

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

ANA LUISA DE ARAÚJO QUINTA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: a receptividade
no ordenamento jurídico brasileiro em face ao testamento vital

Paracatu

2019

ANA LUISA DE ARAÚJO QUINTA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: a receptividade no ordenamento jurídico brasileiro em face ao testamento vital

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Tiago Martins da Silva.

Paracatu

2019

ANA LUISA DE ARAÚJO QUINTA

DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: a receptividade no ordenamento jurídico brasileiro em face ao testamento vital

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Tiago Martins da Silva.

Banca Examinadora:

Paracatu-MG 27, de junho, de 2019.

Prof. Tiago Martins da Silva
Centro Universitário Atenas

Prof^a. Msc. Flávia Christiane Cruvinel Oliveira
Centro Universitário Atenas

Prof^a. Msc. Amanda Cristina de Souza Almeida
Centro Universitário Atenas

Dedico este trabalho primeiramente ao Senhor, que durante todo este tempo, renovou as minhas forças e me abençoou derramando sua misericórdia e graça, para que chegasse até este ponto, dedico a meus pais, pelo carinho, compreensão, pelos princípios que me ensinados e pelo apoio incondicional não só durante estes cinco anos mas durante toda a minha vida, dedico também ao meu namorado, pessoa que realmente veio crescer em minha vida, que em nenhum momento negou auxílio, amor e carinho. Tais pessoas nos momentos mais difíceis somaram suas experiências e me fizeram crer que na vida só se vence através da união, da fé e do amor incondicional. Dedicção eterna a vocês será meu lema de vida. Obrigado por me mostrar o caminho e me ensinar e me ajudar realizar mais uma etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por conduzir sempre minha vida, me direcionando a caminhos esperados e outros nem tão esperados, mas sempre, na sua infinita bondade, me levando a destinos que eu sozinha mesma não chegaria, minha imensa e eterna gratidão ao meu Deus que vivo está.

Aos meus pais minha eterna e imensa gratidão, por terem me educado e me passado princípios fundamentais para eu ser uma excelente profissional, mas também ser um excelente ser humano, agradeço a minha querida e amada mãe que durante os cinco anos de graduação, não teve um dia sequer, que ao chegar em casa eu não encontrasse ela mesmo cansada de um longo e exaustivo dia de trabalho, para me fazer jantar, as deliciosas comidinhas que ela fazia diariamente, e me perguntar como foi meu dia. Não há palavra capaz de expressar tamanho amor e carinho, agradeço ao meu amado pai também que sempre esteve presente e me auxiliou durante a minha graduação, que ia me buscar no núcleo de práticas jurídico só porque eu estava com preguiça de dirigir, que entendeu carinhosamente minha ausência. Poderia gastar as trinta laudas só para falar do amor e orgulho que tenho dos meus amados pais, mas tenho ciência que eles sabem, do que representam pra mim e que sou grata por Deus ter me concedido com os melhores pais que uma pessoa pode ter, por isso rogo as mais divinas bênçãos sobre a vida deles.

Ao meu a namorado pelo apoio, auxílio, amor, obrigada por cada palavra de incentivo e por ser tão companheiro, você me mostrou que eu seria capaz de ser vencedora, por isso eu peço que o Senhor lhe abençoe todos os dias da sua vida sempre derramando e renovando a misericórdia e graça dele.

Minha gratidão as minhas queridas chefes Beatriz Andreatta Gonçalves e Natália Garcia Miranda, por me ajudarem na escolha do meu tema e por sempre me aconselharem e me ensinarem a trilhar sempre o caminho ético e justo dentro da advocacia, palavras me faltam para expressar a gratidão à única coisa que posso fazer e pedir ao Senhor que abençoe a vocês sempre e que outros acadêmicos possam ter a honra de trabalhar com vocês.

Agradeço também ao melhor professor e orientador Tiago Martins, pelo apoio, compreensão e paciência, o seu exemplo de vida e dedicação, nos faz acadêmicos a querer sempre buscar o caminho da excelência. Obrigada por ser um

orientador zeloso e preocupado sempre disposto a ensinar e ajudar todos sem qualquer distinção, que o Senhor continue abençoando sua vida.

Estendo os meus agradecimentos à equipe fantástica de professores, sem a colaboração de cada um eu certamente não teria a gama de conhecimento que tenho hoje, com vocês aprendemos a ser exímios profissionais, mas aprendemos também que além do campo doutrinário e judiciário, devemos ser humanos sempre cientes que estamos lidando com vidas e sentimentos e que não podemos ser indiferentes. Muito obrigada a cada um de vocês saiba que muitos se inspiram e admiram vocês, eu sou uma dessas acadêmicas.

Agradeço a cada colaborador do Centro Universitário Atenas, ao pessoal da limpeza, da jardinagem, da inspeção de corredores, da biblioteca, da tesouraria, da secretária, da segurança, da cantina, da reprografia, da tecnologia, do setor de estágio, do setor de iniciação científica do núcleo de prática jurídica real e simulado, da secretaria acadêmica e a outros setores que certamente eu não conheço, mas que existem. Muito obrigada por vocês não serem indiferentes conosco, por fazerem o possível para as coisas se encaixarem, deixo registrado aqui meu agradecimento e respeito por cada um de vocês.

Os que confiam no SENHOR serão como o monte de Sião, que não se abala, mas permanece para sempre. Assim como estão os montes à roda de Jerusalém, assim o Senhor está em volta do seu povo desde agora e para sempre.

Salmos 125: 1-2

RESUMO

Este trabalho tem por intento analisar e apresentar uma visão sobre o testamento vital, tema este ainda muito desconhecido na sociedade. O progresso das ciências médicas instituiu novas circunstâncias próximas entre a vida e a morte, comprovando os conceitos de eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia, distanásia e mistanásia. A colisão entre as contemporâneas probabilidades terapêuticas e as garantias individuais conjectura no avanço tecnológico social e cultural. A Constituição Federal de 1998 está abalizada na dignidade da pessoa humana, princípio norteador do Estado Democrático de Direito, garantidor da aptidão de autonomia do indivíduo. Embora a nomenclatura, o testamento vital distingue-se do testamento *causa morte*, previsto no Código Civil. Na ausência de legislação própria face ao testamento vital, o Conselho Federal de Medicina regimentou o tema, permitindo ao paciente averbar seu testamento vital ao prontuário médico. O trabalho se faz presente em diversas legislações estrangeiras, evidenciando sua relevância e importância. Por meio de uma explanação constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, não obstante a falta de previsão legal expressa, concluiu-se que o testamento vital é válido, salvaguarda da vida liberta e digna.

Palavras-chave: Testamento Vital. Dignidade da pessoa humana. Autonomia do indivíduo. Constituição Federal de 1998.

ABSTRACT

This work aims to analyze and present a vision about the living will, a theme still unknown in society. The progress of the medical sciences has instituted new circumstances coming close to life and death, proving the concepts of euthanasia, assisted suicide, orthothanasia, dysthanasia, and mistanasia. The collision between contemporary therapeutic probabilities and individual assumptions conjectures in technological social and cultural advancement. The Federal Constitution of 1998 is based on the dignity of the human person, guiding principle of the Democratic State of Law, which guarantees the individual's aptitude for autonomy. Although the nomenclature, the living will is distinguished from the testament causes death, provided in the Civil Code. In the absence of legislation proper to the living will, the Federal Council of Medicine regimented the subject, allowing the patient to register his living will to the medical record. The work is present in several foreign legislations, evidencing its relevance and importance. Through a constitutional explanation of the Brazilian legal system, despite the lack of express legal provision, it was concluded that the living will is valid, safeguarding the life liberated and dignified.

Keywords: *Vital Testament. Dignity of human person. Autonomy of the individual. Federal Constitution of 1998.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 PROBLEMA	11
1.2 HIPÓTESES DE ESTUDO	11
1.3 OBJETIVOS	11
1.3.1 OBJETIVO GERAL	11
1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
1.4 JUSTIFICATIVA	12
1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO	12
1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO	13
2 DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS E TESTAMENTO VITAL	14
2.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS E HISTÓRICAS	14
2.2 TESTAMENTO	14
2.3 TESTAMENTO VITAL	15
3 TESTAMENTO VITAL FACE AOS PRINCÍPIOS	18
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	18
3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE	19
3.2.1 EXERCÍCIO DA AUTONOMIA POR PACIENTES DO NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE	20
3.2.2 AUTONOMIA PARA CONSENTIR	22
3.3 A INTERRELAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL E OS PRINCÍPIOS	23
4 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	25
4.1 A EXPERIÊNCIA DO TESTAMENTO VITAL NO ESTRANGEIRO	25
4.2.2 PROJETO DE LEI N° 149/2018	27
4.2.3 JULGADO SOBRE O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL	27
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

O avanço científico advindo especialmente nos últimos decênios ocorreu de forma significativa na área da biotecnologia. Dessarte tornaram-se possíveis eventos antes tidos por impossíveis, sendo conveniente citar, a título de exemplo, a fertilização *in vitro* e a cura de doenças graves.

Mencionada evolução das ciências médicas, entretanto, representa um fato melindroso na medida em que a vida humana deixou de ter as mesmas demarcações, anteriormente impostas pela natureza, o que muitas vezes tem por consequência à própria descaracterização do sentido da vida.

Nessa seara, tem-se que a evolução da medicina transformou consideravelmente o procedimento de morrer, uma vez que a maioria das doenças se tornou passível de cura, fato esse que serviu para a ampliação da expectativa de vida.

A noção de imortalidade que ocorre na sociedade transforma em grande medida o entendimento acerca da morte. Se antes ela era considerada como um evento natural, atualmente é muitas vezes entendida como sinônimo de fracasso médico.

A concepção de morte como derrota apresenta consequências graves no tratamento de doenças terminais, já que as equipes médicas tendem a prolongar excessivamente o ciclo vital dos pacientes, sem que isso represente melhoria na qualidade de vida.

Nesse diapasão, na maioria das vezes a morte de um paciente terminal torna-se desumana. Isso porque, na maioria dos casos, é retirado dos enfermos aquilo que têm de mais íntimo: a autonomia e a consequente escolha das condições, retirando dos pacientes terminais a possibilidade de morrer com dignidade.

Predita situação torna-se ainda mais clarividente quando o paciente terminal acha-se sem lucidez, ocorrência na qual a equipe médica e a família do doente tendem a optar pelo mantimento exaustivo da vida do adoentado, mesmo que com aparelhos e tratamentos dolorosos e invasivos.

O aludido trabalho de conclusão de curso pretende por meio de o presente demonstrar que o testamento vital figura como importante aparato protetivo à autonomia e à dignidade, verificando que esta não se dirige apenas às situações

patrimoniais, mas também às situações existenciais. Com isso, será possível afirmar que os pacientes terminais são sujeitos dotados de autonomia para definirem as situações em que pretendem morrer.

1.1 PROBLEMA

O testamento vital tem validade no ordenamento jurídico brasileiro?

1.2 HIPÓTESES DE ESTUDO

A(s) hipótese(s) é (são) resposta(s) provisória(s) que guiará a condução da investigação, antecipando a resposta ao problema, portanto, como solução que tentará explicar provisoriamente um problema até que os fatos venham a condizê-lo ou confirmá-lo, isto é, uma formulação provisória de prováveis causas do problema, objetivando explicá-lo de forma científica, em forma de proposição.

Na pesquisa realizada, acredita-se que o testamento vital é a opção prévia de indivíduos, deixarem registrada sua vontade a ser cumprida frente a um quadro clínico de saúde irreversível e que tal vontade seja respeitada, exercendo de tal forma a autonomia privada, sem deixar o ônus de uma decisão de tamanha monta sobre um familiar ou amigo querido.

Tal dispositivo é de suma importância para os profissionais da saúde, vez que traz parâmetros para que os mesmos se resguardem, tendo uma postura médica regulamentada frente ao desejo do paciente.

Inclusive, tal instituto é de extrema importância e não teve a atenção necessária pelo nobre legislador do ordenamento jurídico, devendo tal matéria ter sua regulamentação, garantindo aos brasileiros a escolha de registrar ou não sua vontade.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GERAL

Verificar qual a legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico

brasileiro.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) pesquisar a origem, o conceito e as características das diretivas antecipadas da vontade bem como do testamento vital;
- b) discorrer sobre o papel do testamento vital em face do princípio da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade;
- c) elucidar qual a receptividade e influência do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

1.4 JUSTIFICATIVA

Vislumbra-se que é negligenciado o estudo de diretivas antecipadas no ordenamento jurídico brasileiro quando se adentra no campo da morte com dignidade. O legislador brasileiro atua muitas vezes com desdém ante o fascinante mundo das diretivas antecipadas, deixando-a de lado, o que para muitos países é usual.

Desta forma, a presente pesquisa possui alto valor acadêmico e social, já que abra as portas para um conhecimento que se faz essencial para o operador do Direito, tendo em vista, que visa trazer uma interdisciplinaridade entre a Disposição da vida com o Direito e sua fundamental importância.

A escolha do tema se justifica pela escassez de textos que abordam objetivamente a importância do testamento vital, notadamente, em relação aos pacientes de doenças terminais, que não teriam outro fim natural a não ser a morte.

1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO

A elaboração do presente trabalho deu-se através de pesquisas mediante fontes bibliográficas, tais como livros, artigos e sítios de internet na esfera do tema escolhido, além de pesquisas sobre as opiniões e pareceres de doutrinadores, decisões judiciais, bem como informações advindas de revistas jurídicas.

Gil (2002, p.44) diz que “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. As

pesquisas sobre ideologias, bem como aquelas que se propõem a análise das diversas posições acerca de um problema, também costumam ser desenvolvidas quase exclusivamente mediante fontes bibliográficas”.

1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO

O presente trabalho foi dividido em 04 (quatro capítulos).

No primeiro capítulo será abordado a introdução do trabalho, problema, hipótese, objetivo geral, objetivo específico, justificativa, metodologia e estrutura do trabalho.

No segundo capítulo abordará a respeito do que é a diretiva antecipada, abrangendo além do conceito, a evolução história do conceito de testamento vital.

No terceiro capítulo serão apresentados alguns entendimentos doutrinários acerca do testamento vital face aos princípios constitucionais.

O quarto capítulo, tratará de experiências e evoluções do testamento vital no ordenamento jurídico estrangeiro bem como no brasileiro.

E por fim, será descrita as considerações finais do respectivo tema.

2 DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS E TESTAMENTO VITAL

2.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS E HISTÓRICAS

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) instituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro.

Conforme Dadalto (2018), testamento vital tem origem nos Estados Unidos da América (EUA), precisamente em 1969, quando Luis Kutner alvitrou a adoção do *living will*, notório no Brasil como testamento vital, instrumento que quadraria para proteger o direito individual a consentir com a morte. Em outras palavras, o testamento vital alvitrado por Kutner tinha como ponta pé o princípio de que o paciente tem o direito de se recusar a ser submetido a tratamento médico cujo objetivo seja, estritamente, prolongar-lhe a vida, quando seu estado clínico for irreversível ou estiver em estado vegetativo sem possibilidade de recobrar suas faculdades, conhecida atualmente como estado vegetativo persistente. Em 1991, o Congresso estadunidense aprovou a Patient Self-Determination Act, lei federal que reconhecia o direito à autodeterminação do paciente. Em meados da década de 90, todos os estados norte-americanos haviam reconhecido expressamente a legalidade destes documentos. Neste período, existiam dois tipos de diretivas antecipadas: *living will* e *durable power of attorney for health care*.

2.2 TESTAMENTO

O Código Civil não contém uma definição precisa do que é o testamento, limitando-se a declarar no artigo 1.857 que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte¹”. É deste modo, ato derradeiro de um indivíduo sobre sua vontade e disposição dos seus bens.

Diante de suas especialidades, pode-se dizer que o testamento é negócio jurídico unilateral, personalíssimo, indelegável, gratuito, revogável, *causa mortis*, e formal. O

¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

testamento é definido como negócio jurídico unilateral, aquele para o qual é satisfatória uma única vontade para a geração de efeitos jurídicos. A vontade do testador é autônoma para o aperfeiçoamento do ato, independente de anuência de quem quer que seja. O instituto é personalíssimo, porque somente pode emanar da vontade do testador, de forma individual e direta. O Código Civil proíbe o testamento conjuntivo, mancomunado, coletivo ou de mão comum, aquele em que duas ou mais pessoas fazem disposições de última vontade no mesmo instrumento. A proibição ocorre sendo ele simultâneo, onde existe disposição conjunta em favor de terceiro, ou seja, disposições condicionadas à retribuição de outras, conforme explanação de (DINIZ, 2008).

Ademais, sendo ato personalíssimo, segundo Pontes de Miranda², o testamento é indelegável, vez que não se admite a sua manifestação através de procuradores ou representantes legais. A lei não admite que a sua ordenação seja resignada ao arbítrio de terceiro. Assim sendo, não tem validade o testamento feito mediante procuração. Trata-se de negócio jurídico gratuito, não podendo o testador exigir qualquer contraprestação por parte dos beneficiados. Contudo, pode o testador impor condições a fim de que o contemplado venha auferir o legado ou a herança.

Insta salientar conforme Gonçalves (2010), que o testamento disciplinado pelo Código legal tem seu objetivo satisfeito depois da morte do testador, normalmente o testamento dispõe de bens patrimoniais, no entanto pode ser disciplinado sob situações de natureza não patrimoniais, por exemplo, o reconhecimento de paternidade, a nomeação de tutor, dentre outros.

Ainda conforme, Gonçalves (2010) existem três modalidades de testamento mais comuns o público, cerrado e particular. Os dois primeiros são realizados em cartório, na presença de duas testemunhas; o público pode vir a ter o conteúdo pesquisado e o cerrado é mantido em segredo. Já o particular é feito na presença de três testemunhas e não é registrado em cartório.

2.3 TESTAMENTO VITAL

² PONTES DE MIRANDA, **Tratado dos Testamentos**. Livraria, 4º ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p.228.

Inúmeras são as definições encontradas na literalidade estrangeira para a terminologia de testamento vital, a espécie das diretivas antecipadas, o qual será objeto de estudo no presente trabalho de conclusão de curso. Na conclusão dessas definições é possível extrair que o testamento vital é um documento ao qual um indivíduo em pleno gozo de sua capacidade mental edite um documento, no qual disponha de quais cuidados, procedimentos ou tratamentos que deseja realizar ou dispensa mediante uma doença ameaçadora da vida os quais tratamentos, cuidados e procedimentos sejam meramente paliativos disciplina DADALTO (2018).

Ainda segundo Dadalto (2018) a nomenclatura conhecida como testamento biológico ou como testamento vital deriva de traduções sucessivas e errôneas da terminologia *living will* que surge nos Estados Unidos, sendo adotada em diversas legislações, tal erro e controvérsia no termo se dá pelo fato que a característica principal do testamento presente no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a produção de efeitos *causa mortis* diferentemente do efeito causado no testamento vital.

O objetivo do testamento vital que por entender a necessidade do ser humano autônomo, ter sua vontade atendida mesmo estando em estado terminal, produzindo o efeito, em regra, *erga omnes* e vinculando médicos, familiares do paciente às suas disposições.

Neste sentido Rodotà (2007) a respeito do efeito vinculante argumenta o seguinte:

O caráter vinculante das diretivas parece ser necessário para evitar uma perigosa jurisdicionalização do morrer, que inevitavelmente ocorreria quando o médico se recusasse a executar as diretivas antecipadas, da decisão que precluiria uma impugnação da sua decisão pelo fiduciário ou pelos familiares.

A vontade do paciente deve estar expressa no testamento vital, segundo Sánchez, as instruções prévias, primeiramente objetivam garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento da terminalidade da vida; e em segundo plano, esse documento proporciona ao médico um respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas.³

³ DADALTO, Luciana **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.50.

Relevante verificar os limites que a doutrina aponta ao testamento vital, o qual está presente à objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela medicina.

Muito se discute acerca do direito do médico à objeção de consciência, o código de ético médico brasileiro prevê no capítulo 2 inciso IX, o direito do profissional se recusar a realização de atos que embora permitidos por lei, seja contrário ao ditame de sua consciência conforme SALDANHA (2017).

Conforme o supramencionado é direito do médico, diante do testamento vital, recusar-se a realizar a vontade do paciente, desde que estejam amparados por razões éticas, morais, religiosa, ou qualquer outra razão de foro íntimo, não existe possibilidade dessa objeção não ser respaldada e justificada, é imprescindível externar o motivo da recusa do cumprimento da disposição antecipada do paciente, e neste caso, deverá encaminhá-lo para cuidados de outro médico.

O que tange o aspecto formal do testamento vital, assim como o testamento é um negócio jurídico solene, portanto deve ser escrito e seguir a forma prevista em lei, no entanto no ordenamento não há lei que regulamente as formalidades desse documento, tendo no ordenamento brasileiro existe apenas a resolução 1.995 do Conselho Federal de Medicina e temos o projeto de lei 149/2018 que está em tramitação no Senado Federal.

O consentimento livre e esclarecido na relação médico-paciente é consequência da conversão do paciente em sujeito ativo, capaz de decidir sobre as questões que lhe atingem diretamente. Dessa maneira, deve o paciente conhecer sua real situação, ser adequadamente informado e prestar seu consentimento antes do início de qualquer intervenção. Salientando que o efeito produzido no testamento vital não será só em caso de terminalidade, mas de todos os quadros de estágios clínicos que coloquem o paciente em situação de incurabilidade/irreversibilidade do testador, como revela SALDANHA (2017).

3 TESTAMENTO VITAL FACE AOS PRINCÍPIOS

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa tem alicerce no art. 1º, inciso III na Constituição Federal 1988⁴. Versa de uma importância histórica, elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Insta ressaltar que tem se uma extrema dificuldade para a formulação de um conceito jurídico, por ser excessivamente abrangente. Sustenta Ehrhardt Jr (2009, p.190), nesse rumo, que:

A dignidade da pessoa humana nunca é definida satisfatoriamente. Vale ressaltar que nossa compreensão acerca do que significa dignidade é influenciada pela educação que recebemos, pelo contexto social onde nos encontramos inseridos e pela imagem que os outros fazem de nós mesmos.

A consciência de tal princípio constitucional tem como baldrame na república visto que assevera a busca do Estado em salvaguardar ao indivíduo condições para a manutenção de uma vida digna, com o devido respeito, propiciando a liberdade de seus atos, de maneira que consiga determinar seu próprio rumo. É necessário que a pessoa tenha plenas condições para viver de forma plena, humanitária, e não apenas que esteja viva. Além de possibilitar ao sujeito realizar escolhas de vida, a dignidade da pessoa humana também lhe assegura não ser alvo de qualquer ato degradante ou desumano. A qualidade de vida é fundamental, repudiando-se, seja qual for, a violência física e/ou psicológica. Neste tocante, ressalta Martins (2003, p.120):

Em síntese, temos que a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também lhe garantindo direito ao acesso a condições existenciais mínimas.

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana (...)

A dignidade da pessoa humana tem fundamental valor na Bioética e no Biodireito, devendo servir de alicerce para a interpretação e aplicação da norma jurídica ou, na ausência desta, do caso concreto. O conceito de dignidade da pessoa humana é, até mesmo, mais importante que o próprio conceito fisiológico. Qualquer ato que ofenda a dignidade humana deverá ser repudiado por divergir das exigências sociais, éticas e jurídicas dos direitos humanos.

O indivíduo, apesar do avanço científico e tecnológico, não deverá em qualquer hipótese ter sua liberdade corrompida ou violada. A alta tecnologia jamais pode afastar a opção de cada paciente, sob pena de se cometer violento atentado à liberdade. Neste sentido Nunes (2011, p.19):

A ciência e a tecnologia dela decorrente permitem ao homem uma intervenção direta no seu destino, devendo a rede social garantir que o ser humano é um fim em si mesmo, na sequência de um valor que lhe é intrínseco e, portanto, auto-realizador. A tecno-ciência deve então construir a autonomia da pessoa e não sua instrumentalização.

A morte, ainda que exista certo tabu e medo em nossa sociedade, deve ser enfrentado abertamente e com serenidade, vez que é o fim naturalístico de cada indivíduo. Mesmo durante o processo da morte, o médico, ou qualquer outro, que interfira em oposição com as disposições do paciente, comete ato contra a própria vida, ferindo os princípios Constitucionais que a protegem.

Desta forma a dignidade humana é fundamento da vida digna, bem como da morte digna, já que o instante da morte é a última fase da vida, possivelmente a mais delicada do ponto de vista humanístico. A proteção jurídica não poderá ignorar a ampla relação entre a vida e a morte, com o propósito de não infringir um direito fundamental.

3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA DA VONTADE

A origem etimológica da palavra autonomia é latina, auto-para si; nomos-norma, posto isso Amaral⁵ conceitua como sendo “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”, é essencial tanto

⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução, 6. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.345.

nas situações jurídicas, patrimoniais quanto nas existenciais. A situação jurídica é aquela e a que se baseia em concreto, visto que tem sua influência diretamente ligada ao momento histórico, e a situação escolhida pela sociedade por esta razão Teixeira⁶ afirma que “o fato revela a motivação, o problema para o qual o Direito constrói a solução. A situação jurídica não trata de indivíduos abstratos, mas de sujeitos concretos”. Já as situações patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro assim como na parte dos ordenamentos, nota-se que é ligada diretamente vez que o indivíduo tem seus direitos subjetivos e a liberdade negocial.

As relações existências, sendo o enfoque, ganhou relevo do pátrio ordenamento após a Constituição Federal de 1988, sob a égide do Estado Democrático, no qual a tutela da pessoa humana adquire status de prioridade. Este trabalho se aterá ao estudo específico da autonomia privada dos pacientes em fim da vida, vez que a partir desta análise específica será possível à pondere sobre a validade do testamento vital.

321 EXERCÍCIO DA AUTONOMIA POR PACIENTES DO NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

A relação médico-paciente é, historicamente, pautada pela assimetria. Desde o nascimento da Medicina, cabia ao médico, possuidor do conhecimento técnico, a prescrição dos medicamentos e o desígnio dos tratamentos e procedimentos aptos a curarem o paciente. Ao paciente, cabia confiar no profissional e se submeter às suas recomendações, em um modelo conhecido com paternalismo médico.

Carvalho e Dadalto exemplificam a postura paternalista com Joean Louis Faure, médico que em 1929 afirmou que "Eu penso que há até o direito de se operar sempre. Até contra vontade do doente. Penso e tenho-o feito. Por dias vezes no hospital fiz adormecer doentes contra sua vontade, mantidos à força pelos seus vizinhos válidos. Operei-os e salvei-os."⁷

É possível que muitos se escandalizem com essa postura na atualidade, mas deve-se ter em mente que a Medicina remonta a tempos antes de Cristo e a

⁶ TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p.89.

⁷ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.15.

asseveração mencionada tem menos de um século. Ou seja, durante muitos e muitos séculos o paternalismo médico era tido como natural.

A verdade é que esse modelo só começa a sofrer mutações na segunda metade do século XX, justifica-se historicamente essa data com o período pós Segunda Guerra Mundial em que a comunidade científica, abismada com as barbaridades cometidas pelos experimentos nazistas em seres humanos, começou a criar parâmetros normativos a fim de impedir novas atrocidades.

O mais conhecido destes é o Código de Nuremberg, documento internacional datado de 1947 que reúne os postulados estabelecidos no julgamento dos criminosos nazistas pelo Tribunal de Nuremberg, em nove de dezembro de 1946, neste, vinte médicos foram julgados e condenados como criminosos de guerra pelos experimentos com seres humanos realizados durante a Segunda Guerra Mundial.

André Pereira⁸ afirma que os programas de esterilização forçada, de tratamento compulsório e de instrumentalização da pessoa humana nos campos de concentração e em hospitais psiquiátricos alertaram a sociedade e a doutrina jurídica a dar primazia aos interesses de cada ser humano. O indivíduo, a partir do liberalismo, tomou consciência do direito à autodeterminação do próprio corpo que, aliada ao constante avanço da Medicina, gerou a valorização do consentimento do paciente nas intervenções médicas.

Com a ascensão da anuência informada à categoria de indispensável à prática da Medicina, várias decisões jurisprudenciais ao redor do mundo foram consolidando o direito ao consentimento informado.

Assim também foram abrolhando novas legislações supranacionais que dispuseram sobre o tema, como, por exemplo, o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Declaração de Helsinque e Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Segundo Beauchamp e Childress⁹ o consentimento informado pode ser justificado como uma maneira de minimizar os danos sofridos pelos sujeitos da pesquisa ou ainda como instrumento de proteção da escolha autônoma do sujeito.

⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.15.

⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.16.

A partir de então, aprofundou-se os estudos acerca da autonomia do paciente e criou-se o consentimento informado com o instrumento de amparo ao paciente.

322 AUTONOMIA PARA CONSENTIR

Destarte a autonomia é uma característica indelével do ser humano estudada por diversas ciências. No âmbito jurídico, a autonomia tem sido protegida pelos ordenamentos e reconhecida, principalmente, como um direito subjetivo "por permitir que o sujeito exerça as demais faculdades que a lei lhe confere com relação aos seus bens e condutas".

Hodiernamente, as discussões jurídicas em torno do chamado direito de morrer têm se materializado nos institutos da eutanásia, do suicídio assistido, da ortotanásia, da distanásia e da mistanásia.

Posto-isso é necessário diferenciar cada instituto, o termo eutanásia é para indicar a morte provocada, antecipada, por compaixão, diante do sofrimento daquele que se encontra irremediavelmente enfermo e fadado a um fim lento e doloroso. O suicídio assistido por sua vez, é tido como a abreviação da vida, feita pela própria pessoa que está com uma doença grave, incurável e/ou terminal. Nesse caso, a pessoa é ajudada por outrem (médico ou não), que lhe concede os meios para que possa, por sim mesma, abreviar sua vida. Todos os países que já legalizaram a eutanásia, quais sejam, Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Canadá, na mesma lei, legalizaram o suicídio medicamente assistido, nota-se que na Colômbia é o único país a descriminalizar a eutanásia, mas manter a criminalização do suicídio assistido, o que para Summer¹⁰ é um contrassenso.

Laura Ferreira dos Santos¹¹ entende que há uma maior intolerância cultural ao suicídio assistido do que à eutanásia, tanto que essa prática é legalizada em alguns lugares em que a eutanásia continua proibida, são eles: Suíça, Alemanha e alguns estados norte-americanos.

Ortotanásia é definida por Pessini¹² como "a arte de bem morrer". Garay¹³ afirma que a ortotanásia se concretiza com abstenção, supressão ou limitação todo

¹⁰ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.34.

¹¹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.34.

¹² DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.34.

¹³ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.34.

tratamento fútil, extraordinário o desproporcional diante da iminência da morte do paciente, não é uma morte que se busca, pois o intuito é humanizar o processo de morrer sem prolonga-lo abusivamente e nem uma morte que se provoca já que está se resultará da própria enfermidade de que o sujeito padece. A distanásia é o oposto à ortotanásia, pois se trata do prolongamento artificial da vida e tem entre seus sinônimos a obstinação, futilidade terapêutica, tratamentos extraordinários, sob a percepção ética médica praticar tais comportamentos em regra seria uma infração ética, salvo quando se trata do paciente, em Unidade de Terapia Intensiva, que com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem a possibilidade de recuperação, não são apropriados para admissão em UTI, cabendo ao médico intensivista analisar o caso concreto e justificar em caráter excepcional.

Por sua vez, a mistanásia, é a morte miserável fora e antes da hora, ou seja, a morte que se dá porque o paciente não foi atendido por falta de vagas no serviço de saúde, por exemplo. Desarte o chamado direito de morrer engloba institutos muito diferentes e com aceitação social controversa, no Brasil o direito fundamental à morte digna tem sido conformado ao instituto da ortotánasia, pelo testamento vital, pela doutrina, pelo Conselho Federal de Medicina e como pelo Poder Judiciário disciplina DADALTO (2018).

3.3 A INTERRELAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL E OS PRINCÍPIOS

Segundo Dadalto (2018), os processos tecnológicos da Medicina instituíram a preocupação com a imortalidade, se no pretérito os indivíduos encaravam a morte como inevitável e fruto da vontade divina, atualmente a morte é vista como fato a ser evitado.

Disciplina ainda que a autonomia da vontade garante aos indivíduos que persigam seus interesses, todavia os mesmos não podem e nem devem estar em discordância com o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo exteriorizar os seus desígnios, assim é preciso questionar a autonomia decisória do paciente em fim da vida se conforma com o princípio da dignidade podendo desta forma se recusar ao tratamento.

Em outras palavras, a autonomia no fim da vida deve ser preservada garantindo ao paciente o direito de manifestar sua opinião sobre os cuidados, tratamentos e procedimentos a que deseja ser submetido. A coexistência do

princípio da autonomia juntamente com o da dignidade preserva a auto-regulamentação do indivíduo garantindo dessa forma os seus direitos fundamentais e protegendo o seu direito “de morrer” através do testamento vital, sendo efetivo somente quando analisado esse caráter relacional dos princípios no caso concreto.

4 O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 A EXPERIÊNCIA DO TESTAMENTO VITAL NO ESTRANGEIRO

Apesar de o Brasil estar apenas iniciando estudos e discussões acerca do testamento vital, além de não haver legislação específica sobre a temática, em vários países tal realidade é diferente, encontram-se avanços no que tange ao respeito à autonomia do paciente na escolha no procedimento médico a ser adotado nos Estados Unidos, assim como em países da União Europeia e da América Latina.

Dadalto (2018) discorre que é imperioso e mostra o estudo das legislações em alguns países que reconhecem o testamento vital em seu ordenamento, com a finalidade de abordar tanto o viés adotado pelo legislador quanto demonstrar sua importância para o cenário médico e jurídico da comunidade.

Nos Estados Unidos, o testamento vital, chamado de *living will*, é reconhecido legalmente, havendo previsão de sanções disciplinares ao médico que desrespeitar à vontade expressa do paciente. Sua regulamentação se deu em um contexto social e sob forte clamor público vez que em 1983 Nancy Beth Cruzan, uma americana de 25 anos, casada, sofreu um acidente automobilístico no interior do Estado de Missouri que deixou a mesma em coma permanente e irreversível, sendo posteriormente diagnosticada em estado vegetativo permanente, após este diagnóstico seus pais solicitaram aos médicos que a alimentação e a hidratação artificial, que mantinha a filha viva, fossem suspensas visto que quando Nancy tinha sua capacidade tinha dito que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos da metade de suas capacidades normais, os médicos negaram pela ausência de uma decisão judicial então os pais da paciente entraram com uma ação judicial e ganharam em primeira instância no entanto tal decisão fora reformada na Suprema Corte de Missouri, pois os julgadores entendiam que os pais de Nancy não poderia decidir em nome da filha. O caso chegou à Suprema Corte Americana em 1990, que em novembro deste ano, deferiu o pedido inicial, ordenando que o hospital cumprisse o desejo da família da paciente, este caso é apontado como o mais emblemático na luta do direito de morrer, gerando um temor de que se ficassem em situação similar à de Nancy fosse exigido judicialmente prova do desejo de interromper o tratamento e fosse negado sob forte clamor público os Estados Unidos em 1991 reconhecendo o direito à autodeterminação em âmbito federal,

aprovando a primeira lei federal denominando-se *Patient Self Determination Act* (PSDA. Entretanto, apesar de ser uma lei federal, Emanuel (1990)¹⁴ ressalta que acerca de 35 estados norte- americanos possuem legislação própria sobre *living will*, de modo que a PSDA é uma diretriz e algumas questões específicas como, por exemplo, os estados clínicos nos quais esses documentos se aplicam, são tratadas de modo diferente pelos estados da federação estadunidenses.

Na Austrália do Sul, em 1995 aprovou o Ato para Consentimento para Tratamento Médico e Cuidados Paliativos, uma lei geral que trata sobre direitos dos pacientes, tal lei é muito detalhada e a experiência australiana pode contribuir, em muito, para o estudo do tema, principalmente porque trabalha temas pouco comuns como os tratamentos médicos de emergência e os tratamentos médicos em crianças. Possui ainda uma sessão sobre os cuidados das pessoas que estão morrendo na qual desobriga o médico a manter o tratamento em paciente em fim da vida, mesmo que este não tenha DAV, contudo, para isso, é preciso que o paciente não tenha deixado documento em contrário, ou seja, não tenha deixado por escrito que quer que lhe sejam realizados todos os procedimentos de manutenção da vida biológica.

Na Espanha, disposições acerca da manifestação de vontade do paciente estão regulamentadas pela Lei nº 41 do ano de 2002, sendo reconhecida como um grande avanço nas relações médico-paciente, intuí da sua redação expressa preocupação com a dignidade da pessoa humana e com a autonomia da vontade do paciente. Dentre seus princípios básicos, estão a possibilidade de o paciente decidir livremente, depois de esclarecido das opções, qual tratamento médico deseja seguir, bem como a vinculação dos profissionais de saúde à vontade do paciente.

Por sua vez, a Alemanha possui, em seu ordenamento, um instituto equivalente às diretivas antecipadas de vontade, denominado *Patientenverfügungen*, que integra formalmente o Código Civil alemão desde 2009¹⁵. Os dispositivos que introduziram o testamento vital, basicamente, expressam que a manifestação de vontade do paciente deve ser levada em conta em futuros exames, tratamentos e intervenções médicas.

Em Portugal, a Lei nº 25, de 16 de julho de 2012, regulamentou as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma do testamento vital,

¹⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.61.

¹⁵ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**, 4. ed. São Paulo, Foco, 2018, p.65.

a nomeação de procurador de cuidados de saúde, além de criar o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV). A criação do RENTEV tem a finalidade de recepcionar, registrar, organizar e manter atualizada a informação e documentação relativas às diretivas antecipadas de vontade. Isso significa que o médico pode buscar esse banco de informações para anexar ao prontuário do paciente em casos que esse se encontra impossibilitado de manifestar seu desejo acerca do tratamento que irá, ou não, receber. O Registro funciona em âmbito nacional, sendo que o testamento vital que irá compor seu banco deve ser escrito e feito na presença de um funcionário devidamente habilitado do RENTEV ou notário.

Enquanto Portugal alcançou a legalização das diretivas antecipadas por meio de um longo debate social, a França começou a positivar os direitos do pacientes, muito antes de 2002, percebe-se que a lei francesa distingue da portuguesa pois a primeira prevê a possibilidade de incapazes redigirem suas diretivas antecipadas, ainda que com autorização judicial, por não estabelecer prazo de eficácia, por ter criado dois modelos de diretivas antecipadas, diferenciando as pessoas saudáveis das pessoas doentes e, por fim, por ter apresentado, na própria lei, os modelos de diretivas, ao invés de deixar a cargo do órgão estatal que regula a saúde.

4.2 A VALIDADE DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Inexistência de norma jurídica própria acerca do testamento vital no Brasil uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais confere aparato para a defesa da validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, posição já aceita nos tribunais brasileiros.

O artigo 15 do Código Civil preceitua que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com o risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, e tal artigo mencionado deve ser lido à luz da Constituição Federal de 1988, leitura esta, que de acordo com Ribeiro (2005, p.112):

Ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos que não concedeu, contudo, um direito fundamental à imortalidade.

Assim, o testamento vital é um instrumento garantidor deste dispositivo legal, nas situações de fim da vida, vez que evita o constrangimento do paciente ser submetido a tratamentos médicos fúteis, que apenas potencializam o risco de vida, e os procedimentos médico-hospitalares sempre representam risco.

No Estado de São Paulo há a lei nº 10.241/99, popularmente conhecido como “Lei Mário Covas”, por ter sido promulgada pelo então governador Mário Covas, que dispõe sobre direitos dos usuários de serviço e das ações de saúde, esta lei assegura aos usuários do serviço de saúde do Estado de São Paulo o direito a recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida, direito este também assegurado pelas leis nº 16.279, do Estado de Minas Gerais, e nº 14.254 do Estado do Paraná, apesar de serem legislações estaduais, representam grande avanço no respeito aos direitos dos pacientes terminais, vez que conferem a eles o poder de decisão sobre seus tratamentos no entanto esta disposição não terá efeito quando o paciente estiver inconsciente, pois, nesta situação estará impossibilitado de manifestar sua vontade, por esta razão se faz necessária a realização de um testamento vital.

Ou seja, o testamento vital é válido no ordenamento jurídico brasileiro, vez que está legitimado por princípios constitucionais e tal situação já tem sido reconhecida pelo poder judiciário. Em linha geral o testamento vital no ordenamento jurídico trata de disposições que digam respeito à recusa aceitação de tratamentos fúteis serão válidas, como por exemplo, extubação paliativa, traqueostomia, hemodiálise, ordem de não reanimação, entre outros, a definição da futilidade deve ter em conta a inexistência de benefícios que este tratamento trará ao paciente, sendo aferida no caso concreto.

4.2.1 RESOLUÇÃO 1.805/2006

O Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou, em 28 de novembro de 2006, a Resolução CFM nº 1.805/2006¹⁶, a qual dispunha sobre exceções e, até

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 09 maio 2019.

mesmo, interrupção de procedimentos e tratamentos médicos que diferissem a vida do paciente, considerada sua própria manifestação de vontade ou por meio de seu representante legal. Ainda assim, afirmou-se a manutenção da assistência médica integral, de modo inclusivo com aplicação de medidas assecuratórias do alívio dos sintomas e redução do sofrimento.

Desta revelação, percebe-se um progresso no tocante ao tema, ainda que não sem debates, já que alvo de ação civil pública, processada sob o número 2007.34.00014809-3, movida pelo Ministério Público Federal e julgada pela 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tal ação foi julgada improcedente, dispondo que a suspensão do tratamento médico que prolongasse a vida de paciente em estado grave ou terminal, quando há sua expressa autorização, não ofende o ordenamento jurídico.

Já no ano de 2012, em 31 de agosto, o Conselho Federal de Medicina publicou nova Resolução, autuada sob o número 1.995/2012, trata-se do ato normativo vigente na legislação brasileira sobre testamento vital, formulada a partir da competência atribuída aos Conselhos de Medicina pela Lei nº 3.268/57. Logo na introdução de sua exposição de motivos, extrai-se que antevistas acerca de disposições antecipadas de vontade do paciente não foram abarcadas no Código de Ética Médica. A autonomia do paciente, no entanto, ensejou a iniciativa da resolução.

A Resolução CFM nº 1.995/2012 delibera que, quando o paciente manifestar um conjunto de desejos, de forma expressa e prévia, o médico levará em conta sua vontade em momento de incapacidade de se expressar livremente. Há previsão de prevalência da vontade do paciente, quando manifestada nos conformes anteriormente expostos, frente ao parecer não médico ou da vontade de familiares. Faz a ressalva, ainda, acerca de disposições que infringem os preceitos do Código de Ética Médica, as quais não poderão ser consideradas pelo médico.

Diante disso, nota-se que a Resolução do CFM representa importante instrumento para inclusão definitiva do testamento vital no cenário médico brasileiro, na medida em que tem por objetivo informar ao profissional de medicina que a conduta ética da profissão está alinhada à necessidade de se respeitar os desejos e vontades previamente expressados pelo paciente.

Afirma Dadalto¹⁷ que:

a principal mudança com a aprovação da resolução CFM 1995/2012 foi um maior conhecimento do tema por parte dos profissionais de saúde, e, por consequência, da sociedade, pois estes profissionais (não apenas médicos, mas também enfermeiros, psicólogos e demais profissionais que trabalham com pacientes em fim de vida) tem informado aos pacientes acerca da possibilidade de fazer o testamento vital.

Em contrapeso, a constitucionalidade e legalidade da Resolução do Conselho Federal de Medicina foram objeto tanto de discussões doutrinárias quanto de litígios judiciais.

Bussinguer e Barcellos¹⁸ defendem a constitucionalidade do ato, “com base no direito à morte, o que, de forma alguma, quer dizer o direito de dispor da própria vida, ou seja, não se trata do direito ao suicídio”. Referem, ainda, sob o viés constitucional, que a liberdade constitucionalmente declarada assegura ao seu titular o direito de escolher como viver e não a escolha entre viver ou não viver. Segundo os autores, a questão da constitucionalidade da Resolução confunde-se com a própria constitucionalidade das diretivas antecipadas de vontade. Ação civil pública foi promovida pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás, autuada sob o número 1039-86.2013.4.01.3500. Na petição inicial¹⁹, a Procuradoria da República de Goiás considerou a Resolução uma afronta à segurança jurídica, assim como instrumento inidôneo que exclui o direito de decisão dos familiares, acusou o ato normativo de diversas omissões, tais como a respeito da capacidade do paciente, limite temporal para validade e formas de revogação das disposições para o fim da vida. Além disso, apontou que a forma como possibilita a manifestação do testamento vital, qual seja, no próprio prontuário médico, o qual é sigiloso, não permite controle do cumprimento da vontade do paciente pelo profissional. Nesse sentido, postulou a declaração da inconstitucionalidade da Resolução, bem como sua ilegalidade, e a suspensão de sua aplicação em todo território nacional.

¹⁷ DADALTO, Luciana. Sobre os três anos da resolução CFM 1995/2012. Disponível em:<<http://testamentovital.com.br/blog/sobre-os-tres-anos-da-resolucao-cfm-19952012/>>. Acesso em: 09 maio 2019,

¹⁸ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, p. 2691-2698, set. 2013. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900024>. Acesso em: 10 maio 2019.

¹⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Inicial de Ação Civil Pública*. Disponível em:<<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/inicial-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2019

Após o indeferimento o pedido liminar formulado pelo MPF, o Julgador entendeu que o Conselho Federal de Medicina não extrapolou sua competência ao editar o ato normativo, tendo em vista que se limitou à relação ético-disciplinar entre Conselho e médicos, não pretendendo criar direitos e obrigações nas esferas cível e penal. Asseverou que a Resolução se coaduna com a autonomia da vontade, com a dignidade da pessoa humana, e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante, disposições estas inscritas na Constituição Federal de 1988.

Na sentença, o desfecho foi de que o prontuário do paciente não foi eleito instrumento de manifestação da vontade, mas mero meio de registro, o que conserva sua legalidade. No que tange à exclusão da família das decisões do tratamento do paciente, o Julgador dispôs que o fato de a vontade do paciente prevalecer em detrimento da família não significa que esta esteja impedida de exercer o direito de acesso a informações sobre o tratamento dado, podendo, inclusive, pleitear em Juízo tutela contra ato que viole a lei civil ou penal. A intervenção jurisdicional também pode ser feita caso a família entenda que as declarações de vontade do paciente não possam ser levadas em consideração.

Concluindo que a Resolução CFM n^o 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina não fere a Constituição Federal de 1988, foram julgados improcedentes os pedidos formulados na ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás.

4.2.2 PROJETO DE LEI N^o 149/2018

O projeto e lei²⁰ de autoria do senador Lasier Martins é composto de dez artigos, contém a definição de algumas expressões essenciais para a lei que se pretende criar, a exemplo de: “diretivas antecipadas de vontade”; “pessoa em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível danos à saúde”; “cuidados paliativos”; e “procedimentos desproporcionais, fúteis ou extraordinários”, estabelece como direito de todo indivíduo maior e capaz o de afirmar previamente a sua

²⁰ SENADO FEDERAL. Atividade Legislativa Projeto de lei n^o 149/2018. Disponível em:< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>>. Acesso em: 10 maio. 2019.

vontade de receber ou não receber determinados tratamentos médicos em época futura na qual não mais tenha condições clínicas de expressar essa vontade.

O projeto prevê que a vontade, para ser reconhecida pelos profissionais de saúde, deverá estar expressa em escritura pública lavrada em cartório competente, dispõe que apenas os procedimentos desproporcionais, fúteis ou extraordinários podem ser alvo da declaração de vontade do paciente quanto à sua interrupção ou não, vedando expressamente a recusa a tratamentos paliativos, todavia a execução de disposição antecipada de vontade na vigência de gravidez, determinando que só poderão ser atendidas as diretivas que não comprometam a vida do nascituro.

Ainda tem disposto no texto do projeto de lei a revogação ou modificação do documento contendo as diretivas antecipadas de vontade e determina a obrigação de que seja registrada em prontuário, pelo médico assistente, qualquer alteração promovida nas diretivas por meio de declaração verbal do seu autor tal dispositivo legal tem a previsão da imposição da obrigatoriedade da observância das diretivas antecipadas de vontade, pelos profissionais e serviços de saúde, familiares e representantes legais no entanto tem previsão também de situações que autorizam os profissionais de saúde a não observarem essas diretivas, a saber: I) quando elas estiverem em desacordo com os preceitos éticos da profissão; II) em situações de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, quando a obediência às diretivas implicar demora no atendimento e, conseqüentemente, risco para a saúde ou a vida do declarante; e III) quando as diretivas estiverem em evidente desatualização diante do progresso dos meios terapêuticos.

No texto ainda tem previsto a faculdade do declarante a designação, no documento de diretrizes antecipadas de vontade, de uma pessoa adulta e capaz como seu representante, para que ela tome as decisões sobre os cuidados a serem dispensados à sua saúde quando ele próprio não o puder fazer diretamente no entanto representante designado poderá renunciar à função, mediante documento escrito. O médico, no atendimento de paciente em fase terminal de doença ou acometido de graves e irreversíveis danos à saúde, informe-se sobre a existência de documento de diretivas antecipadas de vontade, fazendo constar essa informação do prontuário do paciente.

No entanto, no entendimento da Comissão de Assuntos Sociais em análise do presente projeto de lei, alguns aspectos do projeto merecem ser

aperfeiçoados, para escoimar o texto de dubiedades que podem restringir a aplicação da lei em determinadas situações, a exemplo dos casos de estado vegetativo persistente, que não estão explicitamente abrangidos pela proposta. Ocorre que estava em tramitação no Senado Federal o PLS nº 267, de 2018, de autoria do Senador Paulo Rocha, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas. Ainda que nesse projeto versava sobre a mesma matéria que a proposição fora encerrada pois foi retirada pelo próprio autor, os termos em que ele estava formulado são mais adequados e abrangentes.

Assim, pelo exposto a comissão, apresentou substitutivo ao projeto de lei nº 149, de 2018, nos termos do projeto de lei nº 267, de 2018. No que tange à constitucionalidade e juridicidade da matéria, a comissão não vislumbrou óbices à aprovação do projeto de lei.

Embora é necessário acompanhar a tramitação do projeto de lei, pois este não galgou seu objetivo ainda insta salientar que o estabelecimento das diretivas antecipadas de vontade por meio de norma legal inova o arcabouço jurídico nacional e está em consonância com o princípio da dignidade humana e da autodeterminação.

4.2.4 JULGADO SOBRE O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 2013, julgou decisão que conheceu o testamento vital, legitimando a vontade do paciente na escolha do procedimento médico. Originou-se de ação que tramitou na 3ª Vara Cível da Comarca de Viamão/ RS, proposta pelo Ministério Público, que exigia suprimento da vontade de paciente, a fim de que fosse realizada amputação de seu pé, que estava em estágio de necrose avançada. O paciente não desejava ser submetido ao procedimento cirúrgico. A sentença indeferiu o pedido de alvará judicial, sob o fundamento de que o paciente era pessoa capaz e que a doença não era recente, não cabendo, neste caso, a intervenção do Estado.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, autuada sob o nº 70054988266, distribuída para a 1ª Câmara Cível do TJRS. A irresignação

ministerial se conteve aos argumentos de que o paciente tinha risco de morrer se não submetido a procedimento cirúrgico, além de que não possuía condições psíquicas de recusar o tratamento médico, devendo prevalecer o direito à vida, indisponível e inviolável, segundo a Constituição Federal de 1988, quando em confronto com a vontade do paciente.

O relator, Desembargador Irineu Mariani, em seu voto, entendeu o caso inserido “no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural²¹”. Além disso, assinalou que o direito à vida, constitucionalmente previsto, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Fez alusão à Resolução 1995/12 do Conselho Federal de Medicina, destacando as condições para a manifestação de vontade do paciente para, então, reconhecer a escolha do paciente do caso concreto como testamento vital. O voto do Desembargador relator foi no sentido do improvimento, tendo os demais julgadores acompanhado o entendimento. A apelação foi, portanto, desprovida à unanimidade.

Trata-se de decisão formidável no cenário jurídico brasileiro. Nota-se, do julgado, uma análise sistêmica do Direito, atento a inovações fáticas e doutrinárias acerca de um tema pouco conhecido pela sociedade e que ainda não possui lei concreta apesar de tal temática já ser objeto de dedicação, através de um projeto de lei, no Senado Federal.

Depreende-se do caso sólido que a vida a qualquer custo pode mais lesar do que sanar, e que a manifestação que sobrepuja o instinto humano de sobrevivência em prol da cessação de sofrimento deve ser respeitada. Atual, fundamentado e objetivo, o acórdão, afastando-se de uma visão conservadora, protege a dignidade e a autonomia do paciente.

²¹ RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70054988266. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>> Acesso em: 11 maio 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Com o término da pesquisa notou-se que o presente trabalho abordou a mutabilidade dos paradigmas médicos é clarividente por aspectos sociais e culturais, estabelecendo constante atualização dos profissionais da saúde e da sociedade. Tratamentos considerados adequados, assim como doenças denominadas incuráveis, podem transformar de categoria em um futuro próximo.

Cada indivíduo tem a própria visão do que é mais coerente com o momento em que vive constituída em sua crença pessoal, religiosa ou não, e estruturada em sua experiência de vida. A morte é inevitável, e a busca por uma vida digna abarca também uma morte digna.

O modelo recepcionado na Constituição da República de 1988 alicerça-se na dignidade da pessoa humana, alicerçando, ainda, a autonomia e a liberdade a todos, sem distinção de nenhuma natureza. O paciente deverá ter suas garantias conservadas, sob argumento de ter seu direito constitucional violado. Nesse contexto, prevê o testamento vital, manifestação de vontade na qual o paciente dispõe acerca dos cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber, no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Demonstra-se que o testamento vital é realidade normativa em diversos sistemas jurídicos estrangeiros, com diferenciações em alguns aspectos formais, mas todos reconhecendo a legalidade do instrumento.

No que tange ao âmbito médico, o testamento vital visivelmente está firmado, na Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, a qual considera a necessidade de disciplinar a conduta do médico, em face da inexistência de regulamentação no contexto da ética médica.

Corroborou a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, compondo decisão extraordinária no cenário jurídico brasileiro, através do julgado é possível realizar uma análise sistêmica do Direito, prudente a inovações fáticas e doutrinárias acerca da temática que ainda está sendo objeto de tramitação projeto de lei no Senado Federal o projeto de lei 149/2018, tal lei específica promoveria sua aplicação, determinando as necessidades formais e materiais do testamento vital impedindo controvérsias. Destacou-se, contudo, não ser preciso lei para garantir a eficácia dos direitos fundamentais, frente à omissão legislativa.

Conclui-se que oferecer ao cidadão a possibilidade de elaboração do testamento vital é garantir ao indivíduo a capacidade de governar sobre a própria existência, desenhando sua trajetória de vida de acordo com seus princípios.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**, 6. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Institui a **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Inicial de Ação Civil Pública**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/07/inicial-ACP-testamento-vital.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. **O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, p. 2691-2698, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232013000900024>. Acesso em: 10 maio 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 09 maio 2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4. ed. São Paulo, Foco, 2018.

DADALTO, Luciana. **Sobre os três anos da resolução CFM 1995/2012**. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/blog/sobre-os-tres-anos-da-resolucao-cfm-19952012/>>. Acesso em: 09 maio 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EHRHARDT JR, Marcos. **Direito Civil. LICC e Parte Geral**. vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOOGLE- **A Importância do Testamento Público**, 2010. [internet] disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=1150?p=1150>>. Acesso em: 03 out. 2018.

MALLET, Miguel. **Trabalho de Conclusão de Curso**. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2018/09/miguel_mallet.pdf>

Acesso em: 10 out. 2018.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

NUNES, Rui e MELO, Helena Pereira de. **Testamento Vital**. Coimbra: Almedina, 2011.

PONTES DE MIRANDA, **Tratado dos Testamentos**. Livraria. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70054988266**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civil-ac-70054988266-rs>>. Acesso em: 11 maio 2019.

RODOTÀ, S. **La legge i dilemmi dela libertà**. In: BORASCHI, A.; MANCONI, L. (Coords.). *Il dolore e la politica: accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*. Milano: Mondadori Bruno, 2007.

SALDANHA, Rodrigo Róger, **Testamento Vital. Aspectos Controversos e a Autonomia do Enfermo**. 1. ed., editora Juruá, 2017.

TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.