomia dos pacientes, como por exemplo a Califórnia, que editou a lei *Natural Death Act*⁵, e nas palavras da autora:

[...] e os Estados Unidos aprovaram em 1991 a *Patient Self-Determination Act* (PSDA), primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente. Esta lei traz em sua segunda seção a instituição das diretivas antecipadas como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos,

Já a Holanda, se destaca por ter legalizado o direito de morrer e o suicídio assistido através do clamor público, e hoje conta com o Diploma Legal *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*, o qual entrou em vigor em 01 de abril de 2002, e que passou a modificar o Código Penal Holandês. É interessante observar o texto, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 293 1. Aquele que puser fim à vida de outra pessoa, segundo o desejo sério e expresso da mesma, será punido com pena de prisão de até doze anos ou com pena de multa da categoria quinta.

2. O ato não será punível caso praticado por um médico que tenha cumprido com os **requisitos de cuidado**, dispostos no art. 2 da lei sobre comprovação e fim da vida em petição própria e de **auxílio ao suicídio**, e se houver comunicação ao forense municipal', conforme o artigo 7, parágrafo segundo da Lei Reguladora dos Funerais. (Tradução livre) (grifo meu).

Art. 294 1. Aquele que de forma intencionada, induza outrem ao suicídio será, em caso de consumação deste, punido com pena de prisão de até três anos ou com multa de categoria quarta.

2. Aquele que, de forma intencionada, prestar auxílio ao suicídio a outrem para que se suicide ou facilitar-lhe os meios necessários para este fim, será, em caso de consumação, punido com pena de prisão de até três anos ou com pena de multa da categoria quarta. Se aplicará por analogia, o artigo 293, parágrafo 2. (Tradução livre)

O artigo segundo da lei holandesa, mencionado no parágrafo segundo do artigo 293, se faz de suma importância, ao passo em que dita requisitos de cuidado para o médico seguir

⁵ Disponível para consulta em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.3109/15563657808988256>

de modo a não ser punido quando praticar auxílio ao suicídio, devendo comunicar a autoridade municipal forense.⁶

Retornando às terras brasileiras, em termos jurisprudenciais, observa-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é o mais avançado em decisões sobre o tema, indicando a Resolução nº1995 da CFM como regulamentação a ser seguida e definição do Testamento Vital:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Relator Des. Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013)

Também se observa a mesma linha de raciocínio no julgamento do Agravo de Instrumento a seguir:

⁶ Sobre o assunto recomenda-se a leitura: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas da vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. p.146-154. 2015.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que "não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano", o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrastra do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.” (Agravado de Instrumento Nº 70065995078, Primeira Câmara Cível, Relator Des. Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 03/09/2015).

Caminhando junto com as Diretivas da Vontade, no sentido de resguardar a autonomia do paciente perante os procedimentos médicos, conforme mencionado acima, os cuidados paliativos, quando da apresentação do testamento vital, vêm à tona como um olhar dinâmico perante a dolorosa enfermidade do paciente, aceitando sua dispensa a tratamentos médicos, proporcionando determinado alívio da dor, visando a naturalidade e a dignidade de viver, ou de morrer, conforme a escolha do paciente, precedida da Diretivas de Vontade.

Nas palavras de Angerami (2012, p.36):

O conceito paliativo deriva do movimento denominado *hospice*, criado por Cicely Saunders e seus assistentes como uma nova filosofia para se cuidar do doente crônico mantendo um controle efetivo da dor e de seus sintomas, principalmente aqueles que estariam presente nas fases avançadas das diversas doenças degenerativas. E também o cuidado com as outras dimensões desse paciente como a psicológica, social e espiritual. Frise-se que também as famílias desses pacientes são contempladas nesse modo de compreensão.

E ainda, conforme Angerami (2012,p.36) “[...] o cuidado com o paciente em situação desesperadora por sua degeneração passou a englobar todas as necessidades de uma vida digna até o fim de seus dias”, e atualmente, os cuidados paliativos foram inseridos na nova política de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS) através da Resolução nº 41 de 31 de Outubro de 2018, expressando mais uma necessidade dos cidadãos brasileiros em obter a regulamentação das Diretivas da Vontade e todas suas implicações.

Neste sentido, após a demonstração das Resoluções CFM n. 1931/2009 e 1995/2012, foi aprovado em 14 e 15 de maio de 14, o Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito a Saúde do Conselho Nacional de Justiça, que tratou especificamente das Diretivas de Vontade:

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

De modo a restringir o conteúdo das Diretivas à procedimentos médicos que o paciente queira ou não se submeter, de modo futuro, quando incapacitado, reconheceu-se as Diretivas de Vontade não como um documento autônomo, reconhecido como declaração unilateral de vontade o qual dispensa testemunhas, mas equiparou-o à um negócio jurídico (com forma executiva), sendo necessário duas testemunhas para validação.

MORTE:

Direito de Morrer

“Não é da morte que temos medo, mas de pensar nela”. (SÊNECA).⁷

Ressaltando os objetivos do projeto, a pesquisa não se aprofundou na história da morte, e sim em buscar objetivar seu conceito e subjetividade perante a sociedade.

Prima facie, há de ser evidenciado o conceito de morte, para Luper (2009, p.74)

Apesar de sempre estarmos ouvindo que estamos “sempre morrendo”, morrer é diferente de envelhecer. O envelhecimento é o processo no qual há o declínio da capacidade do corpo de se renovar e de se manter, em parte (mas não apenas) como consequência da senescência[...] A morte poderia ser entendida de diversas maneiras, pois é ambígua. Talvez seu significado seja

⁷ Carta 30,18 : Consultado em PIRATELI, Marcelo Augusto; MELO2, José Joaquim Pereira. **A morte no pensamento de Lúcio Aneu Sêneca**. Acta Sci. Human Soc. Sci., Paraná, v. 28, n. 1, p.63-71, 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

mais bem capturado pelo termo “morrer”, o processo pelo qual a vida tem fim[...].

Muitos cientistas, filósofos, profissionais da área médica e vertentes religiosas se pronunciaram ao longo dos anos para tentar definir a morte. Neste aspecto, até onde se sabe, o grande pensador Sócrates (469 A.C) foi o primeiro a questionar o que seria o ideal de viver bem, trazendo para atualidade o termo de vida digna e demais questionamentos sobre a ideia da morte como opção e não apenas como término obrigatório da vida. Peixoto (2010, p.664)

Acontece que, ao analisar mais a fundo a palavra “morte”, no campo da moral e da ética, observou-se que a terminologia não é vista com melhores olhos pela sociedade, sendo o termo repugnado, muitas vezes contraposto pelo “dever viver” exercício politicamente pelos civis, explicado por Cabrera (2011, p.47):

Algo como um imperativo de “Dever viver” não poderia ser *eticamente* formulado, apenas *juridicamente* formulado, como podemos encontrá-lo, por exemplo, na filosofia de Rousseau. Nesse contexto, a conservação da vida é uma questão civil, fortemente ligada à constituição do corpo político. [...] Só a “vida civil” pode ser protegida pelas instituições, e, em troca dessa proteção, o cidadão assume o dever *jurídico* de contribuir à proteção da vida civil como um todo e da sua própria vida civil, dado que essa “vida civil” não pertence integralmente a si mesmo, mas ao corpo político, em virtude do pacto social.

Nesta vereda, intrigante é tentar compreender como a Constituição Federal de 1988, garante o direito a vida, como máxima, e ao mesmo tempo implica o “dever de viver” aos seus cidadãos, interferindo no âmbito privado de cada um a quem garantiu o direito de viver com dignidade.

Sob esta ótica e analisando o apresentado no Título anterior da pesquisa, a morte como meio de colocar fim à vida de modo digno, fazendo valer os direitos e princípios constitucionais, não seria uma opção para a redação do Testamento Vital, quando da autonomia privada prospectiva do civil, uma vez que há a interferência moral do “dever viver” no Brasil.

Visão Religiosa da Morte

Conforme Harbemas (2004), todos devem ter para si a concepção do que seria a “boa vida”, seguindo seus critérios próprios. Em verdade as religiões têm sua grande contribuição neste plano da autonomia, visto que as concepções privadas são elaboradas pelo mais íntimo do cidadão, sendo o misto de seus ideais éticos e morais, políticos, sociais e religiosos. Registra-se ainda, as palavras de Dadalto (2015, p.48), nesta linha:

No que tange à discussão da autonomia privada do paciente em fim de vida no Brasil, essa colocação de Habermas assume especial relevância, pois se

percebe que grande parte da sociedade brasileira é pautada por valores religiosos, segundo os quais a vida é valor supremo e apenas Deus tem o direito de cessá-la.

A morte é inevitável, se faz natural como nascer, o ser humano queira ou não. Cada um carrega consigo um entendimento a respeito do termo, e normalmente a visão está ligada intrinsecamente com a religiosidade do Homem.

A religião pode ser compreendida como a sacralidade da vida do indivíduo, a ligação entre ele e o poder maior em que se acredita. Ademais, sua importância é tanta que já se era vislumbrado, como liberdade de crença no ordenamento jurídico brasileiro, desde o Império, conforme Pereira (2017, p13).

O judaísmo, como mencionam Sá e Moureira (2015, p. 110), é a religião que contempla a maior tradição da fé monoteísta, compreendendo que,

Ao contrário de muitas atitudes contemporâneas para com os mortos, que negam naturalidade ao término ao ciclo da vida, a tradição judia enfrenta diretamente a morte. Vê o último período da doença, chamado por eles “schevic mera”, e o morrer, “gloses”, como o tempo em que o paciente deve ser encorajado, assistido e consolado.

Já o budismo, fundado na Índia, apesar de não acreditar na existência de um Ser Superior, não entende a morte como fim da vida, mas sim como uma passagem/transição, como forma de renascimento. Pregam a iluminação como ideal a ser seguido, de modo que o suicídio não deve ser punido, ainda quem o auxilie, seja criminalmente ou moralmente, sendo adeptos do ideal de “morte digna”, ou seja, a morte iminente, tratada com respeito e compaixão.

Convém ressaltar que, por outra banda, o islamismo entende que qualquer meio de retirar a vida, que não seja a morte natural do ser humano, é visto como algo imoral e afronte perante o *Corão*, a *Suna*⁸ e a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos. Ainda, o Código de Ética Médica Islâmico traz consigo a defesa da vida a qualquer custo, não abrindo espaço para a autonomia do paciente, como se observa no trecho “proteger a vida humana em todos os estágios e sob qualquer circunstância, fazendo valer o máximo para libertá-la da morte, doença, dor e ansiedade”. Pessini (1999, p. 90)

O Cristianismo, por sua vez, é a religião que mais caracteriza a sociedade ocidental, sendo a Bíblia o livro mais lido no mundo todo. Conforme Sá e Moureira (2015, p.120), a Bíblia

⁸ A *Suna* é o livro seguido pelos muçulmanos, que contem feitos e citações de Maomé.

atribui posição de destaque ao ser humano, dando a ideia que possui realce no Plano Criador. O ser humano é ser social e de pó é feito.

Passagens encontradas na Declaração sobre a Eutanásia⁹, datada de 05 de maio de 1980, da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé e dizeres expostos na Carta Encíclica *Evangelium Vitae*¹⁰, elaborada pelo Papa João Paulo II, redigida em 1995, possibilitam claramente compreender que a vida deve ser preservada e mantida, não devendo ser retirada por omissão ou ação, sendo aceito apenas que a natureza deixe seguir seu curso.

Como se há de verificar, seguindo a linha cristã, a religião Testemunhas de Jeová também merece destaque quando tratado do direito a liberdade religiosa frente a ética médica e ainda a resistência estatal. O grande ponto de destaque desta crença ocorre da negação da transfusão sanguínea que tem base em sua fé, que proíbe a tomada de sangue. Mister se faz ressaltar que para o embasamento da negativa da transfusão sanguínea, mesmo em casos que seja estritamente necessário o aceite do sangue para o salvamento da vida, os Testemunhas de Jeová se baseiam nas interpretações bíblicas expressas a seguir:

“E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo”. Levíticos 17:10

“Tudo quanto se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde.

A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis”. Gênesis 9:3,4

“Por isso julgo que não se deve perturbar aqueles, dentre os gentios, que se convertem a Deus.

Mas escrever-lhes que se abstenham das contaminações dos ídolos, da fornicação, do que é sufocado e do sangue. Porque Moisés, desde os tempos antigos, tem em cada cidade quem o pregue, e cada sábado é lido nas sinagogas”. Atos 15:19-21.¹¹

⁹Conforme o texto da Declaração: “Por eutanásia, entendemos uma ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A eutanásia situa-se, portanto, ao nível das intenções e ao nível dos métodos empregados. Ora, é necessário declarar uma vez mais, com toda a firmeza, que nada ou ninguém pode autorizar a que se dê a morte a um ser humano inocente seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. E também a ninguém é permitido requerer este gesto homicida para si ou para um outro confiado à sua responsabilidade, nem sequer consenti-lo explícita ou implicitamente. Não há autoridade alguma que o possa legitimamente impor ou permitir. Trata-se, com efeito, de uma violação da lei divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade”.

¹⁰ Na Carta, o Papa redige pelo menos nove vezes o termo “cultura da morte”, empregado na sociedade atual.

¹¹ Textos Bíblicos disponíveis em: <https://www.jw.org>

Nesta linha, os fiéis optam pela recusa da transfusão de sangue, mesmo em casos que seria iminente o risco de morte e o único recurso reversível seria a aceitação do sangue. Como versa Pereira (2017, p.22), “ocorre que, em situações extremas, tal quando o paciente perde de 25 a 30% do volume sanguíneo, receber transfusão de sangue por indicação médica pode ser a única forma de evitar a morte de um paciente”.

SUICÍDIO ASSISTIDO

O conceito de suicídio, conforme escreve Cabrera (2011, p. 51) é condenável em qualquer esfera:

[...] do ponto de vista médico e psicológico, suicídio liga-se a doença, perturbação emocional, desequilíbrio. Para o sacerdote, suicídio é ofensa à Obra de Deus, pecado contra a Criação, blasfêmia, impiedade. Para o jurista, suicídio é crime e subversão do estabelecido. Os médicos costumam dizer de alguém que se suicida que ele estava “fora de si mesmo” ou que “não era ele mesmo” quando fez aquilo, que se “tivesse se recuperado” não chegaria a tal ato. Nessa formulação, nega-se ao suicida a possibilidade de ser “dono” da sua morte, sujeito a ela.

Conforme elucida Botega (2015, p. 25), atualmente é empregado o ideal do combate ao suicídio pelos profissionais da saúde, os quais devem avaliar o risco do suicídio e reunir esforços para evitar que seus pacientes se matem. Contudo, quando se analisa mais a fundo a possibilidade de uma pessoa dar fim à vida com auxílio de profissionais da saúde, normalmente em quadros clínicos terminais, surge todo o estudado sobre os princípios norteadores da autonomia privada do cidadão, garantindo-lhe o direito de bem dizer o que entende por vida digna, ou ainda, morte digna.

Como mencionado anteriormente, diversos países já são adeptos do suicídio assistido, podendo ser requerido através das Diretivas de Vontade. Tal abreviação da vida se faz parente próximo da eutanásia e ainda há a distanásia, que merecem ser diferenciadas. Na explicação de Sá e Moureira (2015, p. 86-87),

[...]A eutanásia propriamente dita é a promoção do óbito. É a conduta, através da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, com consentimento da pessoa, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida. [...] Do lado oposto da eutanásia, encontra-se a distanásia [...] configura-se pelo prolongar do processo de morrer, quando o médico insiste na administração de tratamentos inúteis[...] dedica-se a prolongar, ao máximo, a qualidade de vida humana, combatendo a morte como grande e ultimo inimigo. [...].

Nesta esteira, nas palavras de Ribeiro (1999), o suicídio e a eutanásia se aproximam muito, porém se distinguem quanto a execução do suicídio:

Bem próximo da eutanásia está o suicídio assistido; mas não se confundem. Nem o suicídio assistido se confunde com a indução, instigação ou auxílio ao suicídio, crime tipificado no artigo 122 do Código Penal. Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge diretamente a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro.

A base para o rompimento da vida em momento doloroso, com quadro clínico irreversível, tem ligação jurídica direta com a autonomia do paciente, de modo futuro, em concórdância com a primazia do direito fundamental à vida, a liberdade religiosa e a dignidade humana, princípios basilares e pétreos assegurados pela Constituição Federal brasileira.

Em contrapartida à autonomia prospectiva do paciente e ao suicídio assistido, há diversos autores que ainda defendem o Estado Maior, como sendo a vida o direito máximo e intangível, não podendo ser abdicado através do espectro privado do cidadão, e sendo inválido o argumento da autonomia privada frente ao direito à vida.

É neste sentido que o Desembargador Fagundes de Deus, em decisão monocrática emanada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no Agravo de Instrumento 2009.01.00.010855-6/GO, antecipou os efeitos da tutela para permitir que o Hospital, agravante, realizasse contra a vontade do agravado, a transfusão de sangue, com o intuito de evitar-lhe a morte. A fundamentação do Desembargador Federal foi a seguinte:

Nesse sentido, é preciso considerar que a ordem constitucional, se interpretada na plenitude de sua visão teleológica, nega atitudes conducentes ao repúdio ao direito à própria vida, tanto é que a legislação infraconstitucional inadmite a prática de eutanásia e, bem assim, reprime o induzimento ou auxílio ao suicídio.

De outra parte, razão assiste à Agravante ao sustentar que o direito à vida é um bem indisponível, cuja proteção incumbe ao Estado e que “a realização da transfusão sanguínea pretendida afigura-se como única forma de efetivação de tal direito, neste caso concreto.

Nesta mesma linha de raciocínio e resistência ao aceite da autonomia privada, José de Oliveira Ascensão (2014, p. 497) afirma que a autonomia não é um direito absoluto, e neste ponto, não justifica tudo, porque ninguém tem direito absoluto sobre a vida ou sobre a saúde.

Já Flávio de Araújo Williman (2010, p. 59-71) afirma que a:

“proteção de um direito fundamental não pode esvaziar de completo outro direito e é isso que ocorre quando se privilegia a convicção religiosa do paciente enfermo: ele perde a vida, o que não pode ser admitido pelo Estado de Direito. A não aceitação da transfusão de sangue, pelo paciente, normalmente fiel Testemunha de Jeová, de acordo com o autor, é um exercício não razoável da liberdade religiosa”.

Vê-se que a doutrina brasileira não é omissa quanto ao tema, debatendo a validade ou não da autonomia prospectiva do paciente terminal, em relação às Diretivas da Vontade, e ainda argumenta sobre a possibilidade de o auxílio ao suicídio ser ou não conteúdo válido e legal para as Diretivas. Porém, os entendimentos são vários e é possível notar que a Corte brasileira igualmente não chegou a nenhum consenso a ponto de emanar alguma Súmula.

Ora, qual é o sentido de garantir toda a autonomia ao cidadão, seu direito de crença, vida digna em seu sentido mais amplo e íntimo garantido constitucionalmente, sendo que em um momento necessário do referido direito, através da autonomia privada, o cidadão sofrer a autoridade máxima do Estado paternalista?

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta claro que as Diretivas Antecipadas da Vontade, sendo percebidas como o nome mais técnico, carecem de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro, visto o Conselho Federal de Medicina não tem competência para regular a matéria e, muito menos, as Jornadas de Direito. É urgente a que o Brasil observe seus princípios basilares do Estado Democrático de Direito, regido por normas democráticas, eleições livres, periódicas e pelo seu povo, como o respeito das autoridades públicas, e o respeito aos direitos fundamentais, resguardados aos cidadãos (Moraes, 2018, p.72).

Deve ser reconhecida a autodeterminação dos cidadãos, em sua escolha prospectiva por submeter-se a tratamentos médicos ou não, optar pelo suicídio assistido ou não, visto que há o resguardo a sua liberdade e autonomia, conforme preceitua a Constituição/88.

A autonomia prospectiva deve ser assegurada perante o autoritarismo e ingerência dos detentores do poder, frente o paternalismo estatal. Ora, toda a autonomia discutida aqui, por meio das Diretivas Antecipadas tem relação única com o paciente e autor da diretiva, não recaindo sobre qualquer terceiro, então por que a resistência do Estado? Ademais, se viu que além do direito à vida e a dignidade humana, há o direito à religião e crença, que afeta diretamente as motivações e interesses autônomos do paciente/autor das Diretivas Antecipadas da

Vontade. Não há como garantir um direito pético ao cidadão e, em outro momento, restringi-lo, como quer o Estado brasileiro.

De grande importância é ressaltar que defender unicamente o direito à vida como máxima é afronta a todos os outros direitos garantidos constitucionalmente e a minoria dos cidadãos, como sustenta Pereira (2017, p.74-75):

Não mais se sustenta a doutrina que afirma a primazia da vida: esta é autoritária e não respeita a minoria, portanto, antidemocrática. **A vida dá margem aos outros direitos, mas antes de tudo, ela precisa ser digna, ao gosto do seu titular. A vida é dele, e não da coletividade e muito menos do Estado.** (grifo meu).

Neste diapasão, a liberdade deve ser respeitada no Estado Democrático de Direito, como princípio norteador da autodeterminação do ser político, e ainda, por complemento, Pereira (2017, p. 75) assevera que “[...] a liberdade individual, que não fere de nenhuma forma a ordem, o interesse ou a paz pública, deve prevalecer, por mais angustiante que seja a vontade traduzida por esta liberdade”.

Por fim, cada um sabe a dor que carrega consigo, os fundamentos da vida, o que entende por dignidade. Não cabe a nenhum outro, a não ser ele mesmo, decidir o que é melhor para viver, ou para o seu fim, compreendendo que apesar de semelhantes, os seres humanos são únicos e merecem tolerância perante sua autonomia.

4. REFERÊNCIAS

JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica Evangelium Vitae**. Roma. 1995

Albert R. Jonsen. **Dying Right in California** — The Natural Death Act, Clinical Toxicology, 13:4, 513-522, 1978.

ANGERAMI, Valdemar Augusto. Sobre a Dor. In: ANGERAMI, Valdemar Augusto. **Psicossomática e a Psicologia da Dor**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2012. Cap. 1. p. 1-60. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>. Acesso em: 27 fev. 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. As disposições antecipadas de vontade: o chamado “testamento vital”. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, p. 493-517, 2014. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2014v64p493/1540>. Acesso em: 27 fev. 2019

BOTEGA, Neury José. **Crise Suicida: avaliação e manejo**. Porto Alegre: Artmed, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014** – São Paulo/SP. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>. Acesso em: 27 fev. 2019

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books>. Acesso em: 27 fev. 2019.

EPICURUS, **Principal Doctrines and Letter to Menoeceus, in Saunders**. Ed., New York: Greek and Roman Philosophy after Aristoteles, 1966.

FERNANDES, Darley Alves. Dos direitos naturais aos direitos políticos e sociais segundo John Locke. **Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos/UFG**, Goiânia, v. 1, n. 1, p.1-9, 2011. Disponível em: <https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/0201_2011x.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Traduzido por Karina Jannini e revisado por Eurídes Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LUPER, Steven. **A filosofia da Morte**. Traduzido por Cecília Bonamine. São Paulo: Madras, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVIERI, Isabella Souza Costa. Autonomia privada existencial, paternalismo jurídico e os relativamente incapazes: critérios para a interpretação do Art. 4º, I, CC/2002 à luz da CF/88. **XXI Seminário de Iniciação Científica PUC-RIO**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 21, p. 26-45, ago. 2013. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/resumos_pdf/ccs/DIR/JUR2645_Isabella%20Souza%20Costa%20Olivieri.pdf. Acesso em: 27 fev. 2019.

PEIXOTO, Adão José. **Sócrates, a filosofia e a questão da morte**. Fragmentos de Cultura, Goiania, v. 20, n. 9, p. 663-682, set. 2010. Mensal. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/viewFile/1642/1036>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

PEREIRA, Princilla Ramineli Leite. **Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová: implicações penais**. São Paulo: Spessoto, 2017.

PESSINI, Léo. A eutanásia na visão das grandes religiões mundiais. **Revista do Conselho Federal de Medicina**. n 1. v 7, p. 41-59, 1999.

PIRATELI, Marcelo Augusto; MELO, José Joaquim Pereira. **A morte no pensamento de Lúcio Aneu Sêneca**. Acta Sci. Human Soc. Sci., Paraná, v. 28, n. 1, p.63-71, 2006. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/>. Acesso em: 27 fev. 2019.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Viver bem não é viver muito**. Direito Médico e Biodireito.1998. Disponível em: <http://www.diaulas.com.br>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas da vontade e cuidados paliativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ. **Declaração sobre a eutanásia**. Roma. 1980. Disponível em: <http://www.vatican.va/>. Acesso em: 27 fev. 2019.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana: o caso da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. **Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio, 2010.

Contatos: loren.amaro22@gmail.com (IC); anhos.m@adv.oabsp.org.br (orientador).