

# DIGNIDADE DA MORTE E TESTAMENTO VITAL

## DIGNITY OF DEATH AND LIVING WILL

Ana Maria Viola de Sousa - Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra-Portugal . Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais (Direito Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora e Pesquisadora No Mestrado em Direito e Graduação em Direito na UNISAL-Lorena SP, Professora e Pesquisadora no Curso de Direito na UNIVAP e UNIP em São José dos Campos/SP, Advogada.

Lino Rampazzo – Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra-Portugal Doutor e Mestre em Teologia pela Pontifícia Universidade Lateranense. Professor e Pesquisador no Curso de Mestrado e Direito na UNISAL – Lorena-SP, Coordenador e Professor do Curso de Teologia da Faculdade Canção Nova (Cachoeira Paulista).

**Resumo:** A morte é um evento que admite uma pluralidade de formas e processos. Vida e morte são aspectos da condição humana e a abordagem sobre tais temas exige o olhar sob o prisma da dignidade humana. Em um passado relativamente recente não havia referências na preservação artificial da vida. Com o rápido avanço tecnológico e procedimentos médicos mudam-se o cenário e a utilização de mecanismos altamente sofisticados para a manutenção da vida hoje é comum. Esse novo contexto traz à tona a qualidade do tratamento dado às pessoas, especialmente no estado em que o paciente esteja impossibilitado de tomar decisão por si. O presente trabalho objetiva fazer uma discussão acerca da dignidade da morte analisando as principais implicações na eleição do Testamento Vital como forma de preservar o direito de autonomia e liberdade como garantidores do respeito à integridade e à dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Morte. Dignidade. Testamento Vital.

**Abstract:** Death is an event that admits a plurality of forms and processes. Life and death are aspects of the human condition, and the approach to such subjects requires a look under the prism of human dignity. In a relatively recent past there were no references about the artificial preservation of life. Fast technological advancement and medical procedures change the scenario and the use of highly sophisticated mechanisms for the maintenance of life today is common. This new context brings to light the quality of treatment given to people, especially in the state where the patients are unable to make a decision for themselves. The present work aims to discuss the dignity of death by analyzing the main implications of the election of the Living Will as a way to preserve the right to autonomy and freedom as guarantors of respect for the integrity and dignity of the human person.

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

## 1. Introdução

A morte é um tema que desperta diversos questionamentos em todas as áreas de conhecimento, principalmente quanto ao momento da morte e as implicações desse evento. As áreas médica, do direito e biodireito têm-se debruçado sobre o tema, discutindo-o sob visão técnico-científica e da ética tentando esclarecer os pontos controvertidos.

De acordo com Urionabarrentxea (2003, p. 2) apenas 10% (dez por cento) de todas as mortes ocorrem de forma abrupta, súbita e inesperada, sendo de 90%, ou seja, a maioria, portanto, as ocorrências em instituições de saúde. Rueda (2015, p. 180), nesse sentido, assevera que se trata de “hospitalização da morte”, principalmente na Colômbia, em que cada dia mais a morte se distancia da vida cotidiana, aumentando, conseqüentemente a sua frequência em hospitais. Essa situação tem consonância com o grande avanço da medicina, da tecnologia cada vez mais sofisticada em termos de resultados, pelas quais a classe médica tem utilizado com o fim de preservar e prolongar a vida dos pacientes.

A morte, assim como a vida, é um processo, ou seja, há uma protelação no tempo. A vida e a morte são dois aspectos da condição humana, sendo a morte parte integrante da vida (MENDONÇA; SILVA, 2014, p. 169). A morte, assim, não é o fim da vida, mas um evento indissociável da vida e pode ocorrer naturalmente, com serenidade, sem sofrimentos e rodeada de acolhimento e dignidade, ou, ainda por diferentes formas de intervenção (MENDONÇA; SILVA, 2014, p. 169). Toda pessoa, ainda que esteja no processo irreversível de morte é um ser humano e como tal, sujeito de direitos e deve ser assim respeitado.

É esse evento que o presente artigo pretende refletir: as implicações do momento para o paciente, para o tratamento dado pelo corpo médico, quais as relações com o sistema jurídico, as expectativas do Biodireito e, em especial, quanto à eleição do testamento vital.

A metodologia utilizada será teórico-doutrinária com base na pesquisa bibliográfica e documental, cujos estudos terão uma abordagem sistemática pelo método dedutivo.

## 2. Diversidade do processo da morte

Referenciar o evento morte é sempre complexo, pois não se limita a uma análise do ponto de vista de saúde e vida. Nele estão envolvidos aspectos religiosos, culturais, sociais, pessoais e familiares, encerrando também ideias espirituais e psicológicas como o medo e mistério. Isso sem considerar que as relações entre a medicina e a sociedade evoluíram ao longo do tempo, elegendo questões como ética, dignidade e humanização na pauta dessas relações.

No conjunto dessas circunstâncias constata-se a diversidade do processo da morte. Figuras como a eutanásia, suicídio, ortotanásia, mistanásia, distanásia, entre outras, são comumente destacadas como processos ligados a diferentes argumentos, prós e contra, onde cada estudo oferece uma gama de fundamentos e pontos de vista, identificada pela respectiva área de conhecimento.

A eutanásia caracteriza-se por proporcionar uma “boa morte ou morte suave” a quem esteja em fase terminal de sua vida (TELHADO, 2015, f. 43). É uma prática que busca evitar a dor e o sofrimento das pessoas sem qualidade de vida, cuja angústia é o temor da solidão, o medo de se tornar um estorvo para a família e amigos, ou por falta de esperança e de expectativa de tratamento ou cura e que enseja o direito à morte digna (ROCHA, 2014, p. 145). Dentro desse contexto, a doutrina traz algumas peculiaridades: a eutanásia não se constitui apenas ato de provocar a antecipação da morte a pedido do enfermo, mas também omissão, ou seja, pela omissão de tratamento terapêutico (TELHADO, 2015, f. 44). É a eutanásia negativa, afirma Swiderek (2007, f. 83). Há também, a eutanásia de duplo efeito, também chamada de indireta, em que a morte é provocada indiretamente, com consequência de alguma ação médica visando alívio do sofrimento (SWIDEREK, 2007, f. 83). De qualquer modo, a eutanásia se caracteriza segundo o critério da vontade do paciente terminal, devendo ser sempre voluntária, expressa e livre solicitada no momento em que se encontrava sã. Por essa razão, quando o paciente se encontra impossibilitado de exprimir sua vontade, e se a decisão é tomada por terceiros, familiares, por exemplo, a eutanásia torna-se extremamente problemática (TELHADO, 2015, f. 46).

A eutanásia também não deve ser confundida com o suicídio, pois naquela há que se ter o pedido do próprio indivíduo e prática de terceiros, já neste, a prática é do próprio indivíduo, ainda que se configure como suicídio assistido, no qual há ajuda de um terceiro que pode se traduzir numa orientação, um auxílio ou apenas uma observação (ROCHA, 2014, p. 148).

Também não há que confundir com ortotanásia. Por ortotanásia se entende o processo natural da morte, sem o uso de equipamentos ou medicamentos que prolonguem artificialmente

a vida do paciente. No dizer de Swiderek (2007, p. 87) o procedimento é sensível à humanização da morte, já que na situação em que se encontra o paciente não há mais o sentido da vida, nem de cura, restando apenas o sentido da dignidade da morte. Permite-se que o paciente terminal possa morrer em paz (TELHADO, 2015, p. 52).

A distanásia, ao contrário, utiliza processos terapêuticos, cujo efeito é muito mais nocivo do que os o próprio mal de que padece o paciente. É considerada por muitos autores como “prolongamento da vida abusiva”, já que o paciente vive exclusivamente graças ao meio artificial, cujo benefício esperado é menor do que os inconvenientes do processo (SWIIDEREK, 2007, p. 85). Nesses casos, para que não se configure excesso, um “paternalismo autocrático dos médicos”, como afirma Urionabarrentxea (2003b, p. 2), há necessidade de moderação.

Por outro lado, deixar de dar a assistência necessária e disponível, pode caracterizar a mistanásia, figura também conhecida como “eutanásia social”, na qual a omissão de socorro ocasiona o falecimento do indivíduo (SANTOS JÚNIOR; SILVA; ZAGANELLI, 2017, p. 42). Na doutrina de Martin (*apud* SANTOS JUNIOR; SILVA; ZAGANELLI, 2007, p. 43) podem ser observadas três categorias na ocorrência da mistanásia: (i) àqueles que, por falta de condições econômicas e financeiras, nem mesmo chegam a ser considerados pacientes, pois não têm acesso à assistência; (ii) outrosque, embora tenham atendimento, tornam-se vítimas de erros médicos; (iii) e ainda outros, pacientes que são vítimas de má prática por motivos econômicos, políticos ou científicos.

Visto assim, há diversos processos pelos quais ocorre a prática de abreviar a vida do paciente, seja a seu próprio pedido, seja por intervenção de terceiros; alguns com atendimento humanizado, outros nem tanto; existem atendimentos que não medem esforços para fazer tudo pela preservação da vida, ainda que para isso tenha que apelar para aparelhagem tecnológica com intervenção exagerada e ilimitada, mas há outros que morrem sem quaisquer assistências.

Contudo, como afirma Rocha (2014, p. 145) a vida é um bem jurídico inviolável, sendo a dignidade um atributo da vida. Considerando que a morte é um evento que faz parte integrante da vida, necessário que haja o respeito à integridade da pessoa, sem desmerecer o avanço da ciência, as práticas concernentes à morte do indivíduo devem ser tratadas de modo a não perder de vista a essência do ser humano, à sua dignidade.

### 3. Diretrizes antecipadas – testamento vital

Num contexto em que se observa grande avanço tecnológico no campo da medicina, com o aumento da expectativa de vida e redução da mortalidade, as pessoas que antes morriam imediatamente, hoje têm aparatos para mantê-las vivas, trazendo questionamentos quanto à qualidade de vida dessas pessoas.

Iniciou-se nos Estados Unidos os chamados *living will*<sup>1</sup>, com o objetivo de fornecer às instituições bem como aos profissionais e ao próprio paciente, base legal que permitisse a este último recusar ou aceitar determinado tratamento (MARTINS, 2007, p. 221).

Segundo Dadalto (2013, p. 107), é chamada Diretiva Antecipada de Vontade, como gênero, da qual podem seguir duas espécies: o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro (*durablepowerattorney*). Apesar de não ser regulamentado legalmente no Brasil, muitos países adotam tais documentos, através dos quais um indivíduo pode se manifestar por escrito, a quais procedimentos admite ser submetido e a quais não se aceita, quando se encontrar incapacitado para prestar validamente o seu consentimento (GODINHO, 2012, p. 947). Dadalto (2013, p. 107) esclarece que as diretivas antecipadas não precisam ser utilizadas, necessariamente, na terminalidade de vida, podendo socorrer-se de tais declarações quando o paciente estiver transitoriamente impossibilitado de expressar sua vontade.

De forma genérica pode-se afirmar que o testamento vital contém declarações pessoais acerca de futuros cuidados médicos, enquanto o mandato duradouro, refere-se a simples nomeação de um terceiro que irá tomar as decisões em nome do paciente quando este estiver impossibilitado de manifestar sua vontade (DADALTO, 2013, p. 107).

### 3.1 Conceituação

No Brasil, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1.995/2012<sup>2</sup>, destaca no art. 1º:

---

<sup>1</sup> Ou vontade de viver, traduzida para o português como “testamento vital”. São conhecidas as expressões Health Care Directive (diretiva de cuidado de saúde) ou Advance Directive (diretiva antecipada) como conexas (MARTINS, 2007, p. 221)

<sup>2</sup> Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf) Acesso em: 10 ago. 2018.

Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Em Portugal, o item 1 do art. 2º, da Lei 25/2012<sup>3</sup>, de 16 de julho especifica o testamento vital como:

As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

Na Espanha, o art. 11 da Lei 42/2002, de 14 de novembro<sup>4</sup>, assim estabelece:

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlo personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

---

<sup>3</sup>Publicada no Diário da República, 1.ª série, nº 136. [Em linha]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=1765A0019&nid=1765&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1765A0019&nid=1765&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao) Acesso em 10 ago. 2018.

<sup>4</sup><https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188>

Vê-se na legislação a preferência da expressão diretivas antecipadas ou instruções prévias, exceto em Portugal que trata exclusivamente da forma de testamento vital. Godinho (2012, p. 956) alerta para a inadequação do termo “testamento”, por entender não se tratar exatamente de testamento, já que este destina-se a produzir efeito *pos-mortem* enquanto a diretiva em questão tem eficácia *inter-vivos*.

### 3.2 Características

Dentre as principais características destacam-se: os princípios (da autonomia, da autodeterminação e da dignidade); o formalismo (capacidade, ato jurídico, revogabilidade); o conteúdo heterogêneo; e a execução diferida no tempo.

#### a) Princípios informadores

O fundamento da autonomia significa o reconhecimento e respeito pela autodeterminação pessoal dos enfermos, permitindo a cada um a escolha pela possibilidade de se submeter ou não a determinados procedimentos. Urionabarrentxea (2003b, p. 2) menciona que na autodeterminação há dois fundamentos básicos: o de abster-se a condutas indesejáveis ou lesivas e de privilegiar os interesses e valores das pessoas, considerados pessoais e privados de forma a impedir intervenções de terceiros. Quijada-González e Garrido (2014, p. 141) dizem que a aplicação do princípio da autodeterminação se materializa no uso de sua liberdade responsável. Permite-se, assim, ao indivíduo conduzir sua própria vida de maneira que julgar mais conveniente, assegurando-se a Constituição Federal, o direito à vida privada. Ao valorizar o poder de autonomia das pessoas enfatiza-se sua iniciativa para regular e efetivar os seus interesses.

Visto de outro ângulo, respeitar a autonomia da pessoa do enfermo, conjuga-se como o respeito à sua dignidade. Na análise de Martins (2007, p. 227) o direito de autonomia constitui uma das mais importantes dimensões da proteção da integridade pessoal e da liberdade do indivíduo, pois, através de seu exercício este, consente ou recusa a prestação de determinados cuidados de saúde.

Seria inconcebível a submissão a um tratamento médico não consentido, pois isso implicaria uma agressão ilícita. É o que se pode observar do enunciado do art. 15 do Código Civil Brasileiro: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

Mas, para que a paciente possa exercer seu direito de autonomia, é indispensável o consentimento esclarecido<sup>5</sup> na relação médico-paciente. É esse consentimento esclarecido que dará o suporte necessário para que o paciente tenha condições de melhor escolher um determinado tratamento ou recusá-lo. Quijada-González e Garrido (2014, p. 147) argumentam que ambas, tanto o consentimento esclarecido quanto o testamento vital, são manifestações da vontade respeitando a autonomia do paciente, mas há diferenças. Esses autores citam por exemplo que: no testamento opera-se a presunção *juris tantum* enquanto no consentimento a relação se estabelece de forma direta e fluida entre médico e paciente; no testamento vital não há referência expressa à informação sobre diagnóstico, tratamento ou alternativas, assim como não há circunstâncias de imediatez; no testamento pode haver declaração da vontade por substituição, o que não ocorre no consentimento, além de ter suporte legal diferenciado entre as duas figuras. Na análise de Telhado (2015, p. 83) estando o testamento vital no plano da relação médico-paciente, todas as intervenções carecem de consentimento esclarecido. Assim, seja o médico ou o profissional de saúde tem o dever de informar, em linguagem acessível, os fatos que são relevantes para que o paciente possa tomar sua decisão em plena consciência.

De todo modo, o testamento vital é concebido pela doutrina como um documento especialmente dirigido a um paciente terminal<sup>6</sup>, com impossibilidade de manifestar sua

---

<sup>5</sup> Consentimento esclarecido é um documento de caráter explicativo onde são abordadas todas as questões relativas acerca da doença ou à situação clínica do paciente, de forma clara, precisa e de fácil compreensão, destacando os riscos, os benefícios, os procedimentos, os métodos, possibilidade de sucesso, duração que podem afetar a saúde e a integridade da pessoa. De um lado, a relação médico-paciente é, *a priori*, assimétrica, pois o médico possui o conhecimento e meios técnicos, enquanto o paciente coloca a vida, a integridade física e psíquica a mercê de sua atuação. Essa assimetria não deve se transformar em desequilíbrio, mas, caracterizar-se por consideração e respeito mútuos, sustentados por diálogo existente entre eles. A relação médico-paciente realiza-se em três grandes dimensões: a socioeconômica, a técnico-científica e intersubjetiva de ajuda, razão pela qual deve se submeter não apenas aos códigos de ética, mas também a leis, regras e princípios que informam a prática médica. Nessa relação devem ser observados os princípios da veracidade, da privacidade, da confidencialidade, da fidelidade, da transparência e da confiança, todos informadores do consentimento esclarecido. São princípios que visam preservar o enfermo em sua totalidade, equilibrando e harmonizando o vínculo, conferindo-lhe garantias mínimas, não apenas quanto à relação jurídica em si, mas também à proteção de dados fornecidos em consultas e exames clínicos (SCHAEFER, 2012, p. 6322-6330)

<sup>6</sup> Para Swiderek (2007, p. 48) determinar o que seja paciente terminal não é fácil. De forma genérica a terminalidade ocorre quando se esgotem todas as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte será inevitável. Mas, diz essa autora, a discussão deve se dar caso a caso, pois existe um contexto particular, condições pessoais e possibilidades reais, a posição do médico, do paciente e da família que



vontade, no momento atual, mas que anteriormente o tinha estabelecido. Exige-se, portanto, o respeito à sua autonomia, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana.

#### b) Formalismo

Embora a legislação de cada país determine as formalidades para a elaboração do testamento vital, comumente, pode-se considerar como um documento unilateral, pois depende apenas da livre manifestação do paciente. E é também considerado um documento jurídico e como tal exige agente capaz.

Dadalto (2013, p. 109) argumenta que a capacidade, do ponto de vista de discernimento é imprescindível para dar validade ao testamento vital. Desse modo, a capacidade no âmbito da relação entre médico e paciente pode não coincidir com o entendimento da capacidade civil, pois, diz a autora (idem), ainda que determinada pessoa tenha capacidade civil, clinicamente pode não apresentar o discernimento necessário, por estar sob efeito de medicamento, por exemplo. Por isso, o que importa aqui, é a capacidade de discernimento, de entender as informações prestadas pelo médico, no momento da tomada de decisão.

Godinho (2012, p. 962) acrescenta que no requisito da validade do documento e seus efeitos é necessário que a capacidade seja plena, portanto, a incapacidade relativa a menores, por exemplo deve ser suprida por decisão judicial, além de que a manifestação da vontade deve ser livre e espontânea, isento de erro, dolo ou coação.

Nas legislações estrangeiras que regulamentam o testamento vital há exigência da forma escrita e o seu registro no órgão competente. No Brasil, a Resolução 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina<sup>7</sup>, apenas indica que o médico deva anotar no prontuário do paciente as diretivas antecipadas de vontade. No entanto, para dar segurança jurídica, Dadalto (2013, p. 110) recomenda redação de próprio punho pelo paciente e seja devidamente registrado em cartório. Godinho (2012, p. 963) acrescenta também que, por se tratar de documento particular, seja subscrito por três testemunhas, embora seja mais prudente sua elaboração perante um tabelião assegurando-lhe a fé pública.

Por ser ato voluntário tem também a característica da revogabilidade a qualquer tempo. Nesse aspecto apresenta alguns inconvenientes. Por se tratar de eleição de procedimentos realizada com anterioridade pode apresentar disparidade entre a data da opção e a da situação

---

devem ser incluídas. Há também o aspecto da incurabilidade que pode estar envolvida, diz a autora, e esta perspectiva é elaborada por uma estimativa de probabilidade, portanto falível e incerto.

<sup>7</sup> Art. 2º, § 2º - Res. 1.995/2012 – CFM.

concreta. As pessoas mudam, e a nova personalidade poderia ter interesses diferentes da antiga; as condições atuais podem ser outras das existentes à época da opção, podendo colocar em dúvida valores e os desejos do paciente (URIONABARRENTXEA, 2003b, p. 2). Em razão do tempo transcorrido entre a outorga e a execução, pode haver desatualização do documento, dificultando sua interpretação, levando a questionar a presunção relativa da vontade, pois é possível mudanças na mentalidade do paciente à medida que evolui o quadro clínico, ou às circunstâncias, ou ainda às opiniões de familiares (QUIJADA-GONZÁLES; GARRIDO, 2014, p. 149). É exatamente por causa dessas mudanças, que os questionamentos surgem, já que fatos futuros não são tão detalhadamente previstos. Pode ocorrer, por exemplo, o agravamento da saúde, sem que tivesse tempo de o paciente, que indiretamente demonstrava mudança em sua vontade, assinar novo testamento. Minimizar essas ocorrências assegurando que a atenção médica seja conformada às preferências do paciente, necessita que sejam melhorados os processos de tomada de decisão, que favoreça a educação a respeito da morte, que otimize o bem-estar e que os pacientes tenham controle sobre sua assistência, sugere Urionabarrentxea (2003b, p. 4).

c) Conteúdo heterogêneo

É a natureza jurídica do documento que permite analisar o testamento vital como de conteúdo heterogêneo, afirmam Quijada-González e Garrido (2014, p. 141), pois englobam, não apenas as disposições de recusa de algum tratamento, como as disposições aceitáveis. Além disso, argumenta Dadalto (2013, p. 110), em algumas legislações estrangeiras, pode-se até mesmo dispor sobre doação de órgãos.

Também é possível estabelecer cláusulas sobre cerimônia de sepultamento, a nomeação de representante legal que tomará as devidas providências e os limites dos poderes outorgados (QUIJADA-GONZÁLES; GARRIDO, 2014, p. 146). Dadalto (2013, p. 106) ainda esclarece que é comum a coexistência de um mandato duradouro e testamento vital em um único documento, sugerindo que, para evitar dúvidas, seria melhor, nomear um procurador no testamento vital, bem como nomear o mesmo procurador para mandato duradouro, desse modo não haveria conflito de procuradores.

A permissão para o estabelecimento amplo de cláusulas sua interpretação pode suscitar dúvidas. A doutrina recomenda, nestes casos, a aplicação da máxima *in dubio pro vita aut pro conscientia* – em caso de dúvida deve agir em favor da vida ou da consciência, devendo prevalecer a autodeterminação (SWIDEREK, 2007, f. 104; CONCEIÇÃO, 2015, f. 39). Nesse

sentido, faz-se necessário socorrer-se da ética médica, cujo princípio da beneficência busca atingir o bem-esta da pessoa e alcançar os interesses do paciente; há uma obrigatoriedade do profissional de saúde em promover primeiramente o bem do paciente, baseado na regra da confiança, evitando danos ou tratamentos não reconhecidamente necessários ou úteis (SWIDEREK, 2007, f. 43).

E por óbvio, embora haja certa liberdade na consignação dos conteúdos, não se permite estabelecer qualquer cláusula contrária às normas legais, à ética médica e aos bons costumes. Dadalto (2013, p. 110) é de opinião que, a despeito de o Conselho Federal de Medicina estabelecer que basta anotação do médico no prontuário do paciente, o documento deve ser redigido pelo paciente com a assistência do médico, a quem incumbe possuir todos os aspectos técnicos dos procedimentos e cumprir os desejos do paciente.

#### d) Diferimento no tempo

A eficácia diferida no tempo é outro argumento bastante discutido na doutrina, havendo posições que aceitam como expressão real do paciente, e outras que colocam em dúvida a sua atualidade. Na análise de Oliveira (2017, f. 32) como o documento foi produzido exatamente para produzir efeitos quando o paciente não mais puder expressar sua vontade, a incapacidade superveniente, em realidade, será indiferente. Porém, há quem entenda que o consentimento não é atual. Nessa situação o mais difícil é aferir as alterações da vontade (OLIVEIRA, 2017, f. 35). Contudo, afirma Swiderek (2007, p. 105), ainda assim a validade do consentimento pode ser avaliada verificando a coerência com o sistema de valores e com sua atitude perante a vida durante o período anterior à enfermidade. Também há a possibilidade de se recorrer a terceiros nomeados para representar o paciente, devendo nesse caso, o outorgado ter pleno conhecimento das preferências, os desejos e a capacidade de transmitir tais informações à equipe médica. (SWIDEREK, 2007, p. 107).

A Lei portuguesa que disciplinou o Testamento vital prevê um prazo de cinco anos de validade da declaração, desde a data de sua celebração se não houver renovação<sup>8</sup>. Na análise de Oliveira (2017, p. 35) há aqui uma caducidade. Conceição (2015, p. 47) analisa que, além dessa caducidade, a Lei Portuguesa prevê ainda mais três situações em que ocorre a cessação dos

---

<sup>8</sup> Lei 25/2012 – art. 7º - 1 - O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura.

2 - O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 3.º

3 - O documento de diretivas antecipadas de vontade mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.

efeitos: a revogação do outorgante (o que pode ser feito a qualquer tempo); quando houver evidente desatualização da vontade (seja pela análise do histórico de vida, seja pela influência de fatores externos); e se não ocorrerem as circunstâncias de fato previstas no momento da assinatura (a descoberta de novas terapias ou resposta do corpo a determinados tratamentos que modificam a evolução do quadro clínico).

### 3.3 Críticas

Uma das grandes polêmicas a respeito do Testamento Vital é a vinculação ou não da equipe médica aos termos estritos da declaração da vontade, exatamente pelo caráter de execução diferida no tempo. De acordo com Rocha (2014, p. 159) há que se cotejar a declaração da vontade anterior com a decisão atual. Oliveira (2017, f. 37), analisando a legislação portuguesa afirma que há uma relatividade da declaração do consentimento, pois consagra-se a prevalência da vontade real sobre a vontade declarada. Conceição (2015, f. 69), diz que a princípio há vinculação do médico ao consentimento do paciente, de modo que, mesmo que a recusa de submissão a determinado tratamento seja prejudicial ao próprio paciente o médico deve abster-se do procedimento, cessando, para o médico o dever. Porém há casos em que isso não se aplica, especialmente quando for evidenciado situação de emergência.

Há também críticas quanto à inobservância do direito à vida. Essa tese afirma a inviolabilidade da vida, considerado um bem indisponível, e a vida deve preponderar sobre o direito de decisão. Essa posição tem como argumento o fundamento na moral católica que sempre enalteceu com ênfase o valor da vida humana, não só considerada como um dom recebido de Deus, como também um em pessoal, de tal modo, tirar a própria vida ou a de outrem seria ofender a caridade para consigo próprio e para com o próximo (CANASTRA, 2007, f. 167).

Há também questionamento sobre a despreparo dos médicos e outros profissionais de saúde nos planos científico, técnico, ético, psicológico e afetivo para enfrentar a decisão em situações de irreversibilidade argumenta Canastra (2007, f. 117). Segundo essa autora, o fundamento reside no fato de que a formação acadêmica desses profissionais é de prepara-los para tratar e curar, para salvar vidas e vencer a morte; na ocorrência deste evento origina certo desconforto e angústia no seio da equipe, trazendo um sabor de derrota e de fracasso.

Quijada-Gonzáles e Garrido (2014, p. 144) argumentam que o Testamento Vital é um instrumento jurídico com finalidade defensiva: há quem sustente que o documento complementa o processo de autodeterminação do paciente e, portanto, serve como defesa da

própria dignidade; mas há também quem o considere como instrumento de proteção do médico, retirando-lhe a responsabilidade por algum ato de intervenção.

Esses autores ainda criticam que algumas legislações propõem a utilização de formulários pré-redigidos, bastando apenas a colocação de um “xis” em espaços brancos (QUIJADA-GONZÁLES; GARRIDO, 2014, p. 146). Por considerar cada caso uma situação específica, não é possível utilizar-se de formulários pré-redigidos, mas de elaborar o documento de acordo com a enfermidade, as complicações médicas, levando em consideração os conhecimentos tecnológicos disponíveis e os riscos de sua utilização, sem esquecer o aspecto pessoal do paciente.

De todo modo, argumentam Quijada-González e Garrido (2014, p. 150), trata-se de um instrumento jurídico válido, com grande potencial, que se bem utilizado, contribui para melhorar a qualidade assistencial do paciente dentro e fora das relações clínicas.

Varalli (2017, p. 160) analisa que a legislação mundial tem avançado no sentido de reconhecer como concretização da dignidade humana o direito à morte digna. O Testamento Vital, nesse sentido, reconhece a autonomia individual e a valorização de sua liberdade, constituindo-se em instrumento hábil a garantir o respeito à vontade do indivíduo.

Na visão de Quijada-González e Garrido (2014, p. 150) diversos países têm se debruçado a aprimorar o Testamento Vital, para concebê-lo de forma mais ampla, introduzindo o que eles chamam de “Planificação Antecipada das Decisões de Cuidados”. Por este novo modelo, a vontade do paciente não fica congelada no passado, assumindo forma de prolongamento do consentimento informado, sendo perfeitamente cabível nos casos de enfermos crônicos. Com o tratamento continuado, paulatino, é possível transmitir ao paciente as informações necessárias, de forma suportável e terapeuticamente adequada sobre o prognóstico de sua enfermidade, permitindo que o paciente possa manifestar sua vontade à medida que avança o tratamento.

#### 4. Dignidade e cuidados paliativos

Apesar da polêmica acerca do Testamento Vital, Dadalto (2013, p 110) é de opinião que não se pode confundir os procedimentos extraordinários de cuidados paliativos, pois só podem ser recusados aqueles e não estes. De acordo com essa autora, os cuidados paliativos são

orientados por alguns princípios citando-se: (a) a proporcionalidade terapêutica, ou seja, deve haver uma proporcionalidade entre os meios empregados e os resultados obtidos; (b) o duplo efeito, isto é, necessidade de verificar se determinado terapia introduzida com efeito de melhorar o quadro clínico, acaba por provocar danos maiores; (c) a prevenção, a qual exige que ao utilizar determinado procedimento, o profissional tenha a possibilidade de prever as possíveis complicações de sintomas; (d) não abandono, mantendo todo o sistema de apoio, se necessário, multiprofissional; e (e) o controle da dor. Na análise de Varalli,(2017, f. 41) os cuidados paliativos devem afirmar a vida e encarar a morte como um processo natural.

A Organização Mundial da Saúde conceitua cuidados paliativos como:

Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients – young and old – and their families who are facing the challenges associated with life-threatening illness. This is achieved through the prevention and relief of suffering, by means of early identification, assessment and treatment of pain and other physical, psychosocial and spiritual distress. (WHO<sup>9</sup>)

Os cuidados paliativos proporcionam conforto aos pacientes, aliviam os sintomas e melhoram a qualidade de vida; reduzem o sofrimento causado especialmente por doenças degenerativas, denominando-se *hospice* a instituição destinada a esses cuidados (SWIDEREK, 2007, f. 51-52). Sobre o assunto Maria Helena Diniz (2002, p. 346-347), comenta:

É na filosofia do asilo (*hospice*) que se torna viável a medicina paliativa, honrando a dignidade e a integridade do ser humano. Para a filosofia do *hospice*: a) deve-se aceitar a morte como episódio natural do ciclo vital; b) não se deve antecipar, nem prolongar a vida se a morte é inevitável; c) o paciente deve ficar unido a seus familiares e entes queridos; d) deve-se a equipe interdisciplinar cuidar da dor psicológica, espiritual e física; e) o objetivo clínico pretendido é controlar a dor e atenuar os sintomas da moléstia; e f) deve-se dar assistência ao paciente, independentemente das condições de pagamento.

Para Varalli (2017, f. 41) bem-estar, qualidade de vida e conforto possuem conceitos altamente subjetivos. Como afirma Swiderek (2007, f. 53) a dor é uma experiência individual de cada pessoa, apresentando distinções e variações e nem pode ser medida por algum instrumento, traduzindo-se em sofrimento. A dor física e o sofrimento, segundo essa autora são possíveis de serem tratados e controlados, aliviando-se as ansiedades.

A medicina paliativa não se trata de prolongar a vida a qualquer custo, mas de cuidar da pessoa, quando a cura já não for possível. É um tratamento que tem respaldo no humanismo e no respeito à pessoa. Humanizar a medicina significa reorientar a medicina terapêutica a evitar

---

<sup>9</sup> Disponível em: <http://www.who.int/ncds/management/palliative-care/en/> Acesso em 10 ago. 2018. Tradução nossa: Os cuidados paliativos são uma abordagem que melhora a qualidade de vida dos pacientes - jovens e idosos - e suas famílias que enfrentam os desafios associados a doenças potencialmente fatais. Isto é conseguido através da prevenção e alívio do sofrimento, pela identificação precoce, avaliação e tratamento da dor e outros problemas físicos, psicossociais e espirituais.

desproporcionalidade na aplicação da medida (RUEDA, 2015, p. 183). Não se cuida de rechaçar a medicina científica moderna, mas buscar limitar o seu uso (SWIDEREK, 2007, f. 52). A atitude médica nesse tratamento possui uma conotação ética e moral, constituindo-se numa prática correta, pois, esse tratamento cuida não apenas do físico, mas também das necessidades emocionais, sociais, familiares, psicológicas e espirituais (SWIDEREK, 2007, p. 52). A humanização utilizada pela medicina paliativa é considerada a garantia da morte digna (ROCHA, 2014, p. 155).

Varalli (2017, p. 86) acredita que o Brasil, apesar de não contar com uma lei na acepção jurídica da palavra, avançou bastante ao dispor, ainda que no âmbito do Conselho Federal de Medicina, sobre a medicina paliativa e o Testamento Vital como formas de reconhecer o direito à morte digna. Com base na descrição oferecida por Klüber-Ross, a respeito da morte, Varalli (idem, p. 97) relata que na proximidade da morte, a pessoa pode passar por alguns estágios, dentre os quais: a negação e o isolamento, ou seja, a pessoa acredita que não é a única a sofrer aquela enfermidade, mas tende a se isolar, como uma necessidade de repensar sua própria vida; raiva e depressão seria o segundo estágio, cujo comportamento pode demonstrar que a enfermidade tenha sido um castigo, o que provoca um estado de baixo autoestima; e finalmente, o último estágio, a aceitação. A aceitação não significa felicidade, mas, que a pessoa se sente bem ante a perspectiva da própria morte.

Assim, a morte pode ocorrer naturalmente, livre de sofrimento, com toda a dignidade que uma pessoa tem. Morrer com dignidade, pode se apresentar em diferentes perspectivas: para alguns pode significar o direito de dispor de sua própria vida, como o suicídio ou a autoeutanasia; enquanto para outros pode se constituir na possibilidade de morrer sem dor, sem sofrimento, em paz consigo e com os outros (RUEDA, 2015, p. 179).

Quando o sistema jurídico tutela o direito à vida, dizem Mendonça e Silva (2014, p. 172), não significa que a morte deva ser adiada indefinidamente pelo uso de recursos protelatórios às custas de meios cruéis e contraindicados, pois isto poderia levar à situação de distanásia, ocasionando morte lenta e sofrida, prolongada artificialmente, à revelia do conforto e da vontade do indivíduo, correspondendo ao abuso na utilização de recursos científicos.

Impor terapia desproporcional, prolongando o sofrimento e a agonia, constitui uma violação ao princípio bioético da beneficência. Obrigar o indivíduo a submeter-se a procedimentos dolorosos que sabidamente não o levarão à cura ou ao seu bem-estar, constitui violação ao princípio da dignidade, comenta Varalli (2017, f. 157). Continua a autora, respeitar

o desejo de não mais sofrer é, portanto, respeitar a dignidade, considerando-se um direito fundamental e um direito humano. Pois, utilizar recursos flagrantemente infrutíferos de forma desproporcional, impingindo-lhe maior sofrimento sem reverter o processo da morte, apenas pela obstinação terapêutica fere a qualidade de vida.

O dano da morte é o mais grave e irreversível dos danos que pode ser causado ao direito à vida (MARTINS, 2007, p. 226). Tem a pessoa, então o direito de não ser morto, mas também o direito à sobrevivência (idem). Rocha (2014, p. 146) argumenta que na perspectiva do Estado Democrático de Direito não há direito individual fundamental que enseje exercício absoluto, dado que os direitos devem estar em equilíbrio com o sistema jurídico. De tal modo o direito à vida, assim como outros direitos fundamentais não são considerados indisponíveis em sua aceção absoluta. No âmbito do suicídio, por exemplo, a disponibilidade de sua própria vida, situa-se numa “zona isenta de direito”, não se configurando ato ilícito, mas também não é um direito, apenas tolerância da ordem jurídica (MARTINS, 2007, p. 227). Nestes casos, o direito à autodeterminação da pessoa se sobrepõe ao próprio direito à vida (FARIA, *apud* MARTINS, 2007, p. 227).

A morte digna não comporta conceito único. O importante, no entanto, é que tanto o corpo médico, quanto os familiares e a própria sociedade, atendam às necessidades básicas do paciente, respeitando sua dignidade de assegurar o direito de morrer em determinadas condições de cuidado.

## Conclusões

Falar de morte é sempre difícil, por encerrar ideias as mais diversas não apenas do ponto de vista pessoal, biológico e médico, mas também do religioso, cultural, social e familiar.

Há diversos processos de morte: há morte súbita e inesperada, mas há também morte precedida de processos prolongados; há morte provocada pelo próprio indivíduo, mas há também aquele provocado por terceiros; há morte natural, cuja pessoa recebe todos os cuidados assistenciais, mas existem outras, nas quais nenhuma assistência é dispensada; há morte serena, sem dor ou agonia; mas há também mortes com extremo sofrimento.



Estão cada vez mais avançadas as tecnologias na cura de doenças e enfermidades e novos procedimentos no afã de obter-se o prolongamento da vida. Porém questiona-se o custo para a aplicação de tais intervenções.

A área médica e jurídica, principalmente com o respaldo da Bioética e Biodireito são concordes quanto ao tratamento humanizado, bem como o respeito à dignidade e a autonomia do ser humano, seja durante a vida, seja na morte. Para suprir essa necessidade, o Testamento Vital tem proporcionado acalorados debates em todas as áreas.

Apesar das críticas e questionamentos, a maioria dos doutrinadores e estudiosos do tema comungam a posição positiva da introdução do documento como instrumento útil e hábil, com respaldo jurídico para garantir o respeito à individualidade e à dignidade da pessoa humana.

## Referências

CANASTRA, Cilema do Céu Castro. **A morte: abordagem interdisciplinar**. Dissertação [Mestrado em Direito] Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2007. 167f. Disponível em: <https://bibliotecadigital.ipb.pt/handle/10198/5757> Acesso em: 15 fev. 2018.

CONCEIÇÃO, Vanessa Alexandra de Almeida Santos. **O testamento vital**. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 2015. 94f. Disponível em: <http://www.repositorio.ual.pt/bitstream/11144/990/1/Dissertação%20Vanessa%20Conceição.pdf> Acesso em 10 ago. 2018.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da resolução CFM n. 1.195/12. **Revista Bioética** (Imp)., v. 21, n. 1, p. 106-112.2013. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422013000100012&script=sci...tlnq...](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422013000100012&script=sci...tlnq...) Acesso em: 10 ago. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **RIDB**, ano 1, n. 2, p. 945-978. 2012. Disponível em: [http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012\\_02\\_0945\\_0978.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0945_0978.pdf) Acesso em: 10 ago. 2018.

MARTINS, Selma Marina Lopes. Disposições antecipadas de vontade: a experiência estrangeira possibilidade de enquadramento no direito português? In: CAMPOS, Diogo Leite de (coord). **Estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2007. 262p.

MENDONÇA, Macia Helena; SILVA, Marco Antonio Monteiro. Vida, dignidade e morte: cidadania e mistanásia. **Iusgentium**, v. 9. n.6, p. 151-190. 2014. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/150>. Acesso em: 31 jul. 2018.

OLIVEIRA, Catarina Calado Baptista Enes. **O testamento vital: uma abordagem ética e normativa**. Dissertação [Mestrado Forense] Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2017. 54f. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/23336> Acesso em: 10 ago. 2018.

QUIJADA-GONZÁLES, Cristina; GARRIDO, Gloria Maria Tomás. Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado. **Persona Y Bioética**, v. 18, n. 2, p. 138-152, 2014. Disponível em: [www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid...](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid...) Acesso em: 10 ago. 2018.

ROCHA, Renata da. Eutanásia, suicídio assistido, distanásia, ortotanásia e testamento vital: aspectos éticos e jurídicos acerca da morte digna. **Jus Humanum** – Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Cruzeiro do Sul, v. 1, n.3, p. 141-162. São Paulo, jan-jun. 2014. Disponível em: [www.revistapos.cruzeirosul.edu.br/index.php/jus\\_humanum/article/download/.../707](http://www.revistapos.cruzeirosul.edu.br/index.php/jus_humanum/article/download/.../707) Acesso em 10 ago. 2018.

RUEDA, Fritz Eduardo Gempeler. Derecho a morir dignamente. **Universitas Medica**, v. 56, n. 2, p. 178-185. Colômbia, abr-jun/2015. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=231040432006> Acesso em: 31 jul. 2018.

SANTOS JUNIOR, Jamiro Campos; SILVA, João Romário Gomes; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Mistanásia: ineficiência de políticas públicas, violência e vulnerabilidade social. **Interdisciplinary Scientific Journal**, v. 4, n. 5, p. 31-48. Out-Dez/2017. Disponível em: [www.revista.srvroot.com/linkscienceplace/index.php/linkscienceplace/article/view/467](http://www.revista.srvroot.com/linkscienceplace/index.php/linkscienceplace/article/view/467) Acesso em: 10 ago. 2018.

SCHAEFER, Fernanda. A nova concepção do consentimento esclarecido. **RIDB**, ano 1, n. 10, p. 6317-6354. 2012. Disponível em: [https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012\\_10\\_6317\\_6354.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6317_6354.pdf) Acesso em 10 ago. 2018.

SWIDEREK, Laura. **Em busca da morte digna: uma análise jurídico-penal**. Dissertação [Mestrado em Ciências Criminais]. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. 166f. Disponível em: <http://www.repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/.../000391794-Texto%2BCompleto-0.pdf> Acesso em: 10 ago. 2018.

TELHADO, Margarida Lupi. **A eutanásia e o testamento vital no atual ordenamento jurídico português**. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, 2015. 98f. Disponível em: <http://www.repositorio.ual.pt/.../Dissertação%20-%20A%20Eutanásia%20e%20o%20Testamento...> Acesso em: 10 ago. 2018.

URIONABARRENTXEA, Martínez. Reflexiones sobre el testamento vital (I). **Atención Primaria**, v. 31, n. 1, p. 1-6. Janeiro, 2003a. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/82596654.pdf> Acesso em 10 ago 2018.

\_\_\_\_\_. Reflexiones sobre el testamento vital (II). **Atención Primaria**, v. 31, n.1. Janeiro, 2003b. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/82314742.pdf> Acesso em: 10 ago. 2018.

VARALLI, Janaina Thais Daniel. **A morte digna, direito fundamental**. Tese [Doutorado em Direito]. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017. 177f. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20718> Acesso em 31 jul. 2018.

