

TESTAMENTO VITAL – CRIME OU MISERICÓRDIA?

*Gabriela Ayres Nascimento*¹

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano do Estado de São Paulo – Unidade de Lorena. Email: gabyayres@yahoo.com

Marcos Edwagner dos Santos Salgado

Advogado. Mestre em Direito

Resumo

O presente trabalho traz os requisitos para que um testamento seja considerado válido. Apresentamos os conceitos e aplicabilidade dos tipos de testamentos previstos no nosso Código Civil, o que se faz necessário para que esses tipos tenham validade e eficácia. E ainda as inovações, tipos de testamento que, ainda, não estão previstos no nosso ordenamento jurídico, porém a incidência de aplicabilidade está aumentando. Percebe-se que a utilização das formas testamentárias no Brasil é baixa.

Palavras Chave: Direito das Sucessões. Testamento Vital. Eutanásia. Ortotanásia. Bioética. Biodireito.

Introdução

Neste trabalho iremos apresentar, no capítulo 01, brevemente os conceitos dos principais tipos de testamentos, os previstos no Código Civil Brasileiro e os novos, que estão revolucionando a maneira de testar. Daremos ênfase ao testamento vital, o direito de escolher sobre a sua vida e, conseqüentemente, sobre sua morte.

Como a única certeza que temos na vida é a morte, independente de nossa crença religiosa, se acreditamos que exista pós túmulo outra vida, a morte se torna o único evento certo, mesmo que com data e motivos incertos. Por isso o legislador brasileiro percebeu a necessidade de dedicar no nosso Código Civil Brasileiro um livro para tratar, exclusivamente do direito sucessório, englobando os tipos de testamentos e os herdeiros, estando nos artigos 1784 a 2027, situados no Livro V.

¹ Trabalho orientado pela Professora Me. Luísa Soderó.

Faz-se necessário apresentar o conceito dos tipos de sucessão apresentados no nosso ordenamento jurídico, sendo elas, a legítima e a testamentária, pois no capítulo 02 iremos tratar dos tipos de testamentos de forma mais detalhada. A sucessão legítima ocorre exclusivamente por força de lei, quando o falecido não deixa testamento, ou deixa o testamento, mas esse, por algum motivo, sofre caducidade, nulidade ou anulabilidade, como se pode verificar na redação do artigo 1788, CC/02. O patrimônio do *de cujus* será dividido entre os herdeiros conforme a ordem de avocação hereditária expressa no artigo 1829, CC/02.

Tem-se também a sucessão testamentária, que como o próprio nome diz, ocorre da feitura de um testamento válido pelo falecido, quando em vida. Ela também é prevista em lei. Nesse testamento, o patrimônio a ser repartido tem que obedecer uma regra, metade dele tem que ser dividido entre os herdeiros necessários e a outra metade o falecido pode dispor da maneira que achar conveniente.

Uma inovação, apresentada pelo Código Civil de 2002, é a possibilidade do testamento tratar de assuntos fora da ordem econômica como, por exemplo, o reconhecimento de um filho, no Código de 1916 isso não era possível, os testamentos versavam apenas sobre assuntos de ordem econômica, ou seja, patrimônio.

Outra inovação, não expressa no Código Civil, porém já bastante utilizada em nosso país é o registro em cartório sobre o tratamento de doenças graves, como deve ser feito e o mais importante, se deve ser feito. Segundo o Colégio Notarial do Brasil, até agosto de 2014, 505 pessoas fizeram o registro de seu testamento vital nos cartórios brasileiros.

Outros conceitos necessários para a compreensão do tema serão abordados, como eutanásia, ortotanásia e distanásia, que será feito no capítulo 03. Será feito também um histórico comparativo do Código Penal brasileiro ao longo dos anos juntamente com a prática da eutanásia, abordado no capítulo 04.

A ânsia por manter quem amamos por perto é tão grande, que acaba ocorrendo muito a prática da distanásia, deixando de lado a vontade do enfermo. A grande questão sobre esse assunto é, isso é uma morte digna? Até que ponto devemos prolongar a permanência das pessoas ao nosso lado, a qualquer custo?

Eutanásia deveria ser mesmo considerada uma atitude criminosa ou misericordiosa?

1. O Direito Sucessório

1.1 A sucessão

Os institutos jurídicos nascem e se desenvolvem a partir da experiência humana incubada na consciência e na ação social, na evolução das sociedades, o que nos leva à conclusão que devemos voltar ao passado para que possamos compreender as construções teóricas do presente e aperfeiçoar o ordenamento para que no futuro seja recebido com menor grau de complexidade pela sociedade, realizando, assim, a função a que o direito está destinado: cuidar da estabilização das expectativas normativas da sociedade.

Faz-se necessária essa análise histórica, pois servirá como um instrumento que nos possibilite mergulhar na nova realidade do direito das sucessões. Realidade esta marcada por um direito civil modernizado e que espera do jurista, quando de sua interpretação e aplicação prática, uma análise complexa e completa.

Citaremos os principais períodos históricos, demarcados por fatos relevantes que modificaram o rumo da existência humana e, especialmente do direito, para observarmos o desenvolvimento do direito sucessório, comparado com a época na qual se insere. Isso faz-se necessário para uma ampla visão do tema, com suas evoluções.

A palavra sucessão, num sentido amplo, pode apresentar o seguinte conceito, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 19), “ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.” Para Caio Mário da Silva Pereira (2014, p.24), a palavra “suceder” tem o sentido genérico de virem os fatos e fenômenos jurídicos “uns depois dos outros” (*sub + cedere*). Sucessão é a respectiva sequência.

Para Sílvio de Sávio Venosa (2014, p.1), suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito.

E ainda, para Maria Helena Diniz (2015, p.25), juridicamente o termo sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa. O vocábulo sucessão apresenta duas acepções: sentido amplo e sentido restrito.

Conceitua os sentidos da seguinte forma:

Sentido amplo: aplicando-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio, de maneira que indicaria o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam. Trata-se da sucessão “inter vivos”, pois o comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador, tomando uns o lugar dos outros em relação ao bem vendido ou doado;

Sentido restrito: designando a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão “mortis causa” que, no conceito subjetivo, vem a ser direito em virtude do qual a herança é devolvida a alguém, ou, por outras palavras, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança,

e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do “de cujus” que ficaram, com seus encargos e direitos. (DINIZ, 2015, p.25-26).

Pode-se perceber que a morte não põe fim as relações jurídicas firmadas pela pessoa durante a sua vida, elas se transferem a terceiros, seja por vontade do *de cujus*, seja por imposição da lei.

1.2 O direito sucessório e a história

Lei Mosaica – 1.200 a.C: Quando o *de cujus* falecia, quem recebia tudo era o filho homem, entretanto se não houvesse herdeiro do sexo masculino, as filhas e tios reivindicavam a herança perante um Conselho, composto por líderes políticos e religiosos. Contudo, esse quadro modificou-se, quando passou-se a utilizar um modelo mais centrado no núcleo familiar, independente do sexo do herdeiro. Com isso evitou-se a repartição dos bens do falecido com a coletividade. O montante do patrimônio era preservado dentro da família consanguínea, sem que houvesse a preocupação de redistribuição de riquezas na sociedade.

O Código de Hamurabi: Foi uma das codificações que mais influenciou os direitos dos povos da Assíria, da Judeia e da Grécia.

A parte que trata do direito das sucessões encontra-se expressa nos artigos 162 a 184, os quais trata das limitações da vontade do patriarca e os critérios para a seleção dos bens do *de cujus* conforme as relações familiares estabelecidas, são elas: filhos do casamento, filhos das servas, mulheres casadas pela primeira vez e dotações para filhas. E ainda traz as limitações ao livre arbítrio do *de cujus*, mesmo que prejudicando os outros filhos, como o caso do filho predileto.

O Código de Manu: Este código foi formulado dez séculos depois do Código de Hamurabi, tem influenciado os povos hindus, referindo-se à religião dos brâmanes.

Nesse código, as relações sucessórias são tratadas nos artigos 521 a 536, e dão privilégio ao filho primogênito, do sexo masculino. Utilizando como fundamento a perpetuação da família pelo cultivo dos rituais domésticos e esta perpetuação era favorecida com a manutenção do patrimônio familiar nas mãos do menor número possível de descendentes. Devendo-se manter gerações após gerações o grupo familiar, cultivando os antepassados, fazendo a manutenção do patrimônio, não em função da riqueza, mas em razão da garantia de continuidade do culto familiar.

Mesmo que o patriarca não tivesse tido um filho homem, aquele deveria adotar um, pois o que prevalecia nesse caso não eram as relações consanguíneas e sim a entrada do novo homem na família para gerir os bens herdados. É importante ressaltar que o sentido de individualidade não existia nessa época, as relações não se voltavam para o indivíduo, e sim para a coletividade que formava as cidades. Nesse contexto histórico o patrimônio não podia ser disponibilizado da maneira como o patriarca desejasse e sim maneira como a tradição determinava.

Grécia Antiga: Nesse período, devido a exaltação da coletividade, da polis e de sua tradição, o individualismo, não era suficiente para justificar a plena liberdade de testar. A sucessão estava intimamente ligada à tradição e à conservação do patrimônio dentro do grupo familiar, suceder o patrimônio de alguém possuía um significado mais profundo do que o dos dias atuais. Pela tradição apenas o filho primogênito herdava o patrimônio, inclusive realizando os cultos domésticos aos antepassados. Sólon (VI a.C.), poeta-legislador foi o responsável por modificações legislativas que ampliaram o direito de sucessões em Atenas, tornando todos os filhos paritários em relação à herança.

Direito Romano: Naquela época não existia a ideia da “saisine”, quando ocorria a morte do *de cuius*, até a aceitação da sucessão pelo herdeiro, a herança, em determinadas circunstâncias, não tem proprietário, jaz sem dono. Tornando-se herança jacente, com isso quem dela se apropriasse seu dono tornava-se.

Para ocorrer a proteção da transmissão do patrimônio ocorreram algumas mudanças nessas regras. Justiniano reviveu a legítima, parte da herança que obrigatoriamente ficava aos parentes mais próximos. Criou quatro classes de herdeiros: descendentes, ascendentes, colaterais privilegiados (irmãos e irmãs germanos), colaterais ordinários; a esposa pobre passa a receber parte da herança – até um quarto.

A sucessão legítima inicialmente era guardada para as situações em que falecido não deixava testamento válido, de modo que seu patrimônio passava a ser transmitido para os herdeiros necessários, ou seja, aqueles a que o direito positivo incluía em um rol objetivo, cabe ressaltar que era uma desonra para o *de cuius* falecer sem ter deixado destinação ao seu patrimônio, ou seja, testamento.

No Digesto de Justiniano ocorre limitação importante à liberdade de testar, estabelecendo-se um novo sistema de sucessão por “ordem de vocação hereditária”, no qual os herdeiros eram divididos em quatro categorias: descendentes, ascendentes, os colaterais e, por fim, o cônjuge supérstite (nesta ordem).

Idade Média: No período do obscurantismo ocorreu o declínio do Império Romano até a Idade Média que foi marcado pela forte influência do direito canônico sobre a propriedade privada, afinal não havia a figura do Estado a gravitar em torno das relações jurídicas e as instituições do direito estatal são bastante insipientes.

A primogenitura volta à tona dentro do sistema feudal. E a Igreja Católica era beneficiada com a herança dos componentes do clero. O testamento volta a ser privilegiado especialmente, estimulando-se a inclusão da Igreja como herdeira ou legatária.

Código Civil Brasileiro de 1916: O primeiro código civil brasileiro foi elaborado em 1916, entrando em vigor em 1917, resultado da fusão dos direitos romano e antigo germânico, aquele com sua absoluta liberdade de testar, podendo abranger todo o patrimônio do *de cuius*, e este, deixando o testamento de lado, ignorando-o, e com isso conferia a herança aos herdeiros legítimos do falecido. Temos a redação do art. 1573 “a sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude de lei”.

O direito sucessório está no Livro IV - Do direito das sucessões, Título I - Da sucessão em geral, artigos 1572 a 1602, Título II - Da sucessão legítima, artigos 1603 a 1625, Título III - Da sucessão testamentária, artigos 1626 a 1769, Título IV - Do inventário e partilha, artigos 1770 a 1805. O direito das sucessões encontra-se no último livro do Código Civil Brasileiro de 1916.

Como o herdeiro era conhecido como sucessor do *de cuius*, não era admitido que o patrimônio herdado não fosse partilhado, o herdeiro teria que receber a sua totalidade.

O direito pátrio consagrou, antes do Código Civil de 1916, as antigas modalidades testamentárias: aberto ou público, cerrado ou místico, particular ou hológrafo, nuncupativo ou por palavras. Quando o aludido Código foi elaborado, imprimiu-se à sucessão testamentária orientação segura e simples: as duas modalidades de sucessão convivem, sendo lícito dispor de parte dos bens ou da sua totalidade; é livre a instituição de herdeiro ou a distribuição de bens em legados; é reconhecida a liberdade de testar, na falta de herdeiros necessários; é facultado gravar os bens de cláusulas restritivas, mesmo quanto às legítimas; é franqueada a substituição do favorecido. (GONÇALVES, 2014, p.228).

No nosso atual Código Civil os tipos de testamentos foram mantidos, incluindo-se a possibilidade do testamento aeronáutico e a inclusão do cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários.

Temos previstos expressamente no nosso Código Civil cinco espécies de testamentos. Nas formas ordinárias temos o testamento público, testamento cerrado e testamento particular; e nas formas especiais estão os testamentos marítimo ou aeronáutico e o testamento militar. Contudo, existem outros tipos de testamentos que não estão previstos expressamente no ordenamento jurídico, são eles o testamento genético, testamento ético e o

testamento vital, esse último ainda não aplicado efetivamente no Brasil, e tema de discussão do presente trabalho.

Antes de adentrarmos no Testamento Vital propriamente dito, alguns conceitos devem ser apresentados a cerca das outras modalidades de testamentos, previstas e não previstas em nosso ordenamento jurídico.

1.3 Requisitos jurídicos do testamento

Podemos conceituar basicamente testamento como sendo um negócio jurídico unilateral no qual o testador pode dispor de todo o seu patrimônio ou apenas de uma parte dele e ainda nele pode conter disposições diversas a ordem econômica. Em sendo um negócio jurídico unilateral, a pessoa pode determinar exatamente o que ela deseja que seja feito com seus bens e a quem eles devem ser destinados, sempre observando o disposto nos artigos 1789 e 1829, ambos do Código Civil de 2002.

O testamento é um negócio jurídico unilateral, que possui as seguintes características fundamentais:

- Personalíssimo: somente o testador pode fazer seu próprio testamento, quando ele não o faz, tem-se a abertura de sucessão legítima, ou seja, pela forma da lei;
- Gratuito: o testador não pode cobrar pelos bens deixados aos seus herdeiros, entretanto, nos termos do testamento, esses bens podem ser condicionados a um ou outro herdeiro, especificamente;
- Solenidade: para que o testamento seja válido, algumas solenidades gerais tem que ser obedecidas, se isso não ocorrer pode ocorrer a nulidade do referido testamento;
- Ato Mortis Causa: o testamento somente produzirá os seus efeitos depois da morte do testador, tornando-a assim a condição de validade do testamento;
- Revogabilidade: até a sua morte o testador pode revogar o seu testamento quantas vezes quiser e sem justificativa, essa revogação pode ser tácita, expressa, total e parcial.

Com a apresentação das características para a validade de um testamento, passemos agora para os tipos de testamentos.

2. Testamentos

2.1 Noções introdutórias

Antes de se especificar as espécies testamentárias, tanto as previstas como as inovações, devemos classificar o tipo de sucessão, para isso Maria Helena Diniz (2015, p. 27 – 32) divide em duas espécies. Quanto à fonte de que deriva (artigo 1786, CC) subdivide-se em: *sucessão testamentária*, a qual advém de um testamento válido ou de disposição de última vontade, e *sucessão legítima* ou “*ab intestado*” oriunda da lei, nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento, conforme expresso no artigo 1.829 do nosso Código Civil Brasileiro. E quanto aos seus efeitos, que também se subdivide em: *a título universal*, quando a herança for transferida em sua totalidade ou a parte transferida for indeterminada da herança, e *a título singular*, ocorre quando o testador transferir objetos certos e determinados, apenas. Vale ressaltar, que a sucessão legítima será sempre a título universal, e a sucessão testamentária pode ser tanto a título universal, como também a título singular.

A abertura da sucessão se dá pela morte do *de cuius*, pois em nosso ordenamento jurídico a herança de pessoa viva não é possível. No artigo 1784, CC, vem expresso que após a morte do hereditando a herança se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários. Somente se abre a sucessão hereditária no momento da morte do *de cuius*. Nesse instante os herdeiros passam a ter a posse e a propriedade dos bens que constituem o acervo hereditário, como traz Maria Helena Diniz (2015), não há a necessidade de qualquer ato ou de requerer ao magistrado a imissão da posse. O nosso Código Civil Brasileiro traz também a ordem de vocação hereditária, em seu artigo 1829.

Podemos fazer uma pequena distinção, necessária, para entendermos melhor os termos que utilizaremos adiante. Segundo Silvio de Salvo Venosa (2014, p. 6-7) é muito comum interpretar sucessão como sinônimo de herança, contudo são dispositivos distintos, sucessão é o ato de suceder, que pode ser por ato ou fato entre vivos ou por causa da morte, já a herança é o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem por causa da morte. A herança pode ser deixada a apenas uma pessoa ou a um grupo de pessoas, que sobreviveram ao falecido. A herança deve ser vista como o patrimônio do *de cuius*. Podemos definir patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Podemos, dessa forma, afirmar que a herança é o patrimônio do falecido, e o falecido é o autor da herança.

2.2 Tipos de Testamentos

Temos previstos expressamente no nosso Código Civil cinco espécies de testamentos. Nas formas ordinárias temos o testamento público, testamento cerrado e testamento particular; e nas formas especiais estão os testamentos marítimo ou aeronáutico e o testamento militar. Contudo, existem outros tipos de testamentos que não estão previstos expressamente no ordenamento jurídico, são eles o testamento genético, testamento ético e o testamento vital, esse último ainda não aplicado efetivamente no Brasil, e tema de discussão do presente trabalho.

2.2.1 Previstos no Código Civil de 2002

2.2.1.1 Testamento público – artigos 1864 – 1867, Código Civil

A modalidade de testamento público é a primeira apresentada no Código Civil de 2002, e tem seus requisitos essenciais elencados no art. 1864.

O testamento público tem que ser feito em um cartório, na presença de duas testemunhas, além do cartorário. É a maneira mais segura de se testar, porém o conteúdo daquele documento fica à disposição de qualquer pessoa que vá até o respectivo cartório e requeira sua vista, não podendo, assim, ser assegurado o segredo da vontade do testador.

Segundo Maria Helena Diniz (2015, p. 239 - 246), o testamento público precisa ter quatro requisitos essenciais extrínsecos para que ele não seja considerado nulo. São eles:

1) Tem que ter a forma escrita, porém pode ser manual ou mecânica, feito pelo tabelião ou seu substituto legal, na presença de duas testemunhas. Um detalhe fundamental é que o referido testamento tem que ser redigido no idioma oficial do país, no nosso caso em língua portuguesa. A escolha tanto do cartório, bem como das testemunhas é livre. O testador é quem decide onde será registrado o seu testamento e quais as pessoas de sua confiança que irão conferi-lo. Cabe ressaltar que essa liberdade de escolha do cartório é plena, não obrigando o testador a escolher um determinado cartório, por esse se localizar na comarca onde aquele reside ou onde os seus bens estão;

2) A presença das duas testemunhas se faz essencial para a validade do referido documento. Elas deverão permanecer e assistir todo o ato, sem interromper ou mesmo sem se afastar, até que ele esteja finalizado. Porém, já houve decisão validando o testamento em que

ocorreu a ausência temporária das testemunhas. Pela lei sua presença só é exigida para certificar que o testamento está de acordo com a vontade do testador;

3) A leitura do testamento tem que ser feita em voz alta e de maneira clara, para que tanto o testador como as suas testemunhas possam entender e avaliar que o que está declarado é fiel ao que o testador teve a intenção de declarar;

4) Depois de certificado, tanto pelo testador como pelas testemunhas, o testamento deverá ser assinado por eles e pelo tabelião, assim nessa ordem e seguidamente. O Código Civil traz, em seu art. 1865, a possibilidade do testador não conseguir assinar o testamento, ou por ser analfabeto ou em virtude de alguma enfermidade. Nesse caso o próprio tabelião declarará assinado. Poderá, também, a escolha do testador uma terceira testemunha assinar o rogo, fazendo a complementação da assinatura do tabelião. Essa terceira testemunha tem que, além de saber assinar, saber ler e escrever para poder esclarecer qualquer dúvida que possa restar ao testador. Contudo, isso é desnecessário, tendo em vista que o tabelião tem fé pública, não tendo a necessidade de outra pessoa certificar o que ele já havia certificado.

Os artigos 1866 e 1867 tratam da possibilidade de pessoas surdas e cegas poderem também expressar sua última vontade num testamento.

Quando se abrir a sucessão, o juiz fará a leitura do referido testamento na presença dos interessados e representante, e em seguida oficial o membro do Ministério Público. Não havendo vício extrínseco que cause a nulidade daquele testamento, o juiz ordenará o seu registro e cumprimento. Assim o testamenteiro irá assinar o termo de aceitação do testamento. Caso ocorra, por vontade de algum interessado, a intenção de invalidação daquele testamento, isso deverá ser feito por processo judicial ordinário.

2.2.1.2 Testamento cerrado – artigos 1868 – 1875, Código Civil

Diferente do testamento público, no testamento cerrado, também conhecido como secreto ou místico, a vontade do testador fica em segredo até a sua abertura. Considerado por muitos como uma forma arcaica de se fazer testamento. Porém, por ser sigiloso, evita que os herdeiros briguem entre si pela partilha do patrimônio, antes do juiz efetuar a sua abertura.

Segundo o jurista Silvio de Salvo Venosa (2014, p. 235) “o testamento cerrado é uma forma intermediária entre o testamento público e o particular”.

O testamento cerrado tem que observar as formalidades expressas no art. 1868, CC/02, para que ele seja válido. Podemos fazer uma breve comparação entre os requisitos de admissibilidade dos testamentos público e cerrado, são eles:

1º No caso do testamento cerrado, o teor do documento é escrito pelo testador, ou pessoa de sua confiança e não feito pelo tabelião, ou seu substituto legal, como se dá no testamento público;

2º Depois de entregue o testamento para o tabelião, sem que esse o leia, pelo testador e na presença de suas duas testemunhas, e por eles assinado, o tabelião tem que lavrar o auto de aprovação, para que o referido documento exista. O tabelião fará, então o lacre deste testamento, para garantir sua inviolabilidade. Esse lacre é feito com o documento dobrado e cosido com cinco pontos de retrós, os quais serão lacrados. No testamento público, o seu registro é feito no livro do cartório, lá permanecendo.

4º O testamento cerrado, depois de lacrado, será entregue ao seu titular, para que esse destine o seu lugar de guarda, já no caso do testamento público tal documento ficará no cartório onde foi feito.

5º No caso do testamento cerrado, as testemunhas escolhidas pelo testador não fazem a leitura do teor do documento, como é feito no testamento público, o que foi escrito no testamento cerrado só será de conhecimento alheio quando da morte do testador e consequentemente da sua abertura.

Os requisitos elencados nos artigos 1868 até 1875 não são obrigados a seguir a sequência apresentada no Código Civil, o rito de registro do testamento cerrado é mais desembaraçado do que o do testamento público.

Contudo, esses dois tipos de testamento possuem alguns quesitos em comum, como, por exemplo, a exigência da presença de duas testemunhas, a língua exigida ser a portuguesa, após o falecimento do *de cujus* o juiz que abrirá o testamento e analisará a presença ou não de vícios que poderão torná-lo nulo. No caso do testamento cerrado o juiz também terá que verificar se o lacre não está rompido, pois com esse rompimento o seu teor será revogado.

Para o rito da abertura do testamento cerrado, o Código Civil traz as formalidades expressas no art. 1875, e além disso, o Código de Processo Civil também o faz em seu art. 735.

2.2.1.3 Testamento particular – artigos 1876 – 1880, Código Civil

O testamento particular vem tratado no Código Civil nos artigos 1876 a 1880, nos quais estão elencados os seus requisitos de admissibilidade, existência e validade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 2810),

o testamento particular ou hológrafo é o ato de disposição de última vontade escrito de próprio punho, ou mediante processo mecânico, assinado pelo testador, e lido por este a três testemunhas, que o subscreverão, com a obrigação de, depois da morte do disponente, confirmar a sua autenticidade.

Diferente dos outros dois tipos de testamento (público e cerrado) já tratados nesse trabalho, o testamento particular dispensa a figura do tabelião para garantir a sua validade, isso será feito por depoimento pessoal das testemunhas que presenciaram a sua confecção.

Em comparação com os outros, esse é o menos seguro, pois a sua veracidade será dependente de prova testemunhal, que no momento exigido pode não ter mais.

Os elementos e as formalidades exigidas para a elaboração do testamento particular vêm de maneira expressa no art. 1876, CC/02.

A escrita do documento pode ser manual, feita pelo próprio testador, ou mecânica, que poderá ser feita por pessoa diferente do testador. Temos aqui algumas particularidades em relação à forma da escrita, se ela for feita de maneira mecânica não poderá haver espaços em branco ou rasuras. E ambas modalidades terão as assinaturas tanto do testador, como de sua testemunhas, nesse caso três, conforme relatam os parágrafos do art. 1876.

O art. 1.880 nos traz uma diferencial do testamento particular em relação aos outros dois (público e cerrado). Ele pode ser confeccionado em língua estrangeira, contanto que as testemunhas compreendam o que nele está escrito.

Quando o testador falecer, o seu testamento particular será entregue ao juiz e este chamará as testemunhas para que confirmem o que ele dispõe. Entretanto, é necessário que apenas uma das três testemunhas que assinaram o referido documento confirmem a sua autenticidade. Se essa confirmação não ocorrer, ou se as testemunhas já estiverem falecidas ou não forem encontradas, o referido testamento não será cumprido.

O juiz é quem determinará a validade do testamento, para que este seja cumprido ou não ele analisará a existência de vícios externos, extrínsecos que possam comprometer o testamento, tornando-o suspeito de falsidade ou maculado de nulidade.

2.2.2 Testamentos especiais – artigos 1.886 a 1.896, Código Civil

O nosso Código Civil separa os testamentos em dois grupos; os ordinários, que se encontram nos arts. 1.862 a 1.880 – público, cerrado e particular e os especiais que estão elencados nos arts. 1.886 a 1.896 – marítimo, aeronáutico e militar.

A principal diferença entre esses dois grupos é que no primeiro qualquer pessoa, em quaisquer circunstâncias pode fazer, basta escolher um deles. Já no segundo grupo é exigido

que o testador se encontre em situações excepcionais para fazer um testamento, com algumas formalidades reduzidas.

Nesse rol dos testamentos especiais temos três tipos:

1º - Testamento marítimo: esse tipo de testamento será feito quando o testador estiver em viagem de alto-mar, a bordo de navios, nacionais, de guerra ou mercantes, conforme trata o art. 1.888 CC/02. Para que esse tipo de testamento seja válido ele tem de ser feito na presença de duas testemunhas e ser registrado no diário de bordo.

Entretanto, se na sua feitura o navio estiver em porto, possibilitando, assim, que o testador possa fazer o seu registro no cartório local, este não terá validade. O testador tem o prazo máximo de 90 dias do desembarque para ir até um cartório e registrar a sua última vontade, ou o testamento marítimo caducará.

Esse tipo de testamento só pode ser feito nas modalidades pública ou cerrada, conforme expresso na parte final do art. 1.888.

2º - Testamento aeronáutico: nesse caso a pessoa necessita estar numa aeronave, militar ou comercial, e queria registrar a sua última vontade, em vida. E isso será feito perante pessoa designada pelo próprio comandante, afinal ele não dispõe de muita liberdade em voo.

Essa modalidade é muito parecida com o testamento marítimo, devendo este ser registrado no mesmo lapso temporal que o marítimo, sob pena de caducidade. E como o marítimo, o testamento aeronáutico pode ser nas formas pública ou cerrada.

3º - Testamento militar: já nesse tipo de testamento, a pessoa que quiser fazê-lo tem que estar prestando serviços militares, tanto como militar como também médicos, enfermeiros, capelães, entre outros, que estejam prestando serviços para as Forças Armadas, no caso de operações de guerra, dentro ou fora do país.

Deve-se entender por militares todos os integrantes da Aeronáutica, Exército e Marinha, além das respectivas polícias brasileiras, e o estado de guerra se estende para os serviços por eles prestados em casos de calamidade pública, no momento em que estarão prestando socorro à população brasileira.

Os requisitos para a confecção e validade do testamento militar estão expressos no art. 1.893, CC/02. O testamento militar pode ser feito em três modalidades, público – art. 1.893, cerrado – art. 1.894 e nuncupativo – art. 1.896, todos do Código Civil de 2.002.

2.2.3 Modalidades não expressamente previstas no Código Civil

O jeito de se fazer testamento está mudando conforme as necessidades da sociedade atual muda com o passar do tempo. Novas modalidades estão sendo utilizadas pelas pessoas, trazendo uma inovação na maneira de declarar a sua última vontade.

Podemos elencar três novos tipos de testamento: genético, vital e ético.

2.2.3.1 Genético

De acordo com Jones Figueirêdo Alves;

A vontade expressa em testamento quanto ao destino de sêmens e óvulos congelados, a constituir o material genético objeto de doação no efeito de uma futura inseminação artificial pela donatária, tem sido definida como um novo instrumento jurídico para o surgimento dos “filhos de herança”, programados “post mortem” para pessoas determinadas. É o denominado “testamento genético”, quando os futuros pai ou mãe, doadores de sêmens ou óvulos, deixam instruções inscritas no sentido de o material genético congelado ser utilizado para a concepção e nascimento de seus filhos, após suas mortes, com escolha pessoal de quem os utilize. Escolha feita pelo próprio testador ou pessoa por ele indicada. Em resumo: o material genético passa a se constituir um bem de inventário, destinando-se servir à procriação do(a) falecido(a). (ALVES, 2014)

O testamento genético pode ser uma cláusula de alguns dos tipos de testamento ordinário já apresentado nesse trabalho (público, cerrado ou particular), assim como as outras cláusulas presentes no testamento, aquela também será considerada um ato de última vontade.

Com a evolução da tecnologia aplicada na Medicina, percebeu-se a possibilidade de utilização do material genético do (a) *de cujus* congelado, para a concepção de uma nova família. Entretanto, para que isso aconteça é preciso que essa última vontade esteja expressa num testamento válido.

Por isso, o Conselho Regional de Medicina decidiu fazer uma Resolução regulamentando esse assunto. É a Resolução nº 2.013/2.013, que no seu Capítulo VIII “Reprodução Assistida post mortem”, traz expresso que “é possível desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”. E os casos que forem tratados como exceção, não previstos na referida resolução, dependerão da autorização do referido órgão.

Um ponto controverso é a maneira de expressar a utilização desse material, pois como é *post mortem* não poderá ser feita apenas por “autorização prévia”, como vem relatado no Capítulo VIII da Resolução de 2013/2013. É necessário que essa manifestação de vontade seja feita por testamento.

Essa nova família, que poderá ser formada com a utilização desse material genético, tem a filiação protegida pelo Código Civil 2002, em seu artigo 1597, inciso V – “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

2.2.3.2 Ético

Segundo o nosso Código Civil, em seu art. 1857, §2º “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Conceitua Jones Figueirêdo Alves (2014);

Fazer um testamento ético é aconselhável a quem por ações dignificantes fizeram e fazem de sua vida um acontecimento ontológico imensurável, onde compromissos com a verdade e a consciência formam uma íntima relação do sujeito com sua própria humanidade. É relevante imaginar o homem, em superação de circunstâncias, digno em si mesmo a proferir e exercer a coragem intelectual de seus saberes e de seus empenhos, no destemor de virtudes permanentes. Este acervo sagrado de vida é um legado notável, de modelos exemplares ensinados.

Essa modalidade não é muito utilizada no Brasil, sendo mais utilizada nos Estados Unidos da América e Itália. Afirma Jones Figueirêdo Alves (2014) ainda que: “Os testamentos éticos incorporam ao testamento usual e clássico, um novo conceito e alcance de última vontade, decorrentes de uma destinação diferenciada, ou seja, de uma destinação não patrimonial, em propósitos elevados de dimensão ética”.

As lições de vida como honestidade, caráter, boa-fé, bondade, humildade, entre outros deveriam realmente constar nos testamentos cláusula obrigatória de cumprimento, vinculando o recebimento dos bens materiais a elas.

2.2.3.3 Vital

O Testamento Vital versa sobre a possibilidade da pessoa, em sã consciência e após descobrir moléstia grave, determinar quais tipos de tratamentos serão aplicados nela, podendo, inclusive, optar pela “eutanásia”, tópico que será amplamente discutido adiante.

3. Testamento Vital

Temas que envolvem decisões relativas ao final da vida geram muita polêmica, pois existem de um lado aqueles que são favoráveis às suas práticas, justificando-as, com a

aplicação do princípio do direito à liberdade de autodeterminação e, do outro, os que argumentam contra, sustentando sua posição pelo princípio do direito à vida como bem indisponível. Em função dessas conquistas irreversíveis, surgem novos conflitos éticos e morais que precisam ser analisados criteriosamente, em busca do consenso entre as diversas opiniões e à luz dos princípios da natureza humana, para que se possa balizar e modernizar também o arcabouço jurídico, estabelecendo-se parâmetros ou limites para as diversas práticas. Essas questões têm atormentado profissionais da área médica, cientistas e juristas, que, por sua vez, recorrem à Bioética em busca de um norte para orientar suas opiniões. Por isso faz-se necessário, antes de adentrarmos no tema, a apresentação dos conceitos de bioética e biodireito, logo após a apresentação da origem do testamento vital.

3.1 Origem do testamento vital

A relação médico-paciente sofreu profundas alterações a partir de meados do século XX. A relação verticalizada existente desde a época hipocrática partia da premissa de que o médico detinha o conhecimento e que respeitar o doente não significava que este tinha liberdade para escolher como seria tratado, o que o médico dizia era lei, e o paciente não tinha autonomia para discutir. Tal relação verticalizada tem sido, desde então, substituída por uma relação horizontalizada, baseada na autonomia do paciente, em sua vontade e, inclusive, na vontade de sua família, que pode ajudar muito na decisão a ser tomada pelo paciente.

A ideia de que é preciso obter o consentimento do paciente começou com o povo hebraico e ganhou força com o Iluminismo. Contudo, foi com os experimentos humanos na Segunda Guerra Mundial que o debate sobre a importância de obter o consentimento do paciente antes da realização do procedimento ou do tratamento médico alcançou o status de norma jurídica - com o Código de Nuremberg, em 1947 - e, posteriormente, de norma ética médica com a Declaração de Helsinque, em 1964 (PEREIRA, 2004, p. 25-26).

Nessa época surgiu a Bioética como uma nova proposta ética na aplicação do progresso tecnológico sobre a vida do planeta e a preservação da dignidade humana (BERTI e CARVALHO, 2014, p. 17) alicerçada nos princípios da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Ainda na metade do século XX, o crescente desenvolvimento tecnológico da Medicina possibilitou o prolongamento quase que indefinido da vida e a morte passou a ser uma escolha médica, razão pela qual Menezes (2004, p. 34), afirma que “a definição de morte

se revela circular, ligada à ação do médico que tanto pode decidir por interromper os cuidados como empreender esforços de reanimação”.

O contexto apresentado em que de um lado a autonomia do paciente emergia e, de outro, a evolução tecnológica da medicina era capaz de adiar a morte de um paciente por tempo indefinido, criou os alicerces para o surgimento de discussões em torno de um pretensão direito de morrer.

O primeiro país a enfrentar essa questão foi os Estados Unidos da América (EUA), defensor histórico da autonomia individual. Em 1969, o advogado e defensor dos Direitos Humanos, Luiz Kutner (1969, p. 539-554), publicou nos EUA o primeiro artigo científico a tratar do direito de morrer de que se tem notícia. Nesse trabalho, Kurtner, reconhecendo a ilicitude da eutanásia e do suicídio assistido, defende a ideia de que o paciente possa tomar decisões sobre seu tratamento quando a Medicina já diagnosticou a incurabilidade da enfermidade da qual ele padece.

O referido autor propôs a inclusão de uma cláusula nos termos de consentimento utilizados para a realização de cirurgias e procedimentos radicais por meio da qual o paciente recusava tratamento caso sua condição se tornasse incurável ou caso ele ficasse em estado vegetativo.

Propôs ainda um documento, o qual nomeou de *living will*, com as seguintes especificidades:

- 1) O paciente capaz deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fossem comprovados;
- 2) A vontade manifestada pelo paciente no *living will* se sobreporia à vontade da equipe médica, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por, no mínimo, duas testemunhas;
- 3) Esse documento deveria ser entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou a um confidente do paciente;
- 4) Deveria ser referendado pelo comitê do hospital em que o paciente estivesse sendo tratado; e
- 5) Poderia ser revogado a qualquer momento antes de o paciente atingir o estado de inconsciência.

Surgiam assim, as premissas do testamento vital que, até hoje, são seguidas pelos pesquisadores e legisladores ao redor do mundo.

3.1.1 Testamento vital nos EUA

O *living will*, instituído por Luis Kutner, apesar de ter sido criado em 1969 somente alcançou status de lei federal nos EUA em 1991, com o *Patient Self Determination Act* – Lei de Autodeterminação do Paciente (PSDA), que, em sua segunda seção, dispõe acerca das *advanced directives* – conhecidas no Brasil como Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) - como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o *living will* e o *durable power of attorney for health care* - poder durável do advogado para cuidados médicos (DADALTO, 2015, p. 91).

Entretanto, antes da aprovação da PSDA, os EUA viveram um intenso debate acerca do direito dos pacientes em fim de vida, motivados por dois casos concretos: a luta da família de duas jovens americanas que ficaram em estado vegetativo pelo direito a suspender o esforço terapêutico.

Devido a essas famílias, alguns estados americanos instituíram leis acerca do assunto para que a vontade do paciente fosse respeitada e também para proteger os profissionais da saúde.

Segundo Hélio Angotti Neto, 2015, as leis são:

- 1976 – Estado da Califórnia - *Natural Death Act* - *Lei de Morte Natural*;
- 1983 – Estado da Califórnia - *California's Durable Power of Attorney for Health Care Act* - poder durável do advogado para cuidados médicos da Califórnia;
- *Advance Medical Care Directive*: Documento por meio do qual o paciente manifesta sua vontade em um formulário após uma conversa com a equipe de saúde;
- *Value History*: Documento no qual o indivíduo deixa escrito seus valores pessoais que orientarão a tomada de decisões;
- *Combine Directive*. Documento que contém os valores do paciente, a nomeação de um procurador e instruções para a equipe, combinando componentes de instrução típicos do *living will* ou procuração, do *durable power of attorney* e do histórico de valores;
- *Physician Orders for Life-Sustaining Treatment* (POLST). Documento sobre as alternativas de tratamentos, em forma de formulário, preenchido pelos

médicos após uma conversa sobre os objetivos do tratamento com o paciente ou seu representante legal. É, portanto, momentâneo e de uso imediato e deve acompanhar o paciente em eventuais transferências

O “POLST” é dentre eles, o mais recente.

3.1.2 Testamento vital na Europa

Na Europa as diretrizes antecipadas de vontade do paciente foram legalizadas depois das americanas. Os países com maior tradição liberal começaram a legislar sobre o assunto apenas na década de 90, são eles: Finlândia, Holanda e Hungria.

Nos demais países, o reconhecimento das DAV como um direito do paciente só foi possível a partir da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, conhecida também como Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo, cujos signatários são os Estados Membros do Conselho da Europa, redigida em 4 de abril de 1997.

Essa Convenção dispõe em seu artigo 9º que “serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade.”

Segundo Hélio Angotti Neto (2015), após o Convênio, a Bélgica foi o primeiro país a legislar sobre o tema, em agosto de 2002, seguida pela Espanha, em novembro do mesmo ano. A Inglaterra e o País de Gales reconheceram as DAV em uma lei de 2005. A França, em 2005. A Áustria, em 2006. A Alemanha, em 2009, e Portugal, em 2012. Saliente-se que a lei portuguesa trata as diretivas antecipadas como sinônimo de testamento vital, ignorando o histórico norte-americano sobre os institutos.

A Itália é signatária do Convênio de Oviedo, mas ainda não tem uma lei específica sobre as Diretivas Antecipadas. Atualmente existem cinco propostas de lei sobre o tema tramitando no Congresso Italiano, mas, segundo a Associação Lucas Coscioni, apesar de não ter validade jurídica, cento e vinte e quatro municípios já estabeleceram critérios para o registro desses documentos, incluindo algumas cidades importantes como Roma, Milão, Turim, Veneza e Florença, na esperança de aprovação de uma lei nacional sobre o tema.

3.1.3 Testamento vital na América Latina

A primeira lei editada a cerca das diretrizes antecipadas de vontade da América Latina foi em Porto Rico, em 2001. Nos anos seguintes outros países regulamentaram a matéria, a Argentina e o Uruguai, ambos em 2009. No Brasil ainda não existe lei sobre as diretrizes antecipadas de vontade, nem mesmo projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional. Contudo, em 2012, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a resolução 1995 para regulamentar a conduta médica frente às DAV, documentos reconhecidos pelo CFM como manifestação de autonomia do paciente.

É importante ressaltar que a resolução CFM 1995/2012 segue o exemplo português e trata as DAV como sinônimo de testamento vital, situação que demonstra o desconhecimento sobre a matéria no país (DADALTO, 2013, p. 106-113).

No âmbito jurídico, o Conselho Nacional de Justiça editou em maio de 2014 o enunciado nº 37 na I Jornada de Direito da Saúde, no qual dispõe que:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade que especificam os tratamentos médicos que 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.

Esse enunciado é um avanço, pois é o reconhecimento por um importante órgão do Poder Judiciário da existência, legalidade e importância das diretivas antecipadas no Brasil. Contudo, esse enunciado padece do mesmo equívoco da resolução CFM 1995/2012, pois equipara o testamento vital às diretrizes antecipadas de vontade.

Frise-se que apesar desses avanços ainda existe a necessidade de uma lei específica sobre o testamento vital e sobre as diretrizes antecipadas de vontade no Brasil, pois apenas uma lei poderá enfrentar temas como: quem poderá fazer o testamento vital, quem poderá ser nomeado procurador para cuidados de saúde, quais as formalidades desses documentos e qual o conteúdo lícito desses documentos, entre outros.

3.2 Bioética e Biodireito

A bioética teve seu surgimento nos Estados Unidos, na década de 70, devido à publicação de um artigo na revista da Universidade de Wisconsin, pelo oncologista Van Rensselaer Potter, afirmando que a bioética deve ser pautada por quatro princípios: de autonomia, beneficência, de não maleficência e de justiça:

O da autonomia supõe basicamente o respeito para todas as pessoas, assegurando-lhes a autonomia necessária para que atuem por si mesmas, isto é, como donos de suas próprias decisões, ainda se tratando de pessoas doentes. Atuar com autonomia sempre implicará responsabilidade e é um direito irrenunciável, como foi dito, ainda

na doença. No contexto médico, então, o profissional da medicina, sempre deverá respeitar os valores e preferências do doente porque se trata de sua própria saúde.

O princípio de beneficência designa ao médico a obrigação de atuar sempre em benefício dos outros, na qual assume imediatamente ao se converter em tal. A beneficência implica promover o melhor interesse do paciente, mas sem ter em conta sua opinião, porque claro, este não tem os conhecimentos necessários para resolver seu estado como tem o médico.

Por outro lado, o princípio de maleficência estabelece o abster-se intencionalmente de realizar ações que possam causar dano ou prejudicar a outros. Pode ocorrer em algumas circunstâncias que na busca dessa solução para o paciente se incorra em um dano. Neste caso, então, onde não há uma vontade de fazer dano, o tema passará por evitar prejudicar desnecessariamente a outros. Isto implicará ao médico ostentar uma formação técnica e teórica adequada e atualizada, pesquisar a respeito de tratamentos, procedimentos e terapias novas, entre outras questões.

E finalmente o princípio de justiça que implicará no brindar um trato igual a todos para que desta maneira sejam reduzidas as desigualdades sociais, econômicas, culturais, ideológicas, entre outras. Ainda que não deva ser assim, é sabido, que às vezes, o sistema sanitário de alguns lugares do mundo privilegia a atenção de uns e desmerece a de outros tão só por uma situação social ou econômica, entre as mais recorrentes, então, isto é ao que aponta este princípio de justiça.

A Bioética pretende contribuir para que as pessoas estabeleçam “uma ponte” entre o conhecimento científico e o conhecimento humanístico, a fim de evitar os impactos negativos que a tecnologia pode ter sobre a vida (afinal, nem tudo o que é cientificamente possível é eticamente aceitável).

Maria Helena Diniz (2011, p. 33), conceitua:

a bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humana, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. Seria a ciência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado desconhecimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de animais em pesquisas ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição aquática, atmosférica e sonora.

Para se poder conceituar o biodireito, a explanação do conceito de bioética se fez necessária, essa nova amplitude da ética, não tendo a pretensão de se colocar como detentora da verdade, mas com o objetivo de levar em consideração os vários aspectos que se relacionam com essa complexidade gerada pela tecnologia e ciência no campo da biomedicina, entendendo-se que a variedade de ideias possa gerar saídas criativas e humanamente adequadas.

Segundo Eneás Castilho Chiarini Júnior (2012), o conceito de biodireito:

seria, justamente, a positivação - ou a tentativa de positivação - das normas bioéticas. Biodireito seria, portanto, a positivação jurídica de permissões de comportamentos médico-científicos, e de sanções pelo descumprimento destas normas. biodireito é um termo que pode ser entendido, também, no sentido de abranger todo o conjunto de regras jurídicas já positivadas e voltadas a impor -ou proibir- uma conduta médico-científica e que sujeitem seus infratores às sanções por elas previstas. Desta maneira, pode-se dizer de forma mais concisa que biodireito é o conjunto de leis positivas que visam estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, é a discussão sobre a adequação - sobre a necessidade de ampliação ou restrição - desta legislação.

Para haver uma conceituação devida do biodireito, os princípios constitucionais devem ser utilizados como pilar para a fundamentação e aplicação dos princípios do biodireito. Devem ser levadas em conta as disposições constitucionais sobre a vida humana, sua preservação e qualidade, assim como as questões que tratam de meio ambiente, saúde e tecnologia. Podemos dizer, então, que o biodireito e a bioética andam de mãos dadas, praticamente se confundem, trazem à tona questionamentos sobre os limites jurídicos da licitude da intervenção tecno-científica possível, aplicada à Medicina, conseqüentemente à vida humana. Para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de vida com dignidade, respeitando sempre esse princípio fundamental previsto em nossa Constituição Federal, com essa comunhão desses institutos, o biodireito e a bioética, passam a ter um sentido humanista, estabelecendo, assim, um vínculo íntimo com a justiça e conseqüentemente com os direitos humanos, recuperando os valores humanos das pessoas.

3.3 Conceito de testamento vital

Atualmente, o mundo tem evoluído de maneira acelerada, principalmente na área das ciências médicas e biológicas. Os seres em constante evolução realizam pesquisas científicas. Como consequência, novas descobertas que auxiliam na qualidade da vida humana, até mesmo no seu prolongamento, pois as pessoas geralmente temem a morte, não a aceitam de forma natural e certa, por isso médicos e cientistas estão sempre buscando a cura para todos os males, almejando prolongar a vida, porém se esquecem de que para a morte não há cura, ela será inevitável ocorrendo prévia ou tardiamente.

Existe o direito à vida, existiria também um direito de morrer? Ou deveria haver um prolongamento da vida a qualquer custo?

A vida não pode se transformar em um dever, apesar de ser protegida como um bem supremo, como um direito fundamental e principal, os seres humanos possuem autonomia, liberdade de escolha, sendo assim, poderiam optar, dependendo do caso concreto, por continuar vivendo ou morrer, afinal, viver bem não significa viver muito, mas sim viver de forma digna, pois a vida é singular, subjetiva, é feita de inúmeras sensações, é dinâmica e intensa, não podendo ser resumida a mero funcionamento do organismo, portanto, caberá ao indivíduo, de acordo com seus pensamentos e conceitos de vida, de dignidade, exercer sua autonomia privada caso esteja em um estado deplorável de vida vegetativa, situação em que

aparelhagens médicas possibilitam que o organismo humano continue ativo, escolhendo até quando deseja viver.

As disposições de vontade do indivíduo (com plena capacidade) deverão ser consideradas quanto à não submissão a tratamento ou até mesmo a não continuidade de uma vida artificial, respeitando-se o grande pilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, aceitando dessa forma a eutanásia como um procedimento natural, uma maneira de efetivar muitas vezes a vontade do indivíduo. Sendo assim, o sistema jurídico nacional deveria permitir e positivizar a prática de eutanásia. O tão aclamado testamento vital poderia nos trazer essa solução, dando-nos a liberdade de decidirmos sobre como devemos prosseguir, ou se queremos.

Consoante ao reconhecimento da autonomia, o testamento vital também vai ao encontro de outro princípio bioético: a beneficência, que é o dever de agir no interesse do paciente, já que respeita as opções de vida do paciente em questão.

Portanto, se por um lado o testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, que uma pessoa realiza em uma situação de lucidez mental e de total autonomia para decidir sobre si – para que seja levado em conta – quando, por causa de uma doença, já não for possível expressar sua vontade, por outro é um novo instituto jurídico discutido pela Bioética e que, a despeito de alguns países da Europa e os EUA já terem positivado em texto legal, no Brasil ainda é objeto de discussão em diversas áreas: Medicina, Direito e Bioética, entre outras. (RIBEIRO, 2010)

O testamento vital “é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade” (BORGES, 2001).

Já o mandado duradouro, segundo NAVES e REZENDE (2007) é um documento no qual o paciente escolhe uma pessoa que deverá tomar decisões em seu nome, quando o próprio paciente não puder exprimir mais sua vontade.

Importante salientar que a nomenclatura “testamento vital” se mostra inadequada, pois remete ao instituto jurídico do testamento que, na definição de Maria Helena Diniz (2015, p. 211), é “o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz especulações extrapatrimoniais ou patrimoniais”.

Assim, percebe-se que o testamento vital prescinde da característica essencial do testamento, qual seja, ser negócio jurídico com efeito *causa mortis*, vez que produz efeitos *inter vivos*.

Por esta razão o testamento vital também pode ser designado por testamento de vida, testamento em vida, testamento biológico, testamento do paciente ou simplesmente cláusulas testamentárias sobre a vida, dado que os seus efeitos se produzem ainda em vida, imediatamente antes da ocorrência da morte.

Segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1995/2012, que dispõe sobre diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, em seu art. 1º, “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”.

O consentimento do paciente é de suma importância, devendo cada pessoa agir com autonomia, que é a capacidade de cada ser humano de ser verdadeiramente livre. Essa autonomia deve ser expandida aos membros da família quando o enfermo não puder resolver por si, e essa resolução familiar deve ser feita através de um consentimento válido e atual.

Para que o consentimento informado seja considerado válido ele tem que preencher alguns requisitos, tais como: competência, comunicação, compreensão, voluntariedade e consentimento. O agente presta um consentimento informado se for competente para agir, receber a informação completa, compreender essa mesma informação, decidir voluntariamente e, finalmente, se consentir a intervenção. (RUI NUNES, 2012)

Pressupondo que o enfermo esteja em pleno uso das suas capacidades mentais (competência no plano ético), liberdade implica que não exista nenhum tipo de coação ou manipulação externa, designadamente nenhuma ameaça ou suspeita de ameaça de nenhum profissional de saúde; e estejam excluídas todas as condições que possam afetar a vontade do paciente na esfera volitiva, por exemplo, o efeito de medicamentos, de drogas ou de álcool, perturbações afetivas tratáveis (como a depressão) ou mesmo dor e sofrimento intensos.

Segundo Rui Nunes, existem algumas variantes do consentimento que podem ser invocadas em contextos distintos:

Consentimento Expresso: quando o consentimento informado é prestado ativamente (não tacitamente), na forma oral, no quadro de uma aliança terapêutica entre o profissional de saúde e o paciente. Pode-se referir a uma intervenção em concreto (cirurgia, por exemplo) ou a todo o processo terapêutico (no âmbito da medicina geral e familiar, a título de exemplo). Em todo o caso, o consentimento é livremente revogável a qualquer momento. Quando possível o consentimento deve ser atual, ou seja, deve ser prestado para um ato médico que irá ocorrer brevemente.

Consentimento Implícito: quando a intervenção médica está implícita no relacionamento entre o médico e o doente, partilhando ambos um objetivo comum. Para o consentimento ser considerado implícito, o risco (de morte ou de violação da integridade física ou psicológica) deve ser desprezível. De fato, alguns atos clínicos dispensam o consentimento expresso, pois o doente subentende que estes podem vir a ocorrer. Alguns passos no decurso da avaliação clínica (elaboração da história

clínica ou a auscultação pulmonar, por exemplo) enquadram-se neste conceito de consentimento implícito.

Consentimento Presumido: presume-se o consentimento quando não estão reunidas as condições mínimas para a obtenção de consentimento expresso e não existem dados objetivos e seguros que permitam inferir que o doente se oporia a uma determinada intervenção. Por exemplo, em situações de emergência médica (hospitalar ou pré-hospitalar) ou no decurso de uma intervenção cirúrgica com inconsciência do doente. Esta é também considerada a doutrina subjacente à legitimidade da colheita de órgãos para transplantação post mortem, dado que existe a possibilidade de qualquer pessoa se inscrever no Registo Nacional de Não Dadores (RENNDA) e assim manifestar a sua oposição a esta colheita.

Consentimento Escrito: num ambiente de litígio judicial crescente procura-se por vezes obter evidência material de que o consentimento expresso foi efetivamente prestado. No entanto, não deve ser perspectivado como um substituto do consentimento expresso na forma oral, mas sim como uma forma complementar de consentimento que pretende materializar a prova desse consentimento. Nalguns casos, a legislação em vigor prevê a sua obrigatoriedade (ensaios clínicos de medicamentos, por exemplo). No entanto, por regra, não existe liberdade de forma na prestação de consentimento.

Consentimento Testemunhado: trata -se de um acréscimo de rigor na materialização da evidência de que o consentimento foi efetivamente prestado. Este tipo de consentimento é usual em ambiente hospitalar, sobretudo quando o doente e o profissional de saúde não têm uma relação próxima e duradoura. A testemunha pode ser um familiar, um amigo, ou outro profissional de saúde.

Consentimento Familiar: nalguns casos – por exemplo, recém-nascidos, crianças, doentes mentais ou doentes em estado vegetativo persistente – o doente é incapaz de prestar consentimento expresso. Nestas circunstâncias, e nos limites do melhor interesse do paciente, reconhece-se geralmente o direito da família (e ao legítimo representante em geral) a tomar decisões médicas que sejam benéficas para o paciente. Porém, quando existe conflito entre a vontade dos pais e o melhor interesse da criança, pode mesmo configurar-se um “Direito a um Futuro Aberto”. Ou seja, o direito ao exercício futuro da autonomia, que se inscreve numa categoria geral de direitos da criança (ou de outra pessoa com competência diminuída), que devem ser protegidos no presente para poderem ser exercidos mais tarde na sua vida.

Consentimento Genérico: a título de exceção, pode ser invocada esta modalidade de consentimento, quando a quantidade de informação a prestar ao doente ou à sua família é de tal modo avassaladora que não é exequível um genuíno consentimento informado. Este consentimento tem sido utilizado no contexto da execução de testes genéticos para inúmeras doenças e susceptibilidades (multiplex genetic testing) e não apenas para uma doença em particular. (RUI NUNES, 2012)

Segundo Cristiane Avancini Alves (2012), a denominação “manifestação explícita da própria vontade” foi utilizada por Joaquim Clotet, no primeiro artigo publicado no Brasil sobre este tema, em 1993, quando discutiu a lei norte americana que estabeleceu esta possibilidade naquele país a partir do ano de 1991.

A expressão norte-americana - *Living Will* - tem sido traduzida como Testamento Vital, Biotestamento ou Testamento Biológico. Utilizar a palavra “testamento” pode gerar confusão, pois um testamento é uma manifestação antecipada, mas que tem a sua eficácia apenas com a morte desta pessoa.

As diretivas antecipadas de vontade, ao contrário, são manifestações de vontades a serem seguidas quando esta pessoa ainda está viva. A palavra “will” foi utilizada no sentido

de vontade, de desejo, de escolha consciente. Contrariamente ao texto da Resolução 1995/2012, a imprensa leiga fez a divulgação utilizando a denominação “testamento vital”.

A denominação Diretivas Antecipadas de Vontade, utilizada na Resolução 1995/2012, caracteriza adequadamente o seu propósito:

a) Diretiva, por ser um indicador, uma instrução, uma orientação, e não uma obrigação;

b) Antecipada, pois é dita de antemão, fora do conjunto das circunstâncias do momento atual da decisão;

c) Vontade, ao caracterizar uma manifestação de desejos, com base na capacidade de tomar decisão no seu melhor interesse.

Reconhecer a autonomia do paciente não é destituir a autonomia do médico, mas sim reconhecer a alteridade presente nesta relação, em que as decisões devem ser compartilhadas. Da responsabilidade individual, nesta perspectiva de compartilhamento, surge a noção de corresponsabilidade. Não há uma submissão, mas sim o mútuo reconhecimento de uma co-presença ética na relação médico-paciente.

Em suma, a Resolução CFM 1995/2012 apresenta uma posição clara para o processo de tomada de decisão em situações em que o paciente esteja incapacitado de participar ativamente neste processo, garantindo a possibilidade de que seus desejos possam, ainda assim, ser levados em consideração.

3.3.1 Testamento vital: requisitos, profissionais e conteúdo

De acordo com a página eletrônica a respeito do testamento vital brasileiro, segue abaixo os seus requisitos, profissionais a serem consultados e conteúdo.

3.3.1.1 Requisitos formais para o Testamento vital

Como no Brasil não existe legislação específica sobre o tema não há, a priori, nenhuma determinação acerca da formalização do testamento vital. Contudo, o estudo do instituto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros nos permite pontuar a necessidade de alguns requisitos:

- 1) Capacidade: é necessário que o indivíduo seja capaz, segundo os critérios da lei civil. Ou seja, tenha mais de 18 (dezoito) anos e se enquadre em nenhuma situação de incapacidade a posteriori. Contudo, entendemos que uma pessoa

que seja menor de 18 anos pode fazer o testamento vital, desde que haja autorização judicial, baseada no discernimento desta pessoa. Ou seja, na prova de que, ainda que seja incapaz pelo critério etário escolhido pelo legislador brasileiro, possui discernimento para praticar tal ato.

- 2) Registro: apesar de não haver nenhuma lei impondo o registro do testamento vital, entendemos que a lavratura de uma escritura pública, perante os tabeliães de notas, é de extrema importância para garantir a efetividade deste, uma vez que os tabeliães possuem fé pública. Ademais, entendemos ainda que o testamento vital deve ser anexado ao prontuário médico do paciente.
- 3) Prazo de validade: o testamento vital vale até que o paciente o revogue.

3.3.1.2 Profissionais a serem consultados

Para a realização de um testamento vital, recomenda-se a consulta a dois profissionais:

- 1) Médico de confiança: a fim de que este converse com o paciente e o informe acerca de quais tratamentos são ordinários e quais são extraordinários e tire as dúvidas que por ventura existirem. Entendemos que é importante que este médico já acompanhe o declarante a fim de que já haja uma relação de confiança recíproca entre as partes.
- 2) Advogado especialista no tema: tendo em vista que o testamento vital refere-se a questões médicas e jurídicas é importante que, além do suporte médico, o declarante tenha respaldo de um advogado na feitura do documento. Recomendamos que o declarante procure um advogado especialista em direito médico ou direitos de personalidade, ou, mais especificamente, em testamento vital. Aqui, ressaltamos que o testamento vital é diferente do testamento patrimonial que, comumente faz-se com a assistência de um advogado especialista em Direito Sucessório. (Testamento Vital. 2016)

3.3.1.3 Conteúdo

Em linhas gerais, o testamento vital nos ordenamentos jurídicos estrangeiros tem como conteúdo disposições de recusa e/ou aceitação de tratamentos que prolonguem a vida artificialmente, disposição sobre doação de órgãos e a nomeação de um representante.

Quanto às disposições de recusa e/ou aceitação de tratamentos, para serem válidas frente ao ordenamento jurídico brasileiro, o paciente não poderá dispor acerca da recusa dos cuidados paliativos, vez que estes são garantidores do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, do direito à morte digna bem como por afrontarem a própria filosofia dos cuidados paliativos, que orienta a prática médica no tratamento de pacientes terminais no Brasil.

Assim, apenas disposições que digam respeito à recusa de tratamentos fúteis serão válidas, como por exemplo, não entubação, não realização de traqueostomia, suspensão de hemodiálise, ordem de não reanimação, dentre outros; e a definição da futilidade deve ter em conta a inexistência de benefícios que este tratamento trará ao paciente. Por esta razão, disposições acerca da suspensão de hidratação e alimentação artificial também não serão válidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à disposições sobre doação de órgãos estas desnaturam o instituto, vez que a declaração prévia de vontade do paciente terminal é, por essência, negócio jurídico, com efeito, *inter vivos*, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que este será submetido em caso de terminalidade da vida. Ademais, a doação de órgãos no Brasil já está regulada pela lei no. 9.434/97, alterada pela lei no. 10.211/01, bastando que, para a efetivação da doação, sigam-se seus ditames, inclusive, entre eles, está a autorização do cônjuge ou de parente maior de idade, obedecida a linha colateral, o que não seria admissível no testamento vital, vez que ele expressa a vontade autônoma do paciente. Portanto, entendemos inválida, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, a disposição acerca de doação de órgãos na declaração prévia de vontade do paciente terminal.

A análise da validade da nomeação de um representante é, na verdade, a análise da validade da junção do testamento vital e do mandato duradouro, ou seja, a disposição que nomeia um representante não é, em verdade, uma disposição de conteúdo da declaração prévia de vontade do paciente terminal, e sim a inclusão do mandato duradouro neste instituto. Situação que, a *priori*, é válida no Ordenamento Jurídico brasileiro. Ressalte-se, contudo, que tratam-se de institutos díspares, e, como o mandato duradouro é mais abrangente do que o testamento vital, melhor seria que a pessoa que optasse por redigir as duas modalidades de diretivas antecipadas, o fizesse separadamente, ainda que seja desejável a existência do mandato duradouro no testamento vital.

O testamento vital também não poderá conter disposições contrárias ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, o que torna ineficaz as disposições que prevejam a eutanásia, como por exemplo, o desligamento de máquinas ou a suspensão de tratamentos ordinários.

Antes de fazer a análise ética ou criminal do testamento vital, faz-se necessário mais alguma definições, sobre: eutanásia, ortotanásia e distanásia.

3.4 Conceitos: eutanásia, ortotanásia e distanásia

3.4.1 Eutanásia

Segundo o dicionário Aurélio (1980, p. 747) “eutanásia como morte serena, sem sofrimento, ou a prática pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um enfermo reconhecidamente incurável.” A palavra eutanásia se origina do grego *euthanasia* (eu = bom, thanatos = morte).

Podemos atribuir, também, ao conceito primitivo a concepção de que a eutanásia seja a prática pela qual terceira pessoa, na maioria das vezes com formação médica, que busca abreviar sem dor ou sofrimento a vida de um enfermo incurável ou em estado terminal. Tal prática ainda não possui amparo legal. É a conduta em que o médico emprega meios eficientes para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.

De acordo com Eduardo Luiz Santos Cabette (2009), a eutanásia costuma ser definida como “boa morte”, “morte suave” ou “morte sem dor ou sofrimento”. Historicamente falando, estima-se que a primeira utilização dessa terminologia se deu por Francis Bacon, no ano de 1623, em sua obra “*Historia vitae et mortis*”

Eutanásia não é um suicídio assistido (hipótese em que o indivíduo orientado ou auxiliado por terceiros ou pelos médicos, pratica sua morte), mas sim uma aceitação de sua condição humana e o desejo de não receber um tratamento que não condiz com os resultados. Nesse caso, não estará o médico, por exemplo, desvirtuando-se de sua finalidade humanitária, nem atentando contra a dignidade do ser humano, ao contrário, o profissional da saúde estará respeitando o livre arbítrio de seu paciente, cumprindo uma vontade do mesmo, ajudando-o a ter uma morte digna, já que essa é iminente e inevitável, afinal é dever do médico atenuar as angústias e os horrores da agonia quando se apresentem, não havendo obrigação de prolongar a vida indefinidamente, em uma luta incessante contra a morte, ficando o paciente submetido a equipamentos eletrônicos, perdendo sua qualidade de vida humana, sua identidade.

De acordo com Carolina Bezerra (2010), os tipos de eutanásia são:

- Eutanásia voluntária: os defensores da eutanásia voluntária afirmam que a mesma apenas tem ocorrência quando, para o que há de melhor no

conhecimento médico, uma pessoa está a sofrer de uma doença incurável e dolorosa, não se podendo dizer, em tais circunstâncias, que o fato de alguém optar por uma morte rápida configure uma escolha irracional. Asseveram que a legalização da eutanásia, permitindo aos pacientes a possibilidade de deliberarem se a sua situação é ou não suportável estaria muito mais em concordância com o respeito pela liberdade individual e pela autonomia.

- Eutanásia não-voluntária: Entre os vários tipos de eutanásia existentes, é de extrema importância falar da eutanásia não-voluntária, que seria causar a morte de um ser humano incapaz de tomar decisões entre a vida e a morte. Seriam os bebês deficientes ou que sofram de doenças ditas e incuráveis e as pessoas que já perderam a capacidade de compreender o problema em questão, por motivo do acidente, doença ou velhice, sem que tenham mencionado anteriormente a eutanásia. A aceitação eutanásia não-voluntária traria medo e insegurança as pessoas, as quais, incertas quanto ao futuro, temeriam chegar a um ponto em que a decisão sobre suas vidas ficasse nas mãos de outra pessoa, passando a não mais confiar nos seus próprios médicos.
- Eutanásia involuntária: A eutanásia involuntária é aquela ocorrida sem o consentimento do indivíduo por que: ele optou pela vida e mesmo assim mataram ou pelo motivo de não lhe terem feito esse questionamento embora fosse capaz de respondê-lo, torna-se evidente a sua procedência. Mesmo apenas sendo considerada eutanásia os casos em que o motivo da morte é o desejo de impedir o sofrimento.

Pode-se, também, classificar a eutanásia em três espécies:

- Eutanásia espontânea ou libertadora: É aquela em que o enfermo incurável provoca a morte por seus próprios meios ou pede a outro que o faça. Esse tipo de eutanásia se dá quando o paciente acometido por uma doença incurável, é exposto a um grande e temeroso sofrimento. Esta espécie se subdivide em:
- Ativa: é aquela ocasionada através de uma conduta; há aqui uma ação deliberada com o objetivo de ocasionar a morte;
- Passiva: consiste na ação negativa ou na interrupção de um tratamento;
- Voluntária: ocorre quando a morte se dá a pedido do paciente;

- Involuntária: ocorre quando a morte é provocada contra a vontade do paciente, ou ainda, quando o paciente sequer manifestou sua concordância ou discordância relativa a eutanásia; eutanásia não voluntária se dá quando a dor, o físico, as condições neurológicas, ou seja, o sofrimento do paciente impede que o campo de consciência da pessoa consiga discernir sobre o que realmente está decidindo e acaba por consentir na morte.
- Eutanásia eliminadora: A eutanásia eliminadora ocorre nos casos em que a morte é provocada com o fim de eliminar o paciente do seio da família e do convívio social, independentemente de estar o mesmo próximo da morte ou não. Ocorre com pessoas portadoras de doenças mentais; trata-se da eliminação daqueles seres apsíquicos e sociais absolutos, monstros de nascimento, loucos incuráveis, entre outras enfermidades congêneres.
- Eutanásia econômica: Os defensores da modalidade da eutanásia econômica baseiam-se no binômio custo-benefício; na ideia de que as pessoas portadoras de doenças prolongadas, em tratamento, são pacientes extremamente dispendiosos e que a manutenção desses não interessa a uma sociedade capitalista. A eutanásia econômica atinge aqueles doentes em situação de vulnerabilidade, que acabam por ser vítimas da desigualdade social, do preconceito e das questões financeiras.

Segundo o portal eletrônico G1, pelo menos cinco países no mundo autorizam a eutanásia em situações de moléstia grave, são eles Estados Unidos, Holanda, Bélgica, Suíça e Alemanha. Em Portugal, o testamento vital também é autorizado. Nos Estados Unidos o primeiro caso de eutanásia se deu em 1990, no estado de Oregon, a Holanda foi o primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia e o suicídio assistido, em abril de 2002, sob uma série de condições: o paciente precisa fazer o pedido em estado de “total consciência”, sofrer dores insuportáveis e ser portador de uma doença incurável.

A Bélgica seguiu os passos da Holanda no mesmo ano, e desde 2002 a eutanásia é legalizada no país. Pessoas saudáveis podem deixar registrado seu desejo de morrer caso entrem em estado de inconsciência ou coma durante uma doença terminal. A lei não menciona o suicídio assistido, já que médicos não podem simplesmente prescrever drogas letais, sendo obrigados a administrá-las e acompanhar o paciente até o momento da morte. A legislação belga é considerada menos restritiva, e mesmo pessoas sem doenças terminais já recorreram à

eutanásia. Em fevereiro deste ano, um ponto bastante polêmico foi aprovado: agora a Bélgica permite também a eutanásia em crianças, sendo os pais os responsáveis pela decisão.

A Suíça possui uma legislação bastante parecida com a da Alemanha, mas as autoridades suíças são menos rigorosas. Nos dois países a eutanásia é proibida, porém o suicídio assistido é permitido, desde que o paciente não tenha ajuda de terceiros no momento da morte. Mas a Suíça não se opõe à atuação de entidades que orientam e oferecem estrutura para aqueles que desejam morrer, o que contribui para a existência de um mórbido “turismo da morte”, com doentes de diversos países viajando até lá especificamente para encerrar suas vidas.

Vale mencionar que existem na América do Sul discussões jurídicas sobre o assunto, embora nenhum país tenha leis específicas. No Uruguai, o Código Penal prevê, desde 1934, que os juízes têm a possibilidade de isentar quem comete “homicídio piedoso”, o que na prática coloca nas mãos de cada juiz a decisão sobre casos de eutanásia. O suicídio assistido, porém, é crime em qualquer hipótese. Também a Colômbia adotou um procedimento parecido. Em maio de 1997, a Corte Constitucional Colombiana decidiu que os juízes podem isentar quem cometa o homicídio piedoso, desde que exista “consentimento prévio e inequívoco” do paciente em estado terminal. A decisão, no entanto, contrasta com o Código Penal do país, que ainda prevê o ato de homicídio piedoso como crime, com pena de seis meses a três anos de detenção.

3.4.2. Ortotanásia

A ortotanásia, que tem por definição, segundo o dicionário Priberam (2008 - 2013) “substantivo feminino - Morte natural e sem sofrimento”. O que significa, como dispôs o Senado Federal, num texto escrito por Helena Daltro Pontual, que na ortotanásia não há a antecipação da morte, entretanto o médico não é obrigado a prolongar a vida do paciente terminal. (Pontual, 2009).

A ortotanásia é, portanto, entendida como morte por cessação do tratamento ou também literalmente a morte no tempo certo, sendo que se dá com a interrupção do tratamento destinado à manutenção da vida do paciente, ou mesmo com o não início desse tratamento, fazendo que o grave e irreversível quadro clínico se abrevie com a sua morte a pedido próprio ou de ente querido, em virtude dos graves sofrimentos que padecia em vida o moribundo, e sem perspectivas de melhora ou cura.

Existe uma outra denominação para a ortotanásia, podendo ser classificada com a eutanásia passiva, segundo Nogueira (1995, p. 45):

Consideremos como verdadeira, portanto, apenas a eutanásia terapêutica ou libertadora, que será dividida em ativa e passiva, modalidades distintas. A passiva consiste em deixar morrer naturalmente, sem o uso de aparelhos que prolonguem a vida artificialmente e proporcionem vida puramente vegetativa. A passiva denomina-se também ortotanásia, que vem do grego: *orthós* – normal, correta; *thánatos* – morte. Trata-se de não empregar os meios artificiais de prolongamento inútil da vida humana. Aliás, o emprego desses meios tem várias inconveniências, tanto para o próprio enfermo como para seus familiares, além de acarretar gastos elevados.

Quando falamos de ortotanásia podemos fazer um paralelo com o princípio da dignidade da pessoa humana, afinal a vida tem que ser com qualidade, não a tornando um fardo, tanto para o doente, como para seus familiares. Vendo por esse prisma, Nalini (2011, p. 28-29) alega:

Ortotanásia permite ao terminal morrer em paz, cercado de amor e carinho, enquanto se prepara rumo ao mergulho final. Significa não prolongar, quando a cura é inviável, o sofrimento do enfermo, desde que ele possa manifestar a sua vontade ou alguém o faça em seu nome. Nem sempre o prolongamento forçado de uma situação vital distante da dignidade é a melhor solução. “A sobrevivida permanente em um hospital não pode ser confundida com o uso de recursos médicos para a recuperação da saúde. A sentença de confinamento hospitalar não é uma opção de tratamento, mas um estado permanente de isolamento que impede a morte. Cada pessoa, na intimidade de suas escolhas e convicções, passa a reclamar o direito de morrer como uma extensão de sua forma de estar no mundo. A morte torna-se um processo pensado e planejado, por isso crescem iniciativas de formalização de testamentos vitais.

A dignidade da pessoa humana desponta, portanto, como elemento axiológico exponencial do direito, em torno do qual gravitam os demais valores humanos fundamentais.

Não é suficiente que se tenha vida, mas é necessário que a vida seja vivida com dignidade, e não há dignidade sem autonomia, pois a dignidade encontra sua expressão na autonomia privada, que por sua vez deriva da liberdade e da igualdade nas relações intersubjetivas, entre os indivíduos.

Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 373-380), a aplicabilidade da ortotanásia é permitida em diversos países, e no Brasil, implicitamente é tutelada através de princípios jurídicos, consubstanciados em princípios éticos e morais, porém, a insegurança jurídica propiciada pela ausência de legislação específica conduz à permanência da prática distanásica.

Entretanto, todos os países que explicitamente tutelam o direito à ortotanásia, o fazem sempre com extrema segurança jurídica, obedecendo a etapas de protocolos elaborados minuciosamente com vistas a garantir efetivamente o elemento volitivo do paciente e a afastabilidade de responsabilidade de qualquer natureza para o profissional médico e instituição de saúde que venham a participar do processo.

Segundo o procurador do estado de São Paulo Alexandre Aboud, em entrevista concedida à revista de grande circulação nacional, embora não exista previsão legal da prática da ortotanásia, dificilmente um médico seria punido pela Constituição entendendo que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana substancia tal conduta, conferindo respaldo para o médico que em prol da dignidade do paciente suspende tratamento fútil (LOPES, 2010).

O dilema que o profissional médico enfrenta quanto à aplicabilidade da ortotanásia, que diz respeito ao dever de assegurar o direito à vida e primar pela dignidade da terminalidade que nada mais é que uma fase da vida, sem infringir ditames da lei ou da ética estará dirimido por estas mudanças, encontrando respaldo ético e legal para agir em direção ao respeito à dignidade do paciente. Vale ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana vem expresso em nossa Constituição Federal, em seu artigo 1º, III.

3.4.3. Distanásia

O próximo conceito necessário para nosso estudo é o da “distanásia”, trata-se de um neologismo de origem grega: o prefixo *dys* significa ato defeituoso, afastamento e o sufixo *thanatos* designa morte. Na sua origem semântica, distanásia significa morte lenta, com muita dor ou prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente, não respeitando a dignidade do morrente. É um termo ainda desconhecido e pouco utilizado no âmbito da saúde. Segundo Léo Pessini (2009), o termo distanásia é pouco conhecido e utilizado na área da saúde. Ao contrário do que ocorre com seu antônimo eutanásia, frequentemente discutido e estampado nas manchetes de noticiários e jornais, apesar de sem dúvida, ser opção bem menos praticada do que a distanásia em nossas instituições de saúde, notadamente nas unidades de terapia intensiva, as modernas catedrais do sofrimento humano.

Esse prolongamento da vida se valendo de todos os meios ordinários e extraordinários possíveis, ainda que contrário à vontade do paciente ou de seus familiares, não configura uma vida digna, mas uma vida indigna, e neste caso, deixá-lo morrer pelas vias naturais, ainda que procurando proporcionar-lhe os meios paliativos de alívio de seu sofrimento até que a morte chegue constituiu-se em uma postura digna, e é o caminho de proporcionar ao paciente dignidade. A tecnologia de sustentação artificial de vida precisa ser usada com sabedoria. Precisamos dizer um grande não à ‘tecnolatria’ e reconhecer que toda vida humana chega a um término, e que esse final deve ser marcado pelo respeito e pela dignidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que foi elaborada a partir da Carta da Organização das Nações Unidas (1945) e de estudos da Comissão de Direitos Humanos da mesma organização, dispõe sobre a igualdade e dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à liberdade, bem como que ao homem deve ser garantido um padrão de vida que seja capaz de assegurar saúde e bem-estar, implicando vestuário, alimentação, habitação, cuidados médicos, entre outros (art. XXV).

O Brasil tornou-se signatário no ano de 1948, seguindo uma tendência mundial de respeito à vida humana. Em 1969, surgiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, na mesma linha da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ressaltando a importância de respeito à liberdade pessoal e à justiça social, ao direito à vida, à integridade e à liberdade pessoal. Acrescente-se, ainda, o art. 4º, II, da Constituição Federal, que trata das relações internacionais e afirma a prevalência dos direitos humanos.

Ressalte-se que não há discordância que o direito à vida é o principal direito do ser humano, e deve ser protegido, respeitado e garantido pelo Estado, pois nenhum ordenamento seria justo se não respeitasse esse direito. Como acima expresso, a Constituição de 1988 prevê tal proteção, que é um reflexo do entendimento mundial.

Todavia será que na hipótese específica, merece o paciente terminal ser condenado à tortura e a tratamento desumano, contra a sua vontade e a custa de sofrimento insuportável, sob o fundamento de se manter ou prolongar a vida a qualquer custo?

Não seria mais confortável para o paciente e sua família se eles pudessem optar pela prática da eutanásia, nos casos de moléstia grave? Poupar os que amamos do sofrimento também não seria um ato de amor? A prática do testamento vital, em sendo autorizada a feitura da eutanásia iria poupar muitas famílias de sofrimento.

4. Consequências penais do testamento vital

4.1 Morte digna

Viver e morrer são conceitos antagônicos, mas estão intrinsecamente relacionados, havendo um forte liame entre ambos. A morte sempre se fez presente em todas as sociedades e é discutida por diversas áreas do conhecimento. Trata-se de uma questão interdisciplinar e, por isso, tão complexa.

A vida e a morte sempre fizeram parte do jogo existencial de todos os seres vivos, contudo, apenas o homem sabe que, em algum dia, irá morrer. Entretanto, com a medicalização da vida, este dia fica cada vez mais distante, mas nem sempre foi assim. O enfrentamento do fenômeno da morte pelo homem foi se modificando ao longo dos tempos.

Atualmente são tantas e tão vertiginosas as possibilidades e alternativas em termos de terapia, de medicamentos, de tratamentos e de novos fármacos disponíveis no mercado, que a Biomedicina se transforma, por assim dizer, em uma nova panaceia a representar, utopicamente, a cura para todos os males, capaz de engendrar, por meio da medicalização da vida, uma sociedade constituída apenas por indivíduos plenamente saudáveis.

A medicina salva vidas. Aos milhares, aos milhões. É fato! E graças ao seu avanço vivemos mais. No entanto, supor que em virtude desta proposição, vencemos a batalha que travamos ao nascer, isto é, confiar que nos tornamos incólumes às doenças e que suplantamos a morte, é, em última análise, uma esperança vã. Isto porque apesar de todo o avanço conquistado no campo da medicina, doenças incuráveis e pacientes em estado terminal não são variáveis, pelo contrário, são constantes nesta ciência.

Neste sentido, André Comte-Sponville (1997, p. 63-64) comenta “Porque o homem é mortal, a medicina traz em si seu limite ou seu fracasso. Profissão trágica, portanto, que se confronta com o pior quase cotidianamente, e que só sabe adiar o momento de sua última derrota.”

Mais adiante em sua obra, André Comte-Sponville (1997, p. 68) nos traz as seguintes indagações: “Combater a morte? Certamente! Mas até quando? Até onde?”. As indagações nos remetem ao enfrentamento de temas complexos, como os conceituados no capítulo anterior, a saber, eutanásia, ortotanásia e distanásia, termos que em certa medida se entrelaçam, mas que por reclamarem condutas específicas, não se confundem. Cada qual traz consigo seus questionamentos éticos e suas responsabilidades próprias. São, sobretudo, expressões que trazem à tona a contingência que é inerente à condição humana e, por isto mesmo, capaz de suscitar dilemas éticos e jurídicos muito alarmantes e conflitantes.

Podemos analisar até que ponto se deve prolongar a vida e por consequência o sofrimento do enfermo. O testamento vital nos faz pensar sobre o quanto nossa necessidade de estarmos perto dos entes amados é maior do que a dignidade deles terem um fim de vida com excelência, até que ponto nosso “egoísmo” tem o poder de prolongar o sofrimento daqueles que amamos? Isso realmente pode ser denominado de amor?

4.2 O tratamento da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, durante os períodos de colônia e Império (sécs. XVI, XVII e XVIII) o homicídio eutanástico recebeu o mesmo tratamento do tipo penal convencional, não havendo qualquer referência aos motivos que compelssem o agente, tampouco ao consentimento (ou requerimento) por parte da vítima. De seu turno, é de se notar que as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) não incriminavam as condutas de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

Diferentemente, o Código Criminal do Império (1831) passou a prever punição à prática de auxílio ao suicídio, passando também a estipular como circunstância atenuante “ter o delinquente cometido o crime para evitar maior mal” (art. 18, § 2º), muito embora a subsunção do motivo altruístico a tal disposição não seja imediata, apesar de plausível.

O Código Penal de 1890, por sua vez, acrescentou à figura típica do auxílio, o induzimento ao suicídio, mantendo a mesma previsão genérica para atenuação da pena (art. 42, § 6º) inserida na lei anterior. A Consolidação das Leis Penais de 1932 não trouxe alterações relativas à matéria.

Já o Código de 1940, atualmente em vigor, acrescentou a “instigação” às figuras do auxílio e do induzimento ao suicídio, estabelecendo punição para tais atos nos casos em que o ato se consuma, ou quando da tentativa de suicídio resultar lesão corporal de natureza grave, com duplicação da pena se o crime for praticado por motivo egoístico ou se a vítima for menor, ou, ainda, tiver por qualquer razão diminuída sua capacidade de resistência (art. 122).

Com relação ao tratamento da eutanásia, passou a ser mais favorável, na medida em que foi introduzida na Lei previsão de diminuição de pena para agente que cometer o crime de homicídio impelido por motivo de relevante valor social ou moral (art. 121, § 1º), sendo, portanto, o primeiro Código a considerar a intenção nobre que impulsiona determinadas condutas criminosas, para atenuar a sanção. Cita a Exposição de Motivos de mencionado diploma legal, como exemplo de motivo de relevante valor moral, “a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima”, hipótese que alberga claramente em seu conteúdo a eutanásia.

Percebe-se, a partir da análise da evolução histórica da legislação criminal pátria, o nítido progresso do tratamento penal das situações que envolvem o homicídio eutanástico. Não obstante tal desenvolvimento, verifica-se, examinando-se alguns dos diferentes projetos de Código Penal que não vingaram ao longo da história recente do país, que o avanço da abordagem legal do tema poderia ter sido maior.

Com efeito, o Projeto Sá Pereira (1928) incluía entre as circunstâncias atenuantes genéricas ter o agente cedido “à piedade, provocada por situação de irremediável sofrimento em que estivesse a vítima, e às suas súplicas ” (art. 130, inciso IV), bem ainda, com relação ao delito de homicídio, a seguinte disposição: “àquele que matou alguém nas condições precisas do art. 130, IV, descontar-se-á por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o juiz convertê-la em detenção” (art. 189). Por prever como causas de atenuação da sanção tanto o motivo altruístico, quanto o pedido da vítima, referido projeto era muito mais preciso no tratamento penal do homicídio eutanásico do que aquele que efetivamente se transformou em lei (CARVALHO, 2001, p. 57 e 58).

Na mesma direção, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal (1984), isentava de pena “o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável atestada por outro médico” (art. 121, § 3º). Ao se converter em projeto, teve a redação do dispositivo alterada para: “não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”. Não obstante o vanguardismo com que tratava a matéria, o trabalho jamais foi encaminhado ao Congresso Nacional (CARVALHO, 2001, p. 59).

Posteriormente, a Comissão de Juristas do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal (1998), valendo-se em grande medida do que produziu a Comissão de 1984, tratou duplamente a questão da eutanásia, entendida em sentido amplo. Neste sentido, excluía a ilicitude de conduta compreendida como ortotanásia, ou seja, a de “deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (art. 121, § 4º), e concedia tratamento privilegiado à eutanásia propriamente dita (ativa e direta), vale dizer, quando o autor de homicídio “agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave” (art. 121, § 3º).

Por fim, o a Comissão Revisora do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que enviou o resultado final dos trabalhos ao Congresso Nacional em 1999, manteve o tratamento da matéria em dois dispositivos, mas foi ainda mais moderna, conferindo, em ambos, no caso de consentimento subsidiário entre os familiares, preferência ao cônjuge e ao companheiro em detrimento dos ascendentes, dos descendentes e dos irmãos

do paciente, bem ainda estabelecendo, na hipótese de eutanásia ativa direta (art. 121, § 3º) penas ainda mais brandas que o anterior (“Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticada. Pena – reclusão de dois a cinco anos”) (CARVALHO, 2001, p. 60).

Atualmente, dois projetos em trâmite no Congresso Nacional (PLS 116/00 e PLS 524/09) tratam da descriminalização da ortotanásia. O primeiro, já aprovado pelo Senado e remetido à Câmara dos Deputados, acrescenta o artigo 136-A ao Código Penal, isentando de punição a conduta de “deixar de usar meios desproporcionais e extraordinários em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão”. O último, mais abrangente no tratamento dos direitos do paciente em fase terminal, permite, caso haja manifestação favorável de sua parte, ou, na impossibilidade de sua manifestação, da sua família, ou de representante legal, a limitação ou a suspensão, pelo médico, “de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida”.

Além dos mencionados projetos de lei que tramitam no Parlamento Federal, destaca-se o Anteprojeto de Novo Código Penal de 2012, resultado do trabalho da Comissão de Juristas instituída pelo Requerimento nº 756/2011 do Senado Federal (aditado pelo RQS nº 1.034/2011), principalmente pela criação de um tipo penal específico para a eutanásia (art. 122) – em detrimento, portanto, da atual compreensão como modalidade privilegiada do delito de homicídio -, com previsão de pena de dois a quatro anos de prisão, e possibilidade de o juiz, “avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima”, deixar de aplicar a sanção (§ 1º). Ademais, estabelece, no parágrafo segundo, a exclusão da ilicitude da ortotanásia, “desde que esta circunstância (doença grave irreversível) esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”. Convém mencionar, ainda, que tanto o parágrafo primeiro quanto o segundo do art. 122 são também aplicáveis, nos termos do Anteprojeto, ao crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 123).

Com a mesma orientação de tais propostas normativas, no que toca à ortotanásia, já cuida da questão o novo regulamento deontológico da Medicina. O Código de Ética Médica vigente, publicado em 2010, permite aos médicos a não adoção de ações terapêuticas inúteis a

pacientes terminais sem possibilidade de cura, facultade esta que já era prevista anteriormente, pela Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, mas que teve seus efeitos suspensos por decisão judicial (em sede de tutela antecipada) não muito tempo após a aprovação. A eutanásia em senso estrito, todavia, não é disciplinada pela entidade.

4.3 Implicações penais

A despeito da ausência de disposições específicas acerca da eutanásia no ordenamento jurídico pátrio, fato é que tal conduta é passível de subsunção ao tipo incriminador do artigo 121 do atual Código Penal.

Não obstante tal diploma normativo não preveja a eutanásia como modalidade típica, nota-se que referida prática não foi ignorada pelo legislador originário, vez que expressamente mencionada na exposição de motivos de citado Código, como exemplo de homicídio atenuado por conta do relevante valor moral. Apesar do tratamento privilegiado conferido à eutanásia que, em termos práticos, implica na redução, em um sexto a um terço, da pena cominada ao homicídio simples, mostra-se evidente a vontade do legislador em sua criminalização (COELHO, 2014).

Todavia, uma análise sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, somada a um estudo mais aprofundado de tais questões desde a perspectiva da dogmática penal, permite atingir conclusões diversas daquelas que se extraem da letra fria do Código.

No que diz respeito especificamente à eutanásia, em senso estrito, seu caráter delituoso parece, a priori, evidente, em razão da inequívoca presença do dolo de matar, que, nada obstante o motivo piedoso, caracterizaria a tipicidade da conduta, o que, somado ao fato de não se vislumbrar, em referida situação, a presença de qualquer causa legal de justificação ou excludente de culpabilidade, qualificaria a prática como criminosa.

Em uma análise acerca da antijuridicidade da conduta eutanástica, a configuração do estado de necessidade em tais circunstâncias, hipótese aventada por alguns autores (CARVALHO, 2001; GUIMARÃES, 2011) apesar de se ter argumentos plausíveis, soa interpretativamente forçosa, além de difícil aferição prática. Com efeito, parece-nos que, diante da ponderação de interesses conflitantes nas situações de eutanásia, o sacrifício da vida, bem jurídico de mais alta valoração pelo ordenamento, não é preferível ao bem-estar e à dignidade do paciente, até porque em casos tais, estes não seriam preservados quando sobreviesse a lesão àquele. Em outras palavras, com a interrupção da vida, não seriam salvos de perigo o bem-estar e a dignidade do enfermo, já que com a morte nenhum destes interesses

subsistiria. Desta feita, tal desfecho, em nosso entendimento, impediria a justificação da eutanásia em virtude de suposto estado de necessidade.

No que atine à culpabilidade, também se revela pouco consistente o argumento de que, em razão da conjuntura de piedade e de desespero, a interrupção da vida não seria reprovável. Isto porque, à parte da fragilidade do instituto da inexigibilidade de conduta diversa no Direito Penal brasileiro, para tal causa exculpante se caracterizar, imprescindível seria a relativização do respeito à vida humana (bem jurídico protegido pelo tipo penal a que se subsume a conduta eutanásica), em razão das circunstâncias que motivaram o agente, o que, novamente, impenderia a ponderação de valores a que nos referimos alhures – tarefa complexa e cuja resolução nos parece (em consonância com a doutrina e a jurisprudência dominantes), como já afirmamos, pender para a prevalência da inviolabilidade do direito à vida.

Ademais da análise da eutanásia sob o prisma da teoria do delito, a Constituição da República, segundo alguns doutrinadores, contemplaria a possibilidade da eutanásia em suas diversas modalidades, ao apontar a dignidade humana como valor basilar do ordenamento jurídico e ao garantir a liberdade de autodeterminação como direito fundamental do cidadão, que compreenderia a faculdade de interromper um sofrimento inútil por meio da abreviação da vida. Deste modo, aqueles que, imbuídos de um espírito de compaixão e de respeito auxiliassem os enfermos, estariam agindo em conformidade com as garantias fundamentais e qualquer hipótese de punição a sua conduta seria inconstitucional. Isto porquanto, na colisão dos direitos à vida e à liberdade, surgiria o direito à morte digna com base na concepção de dignidade da pessoa titular desses direitos (DIAS, 2012, p. 210). Em contraponto, argumenta-se que não bastariam os princípios constitucionais para garantir a impunibilidade aos que eliminam o sofrimento alheio através de métodos eutanásicos, sendo imperativa a explicitação de tais práticas pela legislação infraconstitucional (GARCIA, 2007, p. 269).

A ideia que a própria vida é um bem indisponível é flexibilizada, no contexto eutanásico, diante da interpretação sistemática da Constituição Federal que dispõe ser o direito à vida inviolável, ao mesmo tempo em que posta, o da dignidade da pessoa humana. Até quando o sofrimento deve ser prolongado? A eutanásia é crime, mas a distanásia também não deveria ser proibida?

Conclusão

No presente trabalho foram apresentados no capítulo 01 os conceitos de sucessão e sua história, para que pudesse ser feita uma análise lega da morte, com os requisitos e tipos de testamentos. No capítulo 02 os conceitos dos tipos de testamentos foram esmiuçados para que o tema pudesse ser amplamente abordado.

No capítulo 03 se adentrou melhor no conceito e história do testamento vital, sendo expostos os conceitos de eutanásia, ortotanásia e distanásia. Elementos essenciais para a análise e discussão do tema. No capítulo 04 ocorreu a finalização, apresentando-se as implicações penais da prática da eutanásia na história dos códigos penais brasileiros.

Considerar, que o direito fundamental à vida é irrenunciável, seria o mesmo que transformá-lo em um verdadeiro dever de viver. Significaria, ainda, ignorar que a renúncia é também uma das formas possíveis de exercício dos direitos fundamentais, na medida em que a realização destes inclui, em alguma medida, a possibilidade de sua disposição ou de sua limitação, quando estas representarem a manifestação genuína do exercício de outras garantias de igual status: a da autodeterminação individual e a do livre desenvolvimento da personalidade subjetiva.

A Constituição da República, além de prever a inviolabilidade do direito à vida, atribui a mesma qualidade aos direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), entre outros. Isto significa que, também por isso, não se pode interpretar o termo "inviolável" enquanto sinônimo de "indisponível", "absoluto", "irrenunciável" - ou no sentido de que não admite ponderação -, já que são inúmeras as hipóteses em que tais bens protegidos juridicamente estarão em contraposição, exigindo que, num exercício de ponderação - como ocorre concretamente nas causas justificadoras, em uma conjuntura de realização de um fato típico - se decida qual dos valores deve prevalecer.

O ser humano é por natureza egoísta e devido a isso coloca acima de qualquer coisa as suas vontades. Ao ter uma pessoa amada em estado grave de saúde, a tendência humana é prolongar ao máximo a permanência desse ente amado ao seu lado, ignorando por vezes a própria vontade do enfermo.

A prática das diretrizes antecipadas de vontade no Brasil ainda está muito no começo, poucas pessoas sabem desse tipo de testamento e como ele funciona. Cumpridos os demais requisitos de existência, validade e eficácia do consentimento, não há qualquer motivo para se rejeitar a aquiescência expressa através do testamento vital. Insta ressaltar, por outro lado, que, evidentemente, o signatário poderá revogar mencionado instrumento, devendo-se, neste sentido, respeitar-se sua última vontade, mesmo que manifestada sem as formalidades

adotadas quando da elaboração do documento. O testamento vital ainda está se mostrando no Brasil, mas não como em outros países que classificam a conduta eutanásica como crime.

A dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, também deveria abranger o direito desta pessoa poder escolher a maneira de se tratar ou até mesmo de poder dar fim ao seu sofrimento. A prática da eutanásia não é crime em muitos países, nos quais os doentes terminais, capazes, podem decidir a respeito de seu tratamento e do fim de sua vida, não prolongando sofrimentos, tanto para o enfermo, quanto para a sua família.

A prática da eutanásia deveria realmente ser classificada como crime? Não seria um ato de misericórdia? Até que ponto o sofrimento humano teria que chegar? Vale uma reflexão, e uma possível alteração na legislação vigente, dando essa opção para as pessoas, de terem uma morte digna.

Referências

ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. **Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico paciente.** Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981>> Acesso em: 24 set. 2016.

ALVES, Jones Figueiredo. **Testamento genético.** Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/950/Testamento+gen%C3%A9tico>>. Acesso em: 24 set. 2016.

ANGOTTI NETO, Hélio. **Mirabilia Medicinæ 4** (2015/1). Virtudes e Princípios no Cuidado com a Saúde. Virtues and Principles in Healthcare. Virtudes y Principios en la Atención Médica. Jan-Jun 2015/ISSN 1676-5818.

ARGENTINA. **Ley 26.529** – Salud publica. Derechos del Paciente. B.O. 20/11/09 – Ley 26.529 – SALUD PUBLICA – Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Disponível em: <<https://soydondenopienso.wordpress.com/2009/11/26/ley-26-529-salud-publica-derechos-del-paciente/>>. Acesso em: 24 set. 2016.

Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica. **Testamento biológico.** Disponível em: <<http://www.associazionelucacoscioni.it/campagna/testamento-biologico>>. Acesso em: 24 set. 2016.

BARBOSA, Carolina Cintra. **Os tipos de testamento de acordo com a legislação brasileira.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-tipos-de-testamento-de-acordo-com-legisla%C3%A7%C3%A3o-brasileira>>. Acesso em: 24 set. 2016.

BERTI, Silma Mendes; CARVALHO, Carla Vasconcelos. **O papel da bioética na promoção da autonomia do sujeito.** In: DADALTO, Luciana (Coord.). Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade. Curitiba: Editora Prismas, 2014, p. 17.

BEZERRA, Carolina. **Eutanásia: tipos de eutanásia e suicídio assistido**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2006/2147>> Acesso em: 24 set. 2016.

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

BRASIL. **Decreto n. 847 – de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal**. O Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro dos Negócios da Justiça, e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Decreto nº 22.213** de 14 de dezembro de 1932. (Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991). Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Codigo Criminal. D. Pedro por Graça de Deus, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte. **Codigo Criminal do Imperio do Brazil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Lei no 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia**. Curitiba: Juruá Editora. 2009. 123 p.

CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídicos penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CFM – Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.995/2012**. (Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70). Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Resolução CFM Nº 2.013/2013**. (Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119). (REVOGADA por Resolução CFM 2.121/2015). Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.

CHIARINI JÚNIOR, Eneás Castilho. **Noções introdutórias sobre Biodireito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/no%C3%A7%C3%B5es-introduct%C3%B3rias-sobre-biodireito-0>>. Acesso em: 24 set. 2016.

COELHO, Thales Cavalvanti. **Implicações Jurídico-Penais da Anuência da Vítima na Eutanásia Criminalizada**. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1025>>. Acesso em: 24 set. 2016.

COMTE-SPONVILLE, André. **Bom dia, Angústia!** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**. Adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997. Entrada em vigor na ordem internacional: 1º de Dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em: 24 set. 2016.

DADALTO, Luciana. **A implementação das DAV no Brasil: avanços, desafios e perspectivas**. In: DADALTO, Luciana. *Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade*. Curitiba: editora Prismas, 2014, p. 273-289.

_____. **Como fazer o testamento vital? Tudo que você precisa saber para fazer um testamento vital**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/como-fazer-o-testamento-vital/>>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/historia-do-testamento-vital-entendendo-o-passado-e-refletindo-sobre-o-presente/>>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Testamento Vital**. Disponível em: <<http://www.testamentovital.com.br/>>. Acesso em: 24 set. 2016.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. 239 p

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 499 p

_____. **O Estado Atual do Biodireito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1025 p

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1980. 1781 p.

FINLÂNDIA. Ministry of Social Affairs and Health, Finland. N.B. Unofficial translation. Legally valid only in Finnish and Swedish. **No. 785/1992 - ACT ON THE STATUS AND RIGHTS OF PATIENTS**. Issued in Helsinki on 17th August 1992. Disponível em: <<http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1992/en19920785.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

G1. GLOBO. **Ao menos 5 países permitem suicídio assistido ou eutanásia; veja quais são**. São Paulo, Nov. 2014 Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/11/ao-menos-5-paises-permitem-suicidio-assistido-ou-eutanasia-veja-quais-sao.html>>. Acesso em: 24 set. 2016.

GARCIA, Iberê Anselmo. **Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 67, julho-agosto de 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Catarina. **Registo de testamento vital passa a ser possível a partir de amanhã**. 30/06/2014 Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/registo-de-testamento-vital-passa-a-ser-possivel-a-partir-de-hoje-1660785>>. Acesso em: 24/09/2016

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 584 p.

GUIMARÃES, Marcelo Ovidio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: J. H. Mizuno, 2011. 281 p.

I Jornada de Direito da Saúde. **Relação de enunciados aprovados pela plenária da 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/images/eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.

LOPES, Adriana Dias. **A Ética na Vida e na Morte**. p.100-112. In: Revista Veja, edição 2162, ano 43, nº17. Abril 2010.

MAGALHÃES, Carolina da Cunha Pereira França. **Os Testamentos Vitais e as Diretrizes Antecipadas**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/720/Os+Testamentos+Vitais+e+as+Diretrizes+Antecipadas>>. Acesso em: 24 set. 2016.

MENEZES, Rachel Aisengart. **Em busca da boa morte: antropologia dos cuidados paliativos**. Rio de Janeiro: Garamond/ Fiocruz, 2004.

NALINI, José Renato. **Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte. Pronto para partir?** São Paulo: RT, 2011.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE Danúbia Ferreira Coelho de. **Autonomia Privada do Paciente em Estado Terminal**. In: FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito Civil: Atualidades II- Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.89-109.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUNES, Rui. **Guidelines sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais**. Disponível em:

<http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802541901211800343guidelines_p_11_apb_08.pdf
=>. Acesso em: 24 set. 2016.

OLIVEIRA E CINTRA, Arianny Cecília de. **Testamento Público**. Disponível em:

<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3292&idAreaSel=2&seeArt=yes>
>. Acesso em: 24 set. 2016.

OLIVEIRA, Renata Santana Dias de. **Características do Testamento**. Disponível em:

<<http://www.webartigos.com/artigos/caracteristicas-do-testamento/50071/>>. Acesso em: 24 set. 2016.

OLIVEIRA, Verônica Sabina Dias de. **Testamentos especiais: testamento marítimo, aeronáutico e militar**. Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6577>. Acesso em: 24 set. 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PESSINI, Léo. **Distanásia: Até quando investir sem agredir?** Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/394/357>
Acesso em: 24 set. 2016.

PONTUAL, Helena Daltro. Disponível

em:<<http://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/2101024/dois-projetos-de-camata-sobre-direitos-de-pacientes-em-fase-terminal-tramitam-no-congresso>>. Acesso em: 24 set. 2016.

PORTO RICO. **Ley Núm. 160 del año 2001**. Ley de declaración previa de voluntad sobre tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal o de estado vegetativo persistente. Para reconocer legalmente el derecho de toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, a declarar previamente su voluntad sobre lo referente a tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal y de estado vegetativo

persistente, sus requisitos, efectos, condiciones, nombrar un mandatario; y para otros fines. Disponível em: <<http://www.lexjuris.com/lexlex/leyes2001/lex2001160.htm>>. Acesso em: 24 set. 2016.

Rádio e Televisão de Portugal. **Testamento vital com 135 registos em menos de um mês.** 07 Ago, 2014. Disponível em: <<http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=758294&tm=8&layout=121&visual=49>>. Acesso em: 24 set. 2016.

RIBEIRO, Rafael Leandro Arantes. **Competência para edição, âmbito de aplicação e legalidade/constitucionalidade da Resolução n.º 1.995/2012 do CFM sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/testamento-vital>>. Acesso em: 24 set. 2016.

RODRIGUES Jr. Otavio Luiz. **Testamento vital e seu perfil normativo (parte 1).** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-14/direito-comparado-testamento-vital-perfil-normativo-parte>>. Acesso em: 24 set. 2016.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

URUGUAI. Ley N° 18.473. **Voluntad Anticipada.** Se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y se establece su alcance. 2009. Disponível em: <<http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor>>. Acesso em: 24 set. 2016.

VELOSO, Zeno. **Direito Sucessório dos Companheiros.** 2001. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:R6pbCOqDS4MJ:www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/188.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 24 set. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito das Sucessões.** 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. 434 p.