CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA – UNIALFA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOHNATAN FREIRES DE FARIAS

TESTAMENTO VITAL:
EFEITOS E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GOIÂNIA
MAIO DE 2022

JOHNATAN FREIRES DE FARIAS

TESTAMENTO VITAL:
EFEITOS E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Alves Faria, sob orientação da Profa. Ma. Maria Izabel de Melo Oliveira Santos, como requisito para a conclusão do Curso de Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Maria Izabel de Melo Oliveira Santos

GOIÂNIA

MAIO DE 2022

JOHNATAN FREIRES DE FARIAS

TESTAMENTO VITAL: EFEITOS E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Esta monografia foi analisada e julgada adequado para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Orientador e Banca Examinadora designada pelo Curso de Direito do Centro Universitário Alves Faria.

_____

Profa. Ma. Maria Izabel de Melo Oliveira Santos – UNIALFA

(Orientadora)

Aprovado em 21/06/2022.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Orientadora Ma. Maria Izabel de Melo Oliveira Santos – UNIALFA _____

Prof. Leitor Me. Jonathan Augusto Sousa e Silva – UNIALFA _____

GOIÂNIA

MAIO DE 2022

Dedico este trabalho à minha mãe, mulher guerreira e de fibra que me ensinou a sorrir e ter fé mesmo nos momentos de dor. Sei que, apesar de não estar presente fisicamente, ilumina os meus passos e orienta as minhas decisões e, espero, um dia, poder sentir, novamente, seu abraço quente e afetuoso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram no decorrer desta jornada, em especialmente:

A Deus, a quem devo minha vida.

A minha família que sempre me apoiou nos estudos e nas escolhas tomadas.

A Diulliany por sempre me incentivar e compreender nos momentos mais difíceis. Incontáveis foram as vezes que você me apoiou nessa jornada chamada vida.

A orientadora Profa. Ma. Bebel que teve papel fundamental na elaboração deste trabalho.

Aos meus colegas pelo companheirismo e disponibilidade para me auxiliar em vários momentos.

RESUMO

FARIAS, Johnatan Freires de. **Testamento Vital**: efeitos e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Monografia, 2021. 54 f. Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Goiânia, 2022.

O presente trabalho acadêmico visa discutir o direito de morrer com dignidade baseado nas diretivas antecipadas de vontade e no uso do testamento vital. O testamento vital é um documento criado para prevalecer a vontade em casos extremos. Uma pessoa com uma doença em fase terminal, sobrevivendo à base de meios artificiais, sem meios para cura e em sofrimento constante, tem direito de escolher colocar um fim ao seu sofrimento, cumprindo-se o artigo 5°, III, da Constituição. Em 2012 o CFM publicou resolução acerca das diretivas antecipadas de vontade, porém as resoluções do CFM só têm poder para regulamentar ações praticadas no âmbito da medicina. Como se pode ver, a prática envolve várias outras questões, visto que pode incidir no direito à vida. A pesquisa utiliza o método indutivo, e conclui pela importância da criação de uma legislação específica, para regulamentar a prática, visto que um juiz pode não acatar a resolução criada pelo CFM. O testamento vital deve ser um direito de todos, e deve ser amplamente divulgado pelos órgãos competentes possibilitando o direito de optar por morrer com dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento Vital. Direito da Personalidade. Diretivas Antecipadas de Vontade. Princípio da Dignidade. Biodireito. Bioética. Direitos Humanos.

ABSTRACT

FARIAS, Johnatan Freires de. **Living Will**: effects and applicability in the Brazilian legal system. Monograph, 2022. 54 p. Law Graduation Course at Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Goiânia, 2022.

The present study analysis aims to discuss the right to die with dignity based on advance directives of will and the use of the living will. The living will is a document created to prevail the will in extreme cases. A person with a terminal illness, surviving on artificial means, without means for cure and in constant suffering, has the right to choose to put an end to their suffering, in compliance with article 5, III, of the Constitution. In 2012, the CFM published a resolution on advance directives of will, but the CFM resolutions only have the power to regulate actions carried out in the field of medicine. As can be seen, the practice involves several other issues, as it can affect the right to life. The research uses the inductive method, and concludes by the importance of creating specific legislation to regulate the practice, since a judge may not comply with the resolution created by the CFM. The living will must be everyone's right, and must be widely disseminated by Organs competent bodies, enabling the right to choose to die with dignity.

KEYWORDS: Living Will. Personality Law. Advance Directives. Principle of Dignity. Biolaw. Bioethics. Human Rights.

.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **9**
1 DIRETIVAS ANTECIPADAS: CONCEITOS, EFEITOS E ESPÉCIES **13**
1.1 Diretivas antecipadas **13**
1.2 Efeitos **15**
1.3 Modalidades tradicionais **17**
1.3.1 Mandato duradoura **17**
1.3.2 Testamento vital **18**
2 DISTINÇÃO DOS INSTITUTOS **22**
2.1 Eutanásia **22**
2.2 Ortotanásia **24**
2.3 Distanásia **25**
2.4 Suicídio assistido **26**
3 TESTAMENTO VITAL E SUA EFICÁCIA JURÍDICA **28**
3.1 O princípio da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro **28**
3.2 A morte digna como direito fundamental **30**
3.3 Consentimento livre e esclarecido e a relação médico-paciente **32**
3.4 Testamento Vital e sua experiência estrangeira **34**
3.5 Testamento vital e sua validade no ordenamento jurídico brasileiro **40**
3.6 Relevância e aplicação do Testamento Vital no Brasil **47**
CONCLUSÃO **51**
REFERÊNCIAS **53**

INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico tem como propósito, através da pesquisa bibliográfica, analisar a possibilidade de incorporação do instituto do testamento vital, espécie do gênero diretivas antecipadas, ao ordenamento jurídico brasileiro.

Este tema é bastante escasso no plano nacional, e, portanto, possui reduzida literatura e decisões judiciais ao seu respeito. Desta forma, esse estudo visa dar uma visão mais concreta acerca do que são as diretivas antecipadas de vontade, com sua primordial espécie - o testamento vital (living will) -, assim como de que maneira a sua aplicação vem sendo realizada em outros países, além de dispor sobre os possíveis benefícios que a sua regulamentação no ordenamento brasileiro pode trazer.

A metodologia empregada neste trabalho se dará através da pesquisa bibliográfica, voltando-se para a análise de livros, artigos, pareceres e legislações, pretendendo obter informações atuais sobre o tema analisado, como também verificar aspectos previamente abordados por diferentes autores e estudos, além de observar publicações que já existem sobre a matéria.

A coleta de dados aqui considerada tem base nas fontes documentais como livros, leis, resoluções, decisões judiciais e pareceres que respaldam este trabalho bibliográfica e documental.

Busca-se a coleta bibliográfica necessária para o início do estudo, identificando as fontes como variados livros específicos sobre o tema. Além do mais, as leis, com seus artigos e incisos, serão também fundamentais na coleta de dados, bem como resoluções do Conselho Federal de Medicina e estudos científicos.

Depois é preciso fazer a análise dos dados bibliográficos, realizando um estudo comparativo com as leis já existentes em outros países, como também analisar as matérias sobre as diretivas antecipadas, para que seja possível o entendimento de como as modalidades tradicionais das diretivas antecipadas, designadamente o testamento vital, vêm sendo desenvolvidas. No que se refere aos objetivos desse trabalho, o objetivo geral é demonstrar a viabilidade do testamento vital e a sua aplicação no ordenamento brasileiro, frente a sua omissão legislativa. Tem-se como objetivos específicos: a) analisar o instituto das diretivas antecipadas de vontade, a sua espécie testamento vital, fazendo a distinção entre a temática do estudo, a eutanásia, ortotanásia, distanásia e o suicídio assistido; b) apreciar os requisitos indispensáveis à admissibilidade do testamento vital; c) examinar a possibilidade de incorporação do gênero diretivas antecipadas de vontade, com especial atenção a sua espécie -

testamento vital, ao ordenamento jurídico brasileiro; d) averiguar a ausência de regulamentação da matéria no país; e e) mostrar as soluções para que as lacunas a respeito do tema sejam supridas.

O problema central que norteará a pesquisa aqui proposta é o da possibilidade de incorporação do instituto do testamento vital ao ordenamento jurídico brasileiro. Para se alcançar a solução para essa questão é fundamental a compreensão do que vem a ser, especificamente, o testamento vital.

É inegável a relevância desta temática, já que ultrapassa o plano meramente teórico, apresentando efetivo impacto no campo fático, em especial como forma de garantia da dignidade e autonomia dos pacientes terminais, dado que, admitindo-se a possibilidade de incorporação de tal instituto no plano nacional, terá um significativo resultado prático não apenas na vida do convalescente e de sua família, mas também na do médico responsável, na medida em que proporciona a este um respaldo legal.

No Brasil, não há norma jurídica que regulamente o testamento vital, embora não exista razão que impeça a discussão de sua validade e eficácia. Ainda que não vigore, quanto aos atos jurídico, o princípio da tipicidade, os indivíduos possuem uma liberdade bastante extensa para estabelecerem categorias ainda não regulamentadas nas leis, sob a condição de que não sejam contrárias às normas já estabelecidas, essa instituição de novas categorias não pode ir de encontro ao ordenamento

Apesar de ainda não estar positivado em nosso ordenamento jurídico, mudanças começaram a aparecer gradativamente e passou-se a surgir uma preocupação com as situações existenciais, especialmente após a Constituição da República de 1988, já que, cada vez mais, a pessoa é valorizada, fundamentada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que assume um papel prioritário em relação ao individualismo, antes predominante.

A lei maior de 1988 salvaguarda os valores da pessoa humana por intermédio dos seus princípios da autonomia, dignidade, liberdade, entre outros. As novas possibilidades de tratamentos terapêuticos e as garantias individuais promovem um encontro que muito repercute na seara jurídica e merece o pronunciamento desta quando incitada, devido as grandes transformações sociais que provoca.

Dessa forma, atendo-se não apenas às normas brasileiras, como também aos dispositivos já consolidados em ordenamentos internacionais, além de uma análise dos princípios que norteiam a temática, busca-se desenvolver este trabalho com o foco na análise acerca da possibilidade ou não de recepção do testamento vital nas normas brasileiras.

As diretivas antecipadas de vontade, em especial o testamento vital, assumem um papel único, na medida em que possibilitam aos indivíduos deixarem anteriormente dispostos quais os tratamentos que consentem e serão ou não submetidos, caso futuramente se encontrem numa situação de doença terminal e sem a capacidade para a decisão.

Não obstante ser um tema não regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, não há que se impedir a sua análise, baseando-se em princípios fundamentais e normas concretizadas no ordenamento brasileiro, como também em ordenamentos internacionais onde foi possível a efetivação, como: Portugal, Estados Unidos, Austrália, Espanha, Uruguai, entre outros.

Desse modo, busca-se a análise do instituto testamento vital, e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, como uma maneira de trazer à discussão a autodeterminação do paciente terminal, o seu consentimento acerca dos cuidados e tratamento que pretende adotar no que tange à sua saúde.

Quanto à organização do presente estudo, o primeiro capítulo está fundamentado na abordagem das diretivas antecipadas, na exposição de seus conceitos, dos efeitos que provocam, a delimitação e os requisitos exigidos de suas duas modalidades tradicionais - o mandato duradouro e o testamento vital -. Serão conceituadas e listadas as principais diferenças entre as práticas dos institutos eutanásia, ortotanásia, distanásia e do suicídio assistido. Fazendo uma análise de quais dessas vias podem ser contempladas em um testamento vital. E logo depois, como se dá a revogação das diretivas antecipadas.

Em sequência, inicia-se o estudo sobre o princípio da autonomia privada no conjunto de normas brasileiras com o propósito de discutir a autonomia do paciente no processo de morte. Um estudo sobre como foi conquistada essa autonomia, como ela se assegura na atual Carta Magna brasileira e de que maneira têm seus efeitos projetados para um futuro que virá.

Analisa-se a morte digna enquanto direito fundamental, logo depois desenvolve-se o consentimento livre e esclarecido, abordando a verificação dos requisitos necessários para que o padecente em estado terminal possa tomar decisões a respeito dos tratamentos médicos que deseja se submeter, num momento vindouro onde não possua mais capacidade para tal.

Isto posto, passa-se a discutir o testamento vital, a sua incorporação ao ordenamento pátrio, independentemente da falta de regulamentação legislativa, ademais com a investigação do posicionamento acolhido pelo Conselho que fiscaliza as práticas médicas, o Conselho Federal de Medicina.

Verifica-se a experiência estrangeira, fazendo um esforço histórico a fim de apurar as origens do testamento vital como também averiguar como esta espécie de diretiva antecipada

tem sido operada nos diversos países onde se encontra positivado em seus ordenamentos, tal qual em países onde os debates acerca desse tema já estão bastante avançados, pelo menos, para a existência de indicações que estimulem o seu fazimento.

O estudo é finalizado com a exposição da importância da incorporação do testamento vital no sistema normativo jurídico brasileiro, com fulcro nas experiências estrangeiras e nas leis brasileiras. Enfim, o que se propõe nessa pesquisa é a verificação da validade do desse documento no Brasil, por meio do exame de seus fundamentos em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil, as suas normas e os seus princípios.

1 DIRETIVAS ANTECIPADAS: CONCEITOS, EFEITOS E ESPÉCIES

Neste capítulo, serão abordadas as diretivas antecipadas, quais são seus conceitos, efeitos e a delimitação de suas duas modalidades tradicionais, o mandato duradouro e o testamento vital.

Em seguida, serão tratadas as principais diferenças entre as práticas da eutanásia, ortotanásia, distanásia e do suicídio assistido, analisando quais dessas vias podem ser contempladas em um testamento vital. Esse debate se fez necessário com o intuito de esclarecer os institutos abordados ao longo do presente estudo.

1.1 Diretivas antecipadas

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) podem ser entendidas como medidas nas quais um indivíduo pode manifestar sua vontade quanto aos tratamentos médicos que aceita ser submetido futuramente, caso não possua, no momento em que for essencial ou oportuna a realização de tais tratamentos, a capacidade para validar seu consentimento (GODINHO, 2016, p. 135).

O artigo 1º da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012 dispõe sobre o conceito das diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, conforme observa-se:

> Art. 1º: Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (BRASIL, 2012).

Esse conjunto de procedimentos permitem que os pacientes possam expressar seus pontos de vista sobre sua vida, saúde e morte, e estabelecer quais são os métodos e objetivos que consideram aceitáveis, com fundamento em suas filosofias de vida, em seus valores éticos, convicções religiosas.

As diretivas antecipadas são o gênero, que se exprimem por intermédio de suas espécies tradicionais: o testamento vital - living will -, que é o objeto de estudo desse trabalho, e pelo mandato duradouro – durable power attorney for health care – que serão tratados posteriormente.

Falar de DAV´s é compreender que em um mesmo documento vão estar juntos o mandato duradouro e o testamento vital. E ainda que as diretivas não definam precisamente

todos os procedimentos que poderão ser realizados ou serão evitados, podem, ao menos, fornecer os critérios sobre a forma de atuação dos médicos de acordo com a perspectiva pessoal do doente.

A Patient Self-Determination Act (PSDA) foi considerada a primeira lei do mundo a versar sobre as diretivas antecipadas e é um dos grandes marcos legais a respeito desse tema, segundo explica Dadalto (2015, p. 112):

> Neste contexto social e forte clamor público, os Estados Unidos aprovaram em 1991 a Patient Self-Determination Act (PSDA), primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente. Esta lei traz em sua segunda seção a instituição das diretivas antecipadas como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos, do qual são espécie o living will e o durable power of attorney for health care (DADALTO, 2015, p. 112).

Esta lei, em sua segunda seção, dispôs sobre as diretivas antecipadas como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamentos médicos, onde o living will e o durable power of attorney for health care são suas espécies.

Segundo essa lei norte-americana, o testamento vital é uma das espécies de diretivas antecipadas, e é usado quando a incapacidade do paciente tiver sido resultante de uma patologia fora de possibilidades terapêuticas, e o mandato duradouro, que é outra espécie de diretiva disposta na PSDA, é aplicado quando a incapacidade do paciente for temporária ou permanente, onde um procurador de saúde decidirá em seu nome (DADALTO, 2015, p. 61).

As diretivas antecipadas, enquanto gênero, não estão limitadas apenas às situações de terminalidade. Estes documentos deverão ser utilizados quando o paciente não puder externar, livre e conscientemente, mesmo que por uma situação transitória, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente aos casos de terminalidade (DADALTO, 2015, p. 88).

Um exemplo do que acabou de ser dito, é a utilização do mandato duradouro, que poderá ocorrer quando o paciente não estiver consciente para se expressar. Nesta acepção, Sánchez destaca:

> Uma diretiva antecipada é um termo geral que contém instruções acerca dos futuros cuidados médicos que uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida. Esta denominação, diretivas antecipadas, na realidade, constitui gênero e compreende dois tipos de documentos em virtude dos quais se pode dispor, anteriormente, a vontade da pessoa que os redige. Assim, por um lado temos o chamado testamento vital, e por outro, o mandato duradouro (SÁNCHEZ, 2003, p. 27-28).

No Brasil, as DAV´s são lícitas e estão expressamente regulamentadas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995 do ano de 2012 e também estão assentadas nos princípios constitucionais de autonomia da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, caput e inciso III; artigo 5º, caput, inciso II) (BRASIL, 1988).

1.2 Efeitos

Apesar de não existir uma lei específica no ordenamento jurídico pátrio sobre as diretivas antecipadas de vontade, o médico, ao ficar ciente que o seu paciente elaborou uma diretiva, não deve desconsiderá-la e deverá agir de acordo com o que nela estiver escrito.

Um dos possíveis efeitos benéficos das diretivas antecipadas está na vantagem que o paciente tem ao explicitar seu desejo de não ser mantido vivo e tratado inutilmente (GODINHO, 2016, p. 147).

Para Godinho (2016, p. 147), nas diretivas antecipadas são ofertadas apenas instruções sobre a modalidade de tratamento que o paciente vai recusar ou admitir, no caso de vir a ter a sua capacidade comprometida e com isso não ter condições de decidir sobre os futuros tratamentos que lhe serão ofertados. De acordo com esse entendimento, observar-se:

> Não há empecilhos para que o paciente rejeite qualquer tipo de ato médico que possa prolongar seu sofrimento, mas esta prerrogativa não lhe confere o direito de pedir para morrer, mediante a prática de medidas que acarretariam um deliberado encurtamento da vida (GODINHO, 2016, p. 147).

A eficácia das diretivas deverá ser comprovada, a partir de dois aspectos por meio da equipe médica, que são: a falta de discernimento do paciente, que não terá mais condições de tomar qualquer decisão sobre sua saúde e os procedimentos utilizados para garanti-la e também que não existe mais a possibilidade desse padecente restaurar sua capacidade. A partir desses fatores, conclui Nery Júnior que as diretivas constituídas produzirão duplo efeito:

> O primeiro, vinculativo, isto é o documento passa a ter eficácia juridicamente vinculativa para os profissionais da saúde, que devem respeitar os limites do consentimento prestado pelo paciente, sob pena de responderem civil, ética e criminalmente pelo eventual descumprimento; e o segundo, de eficácia eximidora de responsabilidade do médico, a quem jamais caberá imputar a prática de crimes por omissão, eis que sua conduta estará justificada pelo consentimento do próprio interessado (NERY JÚNIOR, 20019, p. 47).

Para as diretivas de efeito vinculativo é necessário bastante cuidado, pois não pode haver discordância, já que é um documento prestado por um terceiro, um procurador de saúde, que será responsável por decidir pelo paciente, e a vontade do doente tem que ser a mesma da colocada pelo terceiro no documento. E caso tenha divergência entre o que foi posto pelo paciente, enquanto ainda possuía autonomia, e as declarações externadas pelo seu representante, essa diretiva não surtirá efeitos.

Uma maneira de garantir a eficácia das diretivas é facilitar o acesso dos prestadores de saúde a estas, para que a existência da diretiva não dependa da vontade dos acompanhantes do padecente. Neste sentido, vejamos:

> A criação do instituto das DAV gozaria de pouca eficácia prática caso não fosse simultaneamente criado um registo para as mesmas, com vista a assegurar o seu depósito centralizado num local de fácil acesso aos prestadores de cuidados de saúde, e assim evitar que a revelação da existência da diretiva fique dependente da vontade dos acompanhantes do doente. Deste modo pretende garantir-se que os médicos têm conhecimento da sua existência e conteúdo, sobretudo face à crescente mobilidade do cidadão no espaço comunitário, e à livre prestação de serviços que o caracteriza (RAPOSO, 2011, p. 10).

As DAV´s são medidas valorosas, que são colocadas à disposição de todos para garantir a autonomia destes nas relações médico-paciente. E a inexistência de uma norma específica que as regulamente no nosso ordenamento jurídico não é suficiente para impedir o reconhecimento de seus efeitos, uma vez que as suas espécies representam somente o adiantamento dos anseios que o paciente possui em relação aos tratamentos médicos a que será submetido, de acordo com o que acha cabido.

Ademais, de acordo com Godinho, pode-se dizer que:

> Entre os mais relevantes préstimos das diretivas antecipadas, enfim, situam-se a possibilidade de um indivíduo explicitar sua rejeição a determinados tipos de tratamentos e de refutar cuidados médicos infrutíferos, que servem apenas para manter inutilmente vivo o organismo humano, à custa do sofrimento impingido ao paciente. Não haverá, nessa hipótese, o acolhimento de um pretenso interesse de morrer, mesmo porque os atos de suicídio e eutanásia não são admitidos, mas apenas o respeito e à dignidade de uma pessoa cujo processo de morte é inevitável (GODINHO, 2016, p. 150).

Uma das consequências benéficas das diretivas antecipadas são: a diminuição do medo do paciente no que concerne a situações que não são aceitáveis, ao crescimento de sua autoestima, a comunicação e confiança entre médico e paciente, a proteção do médico contra possíveis reclamações e denúncias, a orientação do médico perante situações difíceis e conflituosas, o alívio moral para as famílias ante circunstâncias duvidosas ou “potencialmente

culpabilizadoras" e também a economia com recursos sobre saúde (GONZÁLES, 2006, p. 91-137).

Diante do exposto, o reconhecimento e a regulamentação de lei específica sobre as diretivas antecipadas têm que ser imediatos em nosso país, pois validará definitivamente o direito à autodeterminação da pessoa no tocante aos recursos terapêuticos que se deseja ou não se sujeitar.

1.3 Modalidades tradicionais

Neste tópico serão analisadas as duas espécies que integram as diretivas antecipadas, o mandato duradouro e o testamento vital, e traçadas as suas principais diferenças. É de suma importância tratar dessas duas modalidades primordiais que possuem amplo reconhecimento internacional, com o intuito de torná-las ainda mais claras.

1.3.1 Mandato duradoura

O mandato duradouro, em linhas gerais, se configura como a nomeação de um indivíduo de confiança do paciente, será um procurador de cuidados de saúde, que deverá ser consultado pelos médicos, quando for preciso tomar alguma decisão sobre as questões pertencentes a saúde do padecente, pois o mesmo não possui mais capacidade de manifestar sua vontade. Este procurador de saúde se baseará na vontade do paciente para tomar as decisões.

> O mandato duradouro é um documento no qual o paciente nomeia um ou mais "procuradores" que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente – terminal ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre tratamento ou não tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo como base a vontade do paciente (DADALTO, 2007, p. 41).

Esta espécie, que surgiu na Califórnia, nos Estados Unidos, e foi legalizada pela Patient Self-Determination Act (PSDA), que dispõe o mandato duradouro (durable power of attorney) como "um documento legal através do qual um indivíduo nomeia uma pessoa para realizar certos atos em seu nome" (MULHOLLAND, 1991, p. 618).

O mandato se difere do testamento vital, pois no primeiro o procurador tem a garantia que pode tomar decisões frente ao caso concreto apresentado, já no segundo isso não acontece em razão das decisões precisarem ser tomadas previamente. Para Cristina Sánchez, "o

mandato duradouro tem um alcance mais amplo porque demonstra seus efeitos cada vez mais que a pessoa que outorgou seja incapaz de tomar uma decisão, ainda que de forma temporária" (SÁNCHEZ, 2003, p. 219).

Para Mulholland (1991, p. 619), segundo tradução da autora, outra diferença entre o mandato duradouro e o testamento vital é que o primeiro mais flexível, já que no segundo podemos observar:

> O testamento vital pode dificultar a escolha antecipada de um tratamento, pois não seria possível prever com exatidão qual seria a condição médica do indivíduo no futuro, enquanto no mandato duradouro seria possível escolher um procurador capaz de decidir diante de qualquer circunstância médica que viesse a se desenvolver (MULHOLLAND, 1991, p. 619).

A maior dificuldade desta modalidade é decidir quem será esse procurador; segundo Naves e Rezende, "discute-se se a figura mais adequada seria o cônjuge, algum dos pais ou ambos, o juiz, a equipe médica ou um terceiro imparcial" (NAVES; REZENDE, 2007, p. 105).

Para Dadalto (2015, p. 93), essa pessoa tem que ser próxima do autor, pois saberia de verdade quais são as intenções e desejos do paciente, discute-se essa questão para que os desejos do terceiro não sejam levados em conta desrespeitando as pretensões do mandatário.

> A efetividade deste instituto dependerá de o paciente e o procurador terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e as opções que tomaria numa determinada situação se estivesse capaz. (PEREIRA, 2004, p. 241).

Apesar de não existir previsão legal no Direito Brasileiro sobre essa diretiva antecipada, não há que se impedir a sua instituição, já que em nossas leis não existe nada que proíba a sua prática, somente fomenta discussões acerca da validade jurídica deste instrumento (GODINHO, 2016, p. 143).

1.3.2 Testamento vital

Conceitua-se o testamento vital como sendo um documento elaborado por um indivíduo, possuidor de capacidade, onde é manifestada a sua vontade quanto aos tratamentos terapêuticos que anseia receber, ou não, quando não possuir mais a capacidade para se expressar livre e autonomamente.

Esse documento, segundo Melo, conceitua-se como:

> O testamento vital é um documento escrito no qual uma pessoa dispõe acerca da sua vontade quanto aos cuidados médicos que pretende receber ou não quando perca a capacidade de exprimir os seus desejos, ou se encontrar em tal estado de incapacidade que não possa decidir por si só (MELO, 2017, p. 3-11).

E Borges também define:

> 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. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença (BORGES, 2001, p. 295-296).

Ou seja, trata-se de um documento que terá entre as suas disposições os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos que o indivíduo, gozando de plena capacidade, atesta sujeitar-se ou não quando estiver acometido de uma doença que ponha em risco a sua vida e esteja fora das possibilidades terapêuticas, caso não seja mais capaz.

Esse testamento também é chamado de “testamento biológico”, “testamento da vida” ou “testamento do paciente”. Há uma imprecisão terminológica no uso do termo “testamento vital”, pois não é propriamente um testamento, já que apesar de ser um ato unilateral, pessoal e revogável como o testamento patrimonial, não tem caráter patrimonial e nem se destina a valer após a morte, pois tem eficácia *inter vivos* (GODINHO, 2016, p. 136).

Essa imprecisão com a nomenclatura se deu pelas imprecisas traduções feitas do living will. Conforme Dadalto:

> O erro da tradução cinge-se basicamente à incompatibilidade das características do testamento vital com a característica principal do testamento, qual seja, a produção de efeitos mortis causa, pois o conceito apresentado acima deixa claro que essa declaração surtirá efeito durante a vida do paciente (DADALTO, 2015, p. 97).

Diante do exposto, percebe-se que esse testamento não se confunde como o testamento civil, como um exemplo de negócio jurídico, pois o segundo é relacionado às questões substancialmente patrimoniais.

Em nosso país não há norma regulamentadora do testamento vital, embora assim como o mandato duradouro, não existe motivo para que não seja validado. Por não vigorar, quanto aos atos jurídicos, o princípio da tipicidade, os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não comtempladas em lei, contanto que tal conduta não venha a representar afronta ao ordenamento (GODINHO, 2016, p. 137).

Apesar disso, já é existente em diversos países, a exemplo de Portugal, Estados Unidos, Espanha, entre outros, que serão abordados mais a frente neste estudo. A primeira vez que foi usada a expressão living will foi nos EUA em 1967 e logo serviu de base para outros diplomas semelhantes naquele país.

Ademais, não significa que não possa ser celebrado já que conforme os princípios e normas brasileiras vigentes nada impede que seja reconhecida a validade do instrumento, que nada mais equivale a uma relevante expressão da autonomia dos pacientes, com a particularidade, neste caso, por se tratar de um documento elaborado previamente, com o intuito de estabelecer diretrizes sobre intervenções médicas supervenientes (GODINHO, 2016, p. 139).

Para Godinho (2016, p. 139), ainda que essa omissão legislativa se sustente, a criação de normas especialmente elaboradas para reger o testamento vital é de suma importância para pôr fim de vez as possíveis incertezas acerca do tema e também firmar condições para o reconhecimento da sua validade. Segundo ele:

> A admissibilidade do testamento vital e o reconhecimento da sua validade e eficácia apresentam a conveniência de eliminar eventuais conflitos entre os parentes e mesmo entre o consentimento destes e a verdadeira intenção do paciente. (GODINHO, 2016, p. 139).

O testamento vital tem como fundamento o respeito à autonomia do paciente e o seu direito de tomar suas decisões sobre os procedimentos médicos que mexam com a sua integridade corporal e saúde (LIPPMAN, 2013, p. 19).

Essa modalidade tradicional de diretiva antecipada condiz com o modelo de autonomia de Beauchamp e Childress denominado “modelo da pura autonomia” já que “ele se aplica exclusivamente a pacientes que já foram autônomos e que expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 196).

Esse modelo torna os compromissos gerais do princípio do respeito à autonomia mais específicos”. E continua: “é possível respeitar as decisões autônomas prévias de pessoas que são agora incapazes, mas que tomaram decisões referentes a si mesmas quando eram ainda capazes” (BEAUCHMAP; CHILDRESS, 2002, p. 196).

Corroborando com o que foi dito, no momento em que o indivíduo está produzindo o testamento vital, além de gozar plenamente de suas faculdades, também não se encontra na iminência de tomar uma decisão sobre seu estado de saúde, fato que o fará ter mais cautela ao analisar com calma o que pretende dispor nesse documento.

Quanto ao conteúdo, ensina Dadalto (2015, p. 99) que são três pontos fundamentais: os aspectos relativos ao tratamento médico, como a SET (Suspensão de Esforço Terapêutico); a manifestação antecipada se deseja ou não ser informado sobre diagnósticos fatais; a não utilização de máquinas e previsões relativas a intervenções médicas que não deseja receber.

O efeito que o testamento vital produz é erga omnes – vale para todos – abrangendo assim os parentes do paciente, médicos, profissionais de saúde e o eventual procurador. Mas esse documento não é ilimitado, pois deverá seguir as disposições do ordenamento jurídico em vigor que estiver disposto.

Dadalto (2015, p. 100) traz os limites que a doutrina aponta para esse documento: a) a objeção de consciência do médico, b) a proibição de disposições que são contrárias ao ordenamento jurídico e c) as disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela Medicina.

Ou seja, um exemplo dessa limitação é a utilização da eutanásia em solo brasileiro que não pode ser feita, já que é uma disposição contrária ao que dispõe este ordenamento e também é limitado pelo direito médico previsto no Código de Ética Médica.

2 DISTINÇÃO DOS INSTITUTOS

Diante do que foi exposto, passa-se a importante diferenciação das figuras Eutanásia, Ortotanásia, Distanásia e do Suicídio Assistido. Há uma grande relevância em elucidar esses institutos, pois o objetivo é compreender cada um desses fenômenos e entender suas diferenças, a fim de verificar quais, entre eles, podem figurar em um testamento vital.

2.1 Eutanásia

Na sua origem, à eutanásia não foi atribuído o sentido de intrometer-se no processo de morrer, causando a diminuição da vida humana, pelo contrário, ela tinha o objetivo de permitir que a morte ocorresse de forma menos dolorosa possível (BORGES, 2001, p. 285).

Atualmente a eutanásia corresponde a um sentido mais restrito, é a conduta pela qual abrevia-se a vida de uma pessoa que esteja em uma situação de sofrimento físico ou mental, mas que não irá morrer da doença que possui.

Essa medida presumirá sempre uma ação ou omissão que tem como objetivo o encurtamento de uma vida humana, tendo como motivação os sentimentos de compaixão, piedade.

Nesta perspectiva, Sá define:

> A eutanásia propriamente dita é a promoção do óbito. É a conduta, através da ação ou da omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida (SÁ, 2005, p. 39).

Alguns autores limitam a utilização da eutanásia à conduta médica, conforme Barroso e Martel:

> O termo eutanásia foi utilizado ao longo do tempo, de forma genérica e ampla, abrangendo condutas comissivas e omissivas em pacientes que se encontravam em situações muito dessemelhantes. Atualmente, o conceito é confinado a uma acepção bastante estreita, que compreende apenas a forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em curto lapso de tempo. Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível ou incurável, consoante a padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 24).

Ou seja, nessa prática que descreve uma ação ou omissão médica e tem intuito abreviar a vida do paciente, não se trata de deixar a morte acontecer por ela mesma, mas de promovê-la ativamente, não por vontade de matar o indivíduo, mas apenas levado a cometer pela empatia diante da situação de agonia que se encontra esse indivíduo.

A doutrina indica duas espécies, são elas: a ativa, causada pela ação de um terceiro; e a passiva, ocasionada pela omissão de um terceiro. Segundo Godinho (2016, p. 38-39), a eutanásia ativa não significa negar os tratamentos médicos ou escolher algumas intervenções médicas ao invés de outras, mas,

> Trata-se de uma conduta que enfoca diretamente a supressão da própria existência de um indivíduo, ainda que se encontre em um contexto de padecimento de doença grave e incurável que provoque sofrimentos considerados insuportáveis pelo paciente (GODINHO, 2016, p. 38).

Já a eutanásia passiva é o ato intencional que deixa de ministrar os tratamentos médicos que são úteis e proporcionais ao prolongamento da vida do paciente.

No que diz respeito à eutanásia ativa, esse conceito pode subdividir-se em dois: a eutanásia ativa direta e a eutanásia ativa indireta. A primeira, é descrita como sendo aquela que abrevia a vida do paciente por meio de ações positivas, já a segunda, é a prática que usa substâncias farmacêuticas com a finalidade de aliviar a o sofrimento do paciente e não a morte imediata desse, mas essa atitude acaba fazendo-o morrer.

É de suma importância estabelecer que a eutanásia e o testamento vital são institutos diferentes: a eutanásia, nomeadamente a passiva, fixa-se a partir da cessação de tratamentos necessários ao paciente; já o testamento vital indica a possibilidade de escolha pela remoção dos tratamentos considerados fúteis, desnecessários, de tal forma que a SET dá a oportunidade ao seguimento natural da morte, tentando humanizar o fim da vida.

A partir disso, entende-se que no testamento vital não pode haver a previsão da eutanásia em troca do SET, pois são situação distintas.

A eutanásia é uma medida não permitida no ordenamento jurídico pátrio, esse instituto é considerado crime, indicando o ilícito penal de várias formas. Essa prática não está expressamente disposta nas normas do Código Penal Brasileiro, mas adota-se a tipificação prevista no seu artigo 121 (BRASIL, 1940).

Por consequência, não há possibilidade de haver, nas disposições de um testamento vital, a solicitação de um paciente terminal para a prática da eutanásia.

2.2 Ortotanásia

A ortotanásia é a expressão usada quando se fala em morte natural, eliminando métodos extraordinários de suporte de vida e qualquer tratamento desproporcional frente a premência da morte. Conforme conceitua Pessine:

> É a síntese ética entre o morrer com dignidade e o respeito à vida humana, que se caracteriza pela negação da eutanásia (abreviação da vida) e da distanásia (prolongamento da agonia e do processo de morrer). A ortotanásia permite ao doente que se encontra diante da morte iminente e inevitável bem como aqueles que estão ao seu redor – sejam familiares, sejam amigos, sejam profissionais de saúde - enfrentar com naturalidade a realidade dos fatos, encarando o fim da vida não como uma doença para qual se deva achar a cura a todo custo, mas sim como condição que faz parte do seu ciclo natural (PESSINE, 2008, p. 179).

Essa medida propõe, nesse sentido, assegurar ao paciente uma boa morte, sem sofrimento, prolongamento ou encurtamento desnecessário da vida.

Dadalto diz que "a ortotanásia se concretiza com a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário, ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente." (DADALTO, 2015, p. 52).

É comum a confusão entre a ortotanásia e a eutanásia passiva, mas a diferenciação desses dois institutos é essencial, segundo a conceituação de Dadalto:

> [...] a eutanásia passiva não é sinônimo de ortotanásia, pois enquanto na primeira se abstém de realizar os tratamentos ordinários mais conhecidos pela Medicina como cuidados paliativos, na segunda se abstém de realizar tratamentos extraordinários (fúteis), suspendendo os esforços terapêuticos (DADALTO, 2015, p. 56).

Neste sentido, também caminha o entendimento de Santoro:

> A dúvida é válida porque os dois comportamentos convergem no sentido também de um agir do médico por compaixão ao próximo, propiciando uma morte sem dor ou sofrimento através da omissão na prestação ou na continuidade do tratamento. Entretanto, as condutas divergem na questão fundamental, que é o início do processo mortal. Enquanto na ortotanásia a causa do evento morte já se iniciou, na eutanásia passiva esta omissão é que será a causa do resultado, ou seja, é a conduta omissiva do médico, ou de terceiro, que será a causa do evento morte (SANTORO, 2010).

A ortotanásia é uma medida que se localiza entre a eutanásia e a distanásia. A primeira não é espécie da segunda e por isso não reflete no adiantamento da morte. E nem se aproxima da terceira, pois esta é o ato de retardar o fim da vida.

É no instituto da ortotanásia que surge a expressão “direito à morte digna”, por isso pode-se dizer que ele tem uma maior aceitação jurídica. Assim como Raposo (2011, p. 192) explicita, não se entende como uma colaboração com a morte, mas apenas a aceitação do poder limitado da ciência e do ser humano.

Em países como o Brasil, no qual a eutanásia é proibida, o instrumento utilizado pelo enfermo terminal para dispor as suas vontades é o testamento vital. E essas vontades só podem estar ligadas à prática da ortotanásia.

Nos casos em que o tratamento não prolonga a vida de maneira minimamente digna, levando em conta que a morte é inevitável, se torna oportuno o exercício do direito à morte digna pelo enfermo terminal.

2.3 Distanásia

É a prática pela qual se prolonga ao máximo a vida humana. A distanásia para Raposo é:

> A distanásia consiste no prolongamento artificial do processo de morte, muitas vezes implicando sofrimento para o paciente, ainda que sabendo que no estado atual da ciência não é possível a sua cura ou sequer a melhoria do seu estado de saúde. A isto se chama obstinação terapêutica. Tem sido fomentada pelos constantes avanços tecnológicos. Não é hoje incomum que o corpo humano permaneça anos a fio ligado a uma máquina que lhe mantém artificialmente as funções vitais (RAPOSO, 2011, p. 191).

A família e os médicos tentam manter o convalescente vivo utilizando todos os esforços e as medidas possíveis. Segundo Barroso e Martel:

> Por distanásia compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso se signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável. Em outras palavras, é um prolongamento artificial da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação da saúde segundo o estado da arte da ciência da saúde, mediante conduta na qual não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 25).

Essa medida, conhecida mundialmente como encarniçamento terapêutico, equivale a uma conduta médica ruim, pois se trata de uma prática baseada em sobrecarregar de forma constante o paciente com atos médicos que não o deixam morrer naturalmente, prolongando de forma inaceitável cada minuto da vida deste, sem nenhuma preocupação com

a qualidade deste tratamento. São atuações consideradas desproporcionadas ao estado de saúde do doente, em que não será usufruído nenhum benefício (SANTOS, 2011, p. 56-57).

A distanásia fica veementemente afastada do ordenamento jurídico brasileiro por caracterizar uma prática que desumaniza o processo de morte dos pacientes terminais, na medida em que realiza o prolongamento excessivo da vida atuando com uma medida desproporcionada e inadequada à situação real do paciente.

Esse tratamento, por conseguinte, é objeto de rejeição expressa no testamento vital. A suspensão desses tratamentos é denominada pela doutrina de Suspensão de Esforço Terapêutico (SET).

2.4 Suicídio assistido

O suicídio assistido é resultante da própria ação do paciente que, com a ajuda de terceiros, promove o resultado morte. Barroso e Martel:

> Suicídio assistido designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação, as duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 27).

O resultado do suicídio assistido e o da eutanásia é o mesmo, uma morte sem dor e seguida a manifestação prévia de consentimento do paciente. O primeiro distingue-se do segundo pelo fato de que no suicídio a morte é consequência da própria ação do enfermo auxiliado por um terceiro.

A Associação Médica Mundial (AMM) em uma declaração no ano de 2005, compreende que os médicos não podem auxiliar seus pacientes quando estes quiserem pôr um fim em suas vidas:

> O suicídio assistido com ajuda médica, assim como a eutanásia, é contrário à ética e deve ser condenado pela profissão médica. Quando o médico intencionalmente e deliberadamente ajudar a pessoa a colocar um fim em sua vida, então o médico está atuando de forma antiética. No entanto, o direito de recusar tratamento médico é um direito básico do paciente e o médico atua eticamente, incluindo aí a hipótese de que, ao se respeitar esse desejo, o paciente venha a óbito (FRANÇA, 2015).

Dessa maneira entende-se que quem ceifa a vida é o próprio paciente, apesar de ter recebido ajuda para obter o que deseja. Assim, a ação que gera a morte é praticada pelo paciente (DADALTO, 2015, p. 53).

Finda-se, portanto demonstrando que esta é a maior diferença entres esses dois institutos, a eutanásia e o suicídio assistido, pois a primeira pressupõe a conduta de um terceiro, de modo especial, um médico, enquanto no segundo o próprio paciente põe fim à própria vida, ainda que se utilize da assistência de um terceiro.

3 TESTAMENTO VITAL E SUA EFICÁCIA JURÍDICA

Analisando o que fora dito no presente trabalho, resta averiguar a possibilidade de incorporação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Mas, antes disso, cabe comentar brevemente acerca da autonomia privada, como ela é expressão da dignidade humana, assim como a morte digna como um direito fundamental. Verificando o consentimento livre esclarecido na relação médico-paciente e como sucedeu a experiência do testamento vital em outros países, como Estados Unidos, Espanha, entre outros.

Ao final, se demonstrará que o testamento vital é um modelo de concessão de autonomia do paciente, que essa espécie de diretiva antecipada, de maneira geral, tem em seu conteúdo premissas que irão aceitar ou não determinados tratamentos médicos, e também que não são contrárias ao ordenamento pátrio. Comprovando, dessa forma, que a sua aplicação no território brasileiro é viável e pode ser válida.

3.1 O princípio da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da Autonomia da Vontade decorre da interferência mínima do Estado na vida do indivíduo. Essa pequena interferência estatal contribuiu para a prática de negócios jurídicos entre os particulares, onde tinham liberdade para escolher com quem gostariam de negociar e quais as disposições teriam em seus negócios. Partia-se da premissa de que todos eram autônomos, se autorregulavam e o Estado não tinha de protegê-los.

Não obstante, com o fim da segunda Guerra Mundial e o crescimento da industrialização, verificou-se o aumento da intervenção estatal na esfera privada, com o objetivo de realizar a justiça material, de tal maneira que as relações individuais passaram a ser comandadas por princípios como, por exemplo, a função social.

Dessa maneira o princípio da Autonomia da Vontade passou a ser precedido pelo princípio da Autonomia Privada.

> Na realidade, não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma releitura desse princípio, em face das mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos, que conduziram a uma modificação na análise dos principais institutos e princípios do Direito Civil (FARIA; NAVES, 2007, p. 60-61).

Após os anos terríveis vividos nas guerras mundiais, o mundo passou a tratar o ser humano com mais valor, diversos ordenamentos jurídicos começaram a considerar a pessoa

humana como peça central. O Brasil não foi exceção e sua Constituição Federal de 1988 apresentou o princípio da Dignidade Humana como centro de suas normas.

O artigo 1º, inciso III, da CRFB de 1988 dispõe sobre o princípio da dignidade humana e nele traz as orientações quanto a interpretação e aplicação dos demais dispositivos do ordenamento brasileiro, confirmando, dessa forma, que está no centro de todo o ordenamento.

Iniciou-se a valorização do ser humano, o princípio da autonomia ultrapassou seus limites e deixou de ser apenas aplicado na área patrimonial, passou a lançar seus efeitos também no campo existencial. Intensificou-se o sujeito de direito e deu aos indivíduos o poder de se autodeterminarem. O princípio da dignidade humana trouxe ao indivíduo o poder de protagonizar sua própria vida.

A nomenclatura "autonomia da vontade" foi sendo ao longo do tempo substituída pela "autonomia privada" e, nos dias de hoje, sob o amparo do Estado Democrático de Direito, tem uma maior aceitação, motivo pelo qual o termo é usado no presente estudo.

Para Dadalto, a autonomia significa o poder que o indivíduo possui de estabelecer para si, e não por uma imposição externa, as regras da sua própria conduta. (DADALTO, 2015, p. 8).

Berti e Carvalho escrevem que:

> A autonomia é "uma característica eminentemente humana, a de ser dotado de livre arbítrio, pois o homem, à diferença dos outros seres, não fica preso a um agir instintivo, conforme as leis comportamentais ditadas pela natureza, senão que define o desenvolvimento de seu ser" (BERTI; CARVALHO, 2014, p. 24).

Ao falar de autonomia privada trata-se também de falar de um princípio fundamental brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana. Não é possível separar esses dois princípios, já que, o segundo garante a todas as pessoas uma existência digna, é uma qualidade inerente aos indivíduos e não pode ser renunciado.

A autonomia privada não deve ser apreciada apartada do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, para Farias.

> O princípio da dignidade humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade a mantença de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual (FARIAS, 2000, p. 63).

A garantia e a realização dos indivíduos estão depositadas na liberdade fundamental expressa na Constituição Federal de 1988. A autonomia privada, como um exercício da liberdade, cria um instrumento de expressão e de concretização da dignidade humana. A liberdade designa autonomia, como também a inexistência de pressões, coações externas e de vínculos que interfiram na vida das pessoas, nos seus desejos e vontades.

Dessa maneira, a autonomia privada de um indivíduo precisa ser levada em consideração, principalmente para que se tenha certeza de que a feitura de um testamento vital e as disposições contidas nele, em relação aos tratamentos médicos que o autor deseja ou não, serão respeitadas integralmente.

Um ponto importante a ser discutindo nesse trabalho é a autonomia do paciente terminal. A autonomia privada garante que as pessoas alcancem seus interesses, estando esses em conformidade com os princípios que regulam o Estado democrático de direito. O direito à autonomia do paciente terminal é fundamental para asseverar as suas decisões sobre a vida em harmonia com o que regulam as normas democráticas.

Assim sendo, a autonomia do convalescente terminal é defendida a fim de proteger o direito inerente a ele de dispor e manifestar-se antecipadamente sobre quais tratamentos deseja ou não se submeter, em consonância com o exposto no primeiro capítulo desse trabalho, tudo isso baseado no consentimento informado, que será brevemente explanado posteriormente (DADALTO, 2015, p. 64).

3.2 A morte digna como direito fundamental

O direito à vida é um dos principais direitos tutelados pela Constituição de 1988, dado a qualquer pessoa. Embora o direito à vida seja uma prerrogativa incontestável, deve-se analisar que nenhum bem jurídico é absoluto, nem se quer a vida, na proporção que esse bem pertence ao ser humano e reconhecer a sua finitude é essencial. A partir dessa proposição busca-se verificar com cautela o direito à vida e à morte digna.

O direito à vida deve ser percebido juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. “se a vida é um pressuposto fundamental, premissa maior, a dignidade se absolutiza em razão de uma vida que somente é significativa, se digna” (FABRIZ, 2003, p. 276).

A dignidade humana é alicerce da vida digna, assim como da morte digna, posto que o momento da morte é o último estágio da vida, sendo o mais delicado para a humanidade.

Com tal característica, assim que a vida não for mais digna de ser vivida, aparece o direito à autonomia, possibilitando aos que desejarem, a exemplo os enfermos terminais, a garantia de decidirem o que é melhor para si. É possível discorrer que a manifestação da autonomia privada nas situações de fim da vida está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e ao que for decidido no processo de morrer.

Assim sendo a autonomia privada como manifestação do princípio da dignidade humana, o indivíduo tem a capacidade de definir como se dará a sua morte. Ao se defender o direito a uma morrer dignamente, não quer dizer que esteja sustentando algum tratamento que cause a morte, todavia se pretende reconhecer a liberdade e autodeterminação do paciente.

A discussão do "direito de morrer" se efetiva na análise dos institutos da eutanásia, distanásia, ortotanásia e do suicídio assistido, já clarificadas as distinções entre eles no capítulo anterior desse trabalho. Fundamentada na apreciação da ortotanásia é analisada a morte digna, já que esse instituto visa garantir ao paciente uma morte digna, sem qualquer interferência de encurtamento ou prolongamento supérfluo da vida.

Na ortotanásia, não são apoiados tratamentos fúteis, que apenas visem a quantidade de vida do enfermo, sem levar em conta a sua qualidade de vida em prejuízo de sua dignidade, mas sim a atenção e o cuidado frente à morte.

Tratar a vida com a certeza de que a medicalização irá salvá-la a qualquer custo, mesmo quando já se tem um diagnóstico terminal, está transformando a morte em um processo lento, muito mais longo, repleto de tratamentos fúteis, sofrimento e dor. É por isso que cada vez mais defende-se que o paciente tem que realizar a sua autonomia, fazendo com que esse processo de terminalidade da vida se torne mais valoroso.

> Buscando refletir sobre a situação do paciente terminal que deseja ter um final de vida mais sereno, sem padecer atrelado a aparelhos ou submetendo-se a tratamentos penosos e muitas vezes ainda tecnicamente ineficazes para o seu quadro clínico, podemos perceber que uma vida terminal feita de dor e sofrimento não pode ser imposta: ela poderá estar agredindo sobremaneira as convicções e crenças mais caras àquele que está morrendo, seus direitos à integridade, à dignidade e à autonomia (MOLLER, 2012, p. 145).

Deste modo, o direito à morte digna significa o "direito do paciente de não se submeter ao tratamento ou de interrompê-lo, é consequência da garantia constitucional de sua liberdade, de sua autonomia jurídica, da inviolabilidade de sua vida privada e intimidade". (BORGES, 2005).

Logo, não está se discutindo nesse trabalho o direito à morte. Ao demonstrar a existência de um direito a uma morte digna está se resguardando a garantia da dignidade,

integridade e autonomia dos pacientes terminais que não mais tem possibilidade de cura independentemente do tratamento médico que lhe for empregado.

O estudo da validade do testamento vital no conjunto de normas brasileiras defende a morte digna como um direito fundamental, que deverá ser respeitado e não deve ser ignorada pela proteção jurídica, como também deve ser analisado à luz dos princípios da dignidade humana e da liberdade, o que não tem nada a ver com o debate acerca da legalidade ou não dos institutos que ensejam a terminalidade da vida como eutanásia e suicídio assistido.

3.3 Consentimento livre e esclarecido e a relação médico-paciente

No âmbito do direito médico, o consentimento informado é o meio eficiente para assegurar o pleno respeito à autonomia do paciente (DADALTO, 2015, p. 57).

O Dicionário Houaiss (2001) aponta quatro significados para a palavra consentimento:

1. Manifestação favorável a que (alguém) faça (algo); permissão, licença;
2. Manifestação de que se aprova (algo); anuência, aquiescência, concordância;
3. Tolerância, condescendência;
4. Uniformidade de opiniões, concordância de declaração, acordo de vontade das partes para se alcançar um objetivo em comum.

O consentimento livre e esclarecido, de maneira geral, segundo Dadalto (2015, p. 59), é a expressão da manifestação da vontade do indivíduo, ou seja, é a autonomia do paciente.

Dessa forma, pode-se afirmar que o conceito de consentimento livre e esclarecido está inteiramente ligado ao conceito de autonomia, já que a autonomia deduz uma vontade independente.

A autonomia infere o conhecimento das informações a que o enfermo tem direito, pressupondo que o paciente deverá saber tudo o que diz respeito a sua saúde e ao meios que são capazes de assessorá-la no momento de decidir de forma livre e autossuficiente, longe de qualquer influência externa.

Essa deve ser a condição indispensável da relação médico-paciente. Quando se omite essas informações pertinentes ao momento de decisão, estará se restringindo a autonomia do paciente.

O consentimento livre e esclarecido advém do consentimento informado. Para Callegari e Oliveira:

> O consentimento informado, ou como denominado no Brasil, consentimento livre e esclarecido, compreende a aprovação expressa ou tácita do paciente quanto a permitir ou participar de determinado procedimento diagnóstico ou terapêutico (CALLEGARI; OLIVEIRA, 2010, p. 363).

E Ruger diz-se que:

> A finalidade maior do consentimento informado é a concretização (ou não) de um acordo sobre o escopo, as finalidades e os limites da atuação médica. Além disso, consiste no único meio possível de definir, num caso concreto e unicamente aplicável a esse, aquilo que possa ser considerado como "bom" para o interessado (RUGER, 2007, p. 160).

O artigo 5º, XIV da Constituição Federal, dispõe sobre o direito à informação: "XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Neste estudo, conforme dito a cima é relevante entender esse dispositivo quanto à informação médica, no dever que o médico possui de comunicar ao paciente quais os tratamentos lhe serão ofertados.

O artigo 14, §4º, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe sobre a relação médico-paciente, que é uma relação consumerista e por isso o direito à informação do enfermo abriga-se também no artigo 6º, inciso III, do referido diploma legal:

> Artigo 6º: São direitos básicos do consumidor
> [...]
> III- a informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem
> [...]

O Código de Ética Médica, em seu artigo 34, evidencia o dever do médico a prestar informações aos seus pacientes a respeito dos tratamentos que serão submetidos.

> Artigo. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Importante ressaltar que não adianta apenas o enfermo ter o conhecimento da informação, é preciso que a informação tenha sido passada corretamente e compreendia verdadeiramente, possibilitando ao paciente a tomada das suas decisões livres de agentes externos.

Dessa maneira, a doutrina contemporânea achou mais conveniente substituir a utilização do “consentimento informado” pelo “consentimento livre e esclarecido”, já que o ato dar o consentir deve ser de forma livre, afastada de qualquer fator externo que venha a influenciar e viciar a decisão do paciente (DADALTO, 2015, p. 58-66).

Por fim, Sánchez traz a aproximação do consentimento livre esclarecido na relação médico-paciente do testamento vital. Para a autora, o resultado desses dois documentos é a aceitação ou oposição ao tratamento ofertado, não obstante é necessário esclarecer que os instrumentos são diferentes (SÁNCHEZ, 2003).

A autora complementa discorrendo sobre o consentimento livre e esclarecido na relação médico-paciente ser resultante da conversão do paciente em sujeito ativo, sendo capaz de determinar sobre as questões que interferirão diretamente em sua vida.

O enfermo, dessa forma, deve ter o conhecimento adequado de sua situação, ser corretamente informado assim como conceder seu consentimento previamente ante a alguma intervenção.

3.4 Testamento Vital e sua experiência estrangeira

No Brasil são poucas as discussões acerca do testamento vital, ainda estão apenas se iniciando os estudos e ainda não se tem uma legislação específica, não obstante, em vários países a realidade é bem diferente e em muitos já vigoram em seus ordenamentos as diretivas antecipadas, em especial, sua espécie primordial, o objeto desse estudo, o testamento vital.

Antes de averiguar a possibilidade de incorporação desse instituto no ordenamento pátrio, serão tratados nesse ponto alguns exemplos alienígenas com o intuito de entender como o mesmo vem sendo tratado nos mais diferentes países, como Estados Unidos, países da América Latina, a exemplo a Argentina, e países da Europa, como Portugal e Espanha.

A experiência norte-americana, se deu com, em concordância com o que já foi exposto no primeiro capítulo desse trabalho, o living will (testamento vital), que foi instituído no final da década de 1960, obtendo reconhecimento legal e ocasionando sanções aos médicos caso estes não cumprissem a vontade expressa do convalescente. Na Califórnia foi editada a primeira legislação, o Natural Death Act, que garantia ao indivíduo o direito de recusar ou suspender algum tratamento médico e também protegia os profissionais da saúde de um processo judicial que viessem a responder por respeitar a vontade do paciente (DADALTO, 2015, p. 109).

Após a aprovação desta lei, outras surgiram, como o *Guidelines and Directive*, que envolvia algumas orientações como forma de auxiliar o outorgante a instruir seu médico a respeito do uso dos métodos artificiais que prolongam a vida (DADALTO, 2015, p. 109).

A Califórnia também foi a primeira a editar uma lei sobre o mandato duradouro, o *California´s Durable Power of Attorney for Health Care Act*. Com o reconhecimento dessas leis californianas, outros Estados americanos aprovaram leis regulamentando o *durable power of attorney for health care e o living will*.

Conforme foi dito anteriormente, no ano de 1991, os Estados Unidos regulamentaram a Patient Self- Determination Act (PSDA), que é a primeira lei federal americana a legitimar o direito à autodeterminação dos pacientes. O caso Nancy Cruzan foi essencial para que essa lei fosse instaurada devido principalmente ao clamor social que provocou naquela época (ESTADOS UNIDOS, 1989).

A PSDA, apesar de ser uma lei federal, é apenas uma orientação pois os Estados norte-americanos possuem suas próprias legislações acerca do *living will*.

Como os norte-americanos foram os primeiros a validar o testamento vital, analisar a experiência que tiveram é de fundamental importância, pois as opiniões acerca do tema estão solidificadas e dão aos constituintes brasileiros a percepção das vantagens e desvantagens que esse instituto possui.

Para Dadalto:

> Caso o testamento vital seja positivado no Brasil, o processo deve ser amparado por uma lei federal. Ademais, a sociedade americana em muito se difere da brasileira, razão pela qual o estudo do testamento vital nos Estados Unidos é um norte, mas este documento não pode ser visto como um modelo a ser seguido literalmente (DADALTO, 2015, p. 115)

Isto posto, o Brasil deve analisar a experiência norte-americana a fim de entender mais sobre a matéria, mas reconhece-se que os dois países tem distinções quanto ao sistema de leis e o instituto não seria utilizado de maneira igual. O Brasil possui um poder normativo centralizado e os Estados Unidos apesar de possuírem uma lei federal versando sobre o tema, têm um poder descentralização que gera diferentes leis entre os seus Estados, causando divergências a respeito do tema.

Restando afirmar que no Brasil, a regulamentação não enfrentaria tal problema estadunidense, pois se uma lei federal for regulamentada valerá para todo o país. Não obstante, essa ponderação não deslegitima o PSDA, considerando a sua relevância na matéria.

Na experiência espanhola a manifestação de vontade do paciente está regulamentada pela Lei nº41 de 2002 e é considerada um importante progresso no que diz respeito às relações médico paciente (ESPANHA, 2014).

No artigo 1º desse diploma explica-se que:

> A presente lei tem como objetivo a regulamentação dos direitos e obrigações dos pacientes, usuários, e profissionais, bem como dos centros e serviços médicos, públicos e privados, em matéria autonomia do paciente e da informação e documentação clínica (ESPANHA, 2014).

O testamento vital na Espanha é chamado *instrucciones previas*, que foi tratada pela primeira vez pela Lei Catalã nº 21/2000, artigo 8º. A primeira norma a dispor especificamente sobre o testamento vital foi o Convênio de Oviedo e a primeira lei estatal a cuidar desse tema foi a Lei nº41 de 2002.

Segundo Dadalto algumas diferenças foram notadas após a instituição das *instrucciones previas* em algumas comunidades autônomas do país. São elas:

> a)nomenclatura: a maioria denomina este documento de "vontade antecipada", apenas cinco das dezesseis comunidades autônomas que possuem lei sobre o tema utilizam a expressão "instruções prévias"; b) apenas as comunidades da Andaluzia, Valencia e Navarra reconhecem ao menor de idade o direito de realizar instruções prévias; c) apenas a lei de Navarra aponta diferenças entre o testamento vital e as vontades antecipadas; apenas a lei de Madrid diferencia as instruções prévias do mandato duradouro; d) todas preveem que as instruções prévias devem ter forma escrita e devem ser incorporadas ao histórico clínico do paciente; e) em todas as legislações está prevista a figura do representante/ procurador, a única diferença é que em algumas comunidades está prevista a necessidade de nomear vários representantes; f) a maioria das comunidades autônomas reconhece a possibilidade do outorgante dispor acerca da doação de órgãos e do destino de seu corpo após o falecimento (DADALTO, 2015, p. 123-124).

De maneira geral, as instruções prévias espanholas (são o mesmo que testamento vital) deverão ser escritas e registradas em cartório, ter em seu conteúdo as instruções à equipe médica sobre a vontade de não ser aplicado o prolongamento artificial da vida e os tratamentos extraordinários, como também suspender qualquer esforço terapêutico e o uso de remédios que diminuam a dor.

Essas instruções serão colocadas no histórico do paciente e a sua revogação pode se dá a qualquer tempo pelo seu autor, enquanto ainda possuir capacidade para tal, e as disposições que forem contra ao ordenamento jurídico espanhol e que são contrárias aos desejos de seu autor não são consideradas.

Na redação expressa da lei percebe-se o cuidado com a dignidade da pessoa humana e com a autonomia da vontade do paciente. E dentre os objetivos basilares desse

instrumento estão a garantia para que o paciente tenha a possibilidade de decidir livremente, após terem sido esclarecidas todas as opções que lhe cabiam, quais sejam: os tratamentos terapêuticos que deseja se submeter como também a vinculação de sua vontade à vontade dos médicos.

Reforça-se a força de instrumento nesse país:

> Interessante notar a força vinculante de tal instrumento, pois está expresso no decreto acima mencionado que, independentemente da comunidade autônoma a que pertença o outorgante, a instrução prévia deve ser conhecida e seguida, no momento oportuno, pelos profissionais de saúde que prestarem atendimento ao outorgante (DADALTO, 2015, p. 130).

Diante do exposto, é perceptível que na Espanha o testamento vital está bastante avançado, porém ainda não é pacificado em todo país, contudo ressalta-se a importância de analisar essa experiência a fim de contribuir para a instituição de uma lei específica brasileira.

Quanto à experiência do testamento vital em Portugal, ressalta-se que no ano de 2012, a lei nº 25 instituiu as diretivas antecipadas de vontade, designadamente na forma do testamento vital e criou o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV).

Criou-se o RENTEV com o objetivo de registrar, recepcionar, organizar as informações e documentações referidas às diretivas antecipadas. Esse registro atua em âmbito nacional e o testamento vital que fará parte de seu banco de dados deverá ser feito de forma escrita e na presença de um funcionário do RENTEV.

Propiciando aos médicos um local onde ele poderá acessar esse banco de dados para anexar todas as informações pertinentes aos prontuários de seus pacientes, caso esses não possuam a capacidade para manifestar sua vontade relativa aos tratamentos que anseia ou não receber.

Corroborando com o que foi dito, a Lei portuguesa nº 25/2012 em seu artigo 1º trata de seu objeto:

> A presente lei estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV) (PORTUGAL, 2012).

E no seu artigo 2º, 1, dispõe acerca da definição e conteúdo desse instituto:

> As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou

> inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (PORTUGAL, 2012).

Em linhas gerais, o este instrumento é bastante consolidado na lei portuguesa, que avançou bastante quando gerou o RENTEV. Esse diploma legal assegura a autonomia do paciente e trata das diretivas antecipadas de vontade como gênero, e em seu artigo 11 traz a figura do mandato duradouro e do procurador de cuidados de saúde, abrangendo suas duas espécies.

Dadalto enfatiza que as discussões portuguesas são importantes para o contexto brasileiro, não tanto pelo conteúdo de suas disposições, pois seguem a mesma corrente norte-americana e espanhola antes já expostas, mas pela proximidade histórica, secular e geográfica que tem com Portugal (DADALTO, 2015, p. 134-135).

A experiência sul- australiana surgiu no ano de 1995, quando a Austrália do Sul legalizou o Ato para Consentimento para Tratamento Médico e Cuidados Paliativos, essa norma geral dispõe acerca dos direitos dos pacientes e na sua segunda parte trata das diretivas antecipadas, chamada Consentimento para tratamentos médicos.

De forma resumida, esse dispositivo define genericamente qual será a pessoa competente para tomar as próprias decisões sobre seus tratamentos, a faixa etária defendida é de 16 anos completos; que a não aceitação de algum tratamento por intermédio do testamento vital, podendo ser incluída a recusa a tratamento em caso terminal e EVP, deverá ser feita por maiores de 18 anos; leva em consideração a opinião das crianças, quando se trata de tratamento nas mesmas; nas situações de tratamentos médicos em casos de emergência, os médicos podem utilizar de todos os recursos possíveis para salvar a vida do enfermo que seja incapaz ou esteja inconsciente, caso este não tenha expressado sua vontade ou não possuir um procurador de saúde e também dispõe acerca das formalidades do registro das DAV, foi elaborado um Registro Nacional que possibilita o acesso do outorgante, do procurador e do médico, conforme Dadalto coloca em sua obra (DADALTO, 2015, p. 116-117).

A bagagem australiana no tocante ao testamento vital é bastante válida, pois é contém bastante detalhes e podem contribuir de maneira significativa para o estudo do tema. Nesse sentido Dadalto expõe:

> Esta lei é muito detalhada e a experiência australiana pode contribuir, em muito, para o estudo do tema, especialmente porque trabalha temas poucos comuns, como os tratamentos médicos de emergência e os tratamentos médicos em crianças. Possui ainda uma seção 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. Entretanto, 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 (DADALTO, 2015, p. 117).

Apesar de ser uma lei bastante detalhada, há uma ausência de doutrina sobre a mesma, fato que atrapalha o estudo mais aprofundado e a apuração de como vem se desenvolvendo a sua aplicação, mas mesmo assim não afasta a importância do documento.

Na América Latina, a experiência do testamento vital não vem sendo muito discutida na doutrina jurídica, a não ser por um único país, Porto Rico, que aprovou a Lei nº 160 de 2001 que dispôs:

> Artigo 3 - Qualquer pessoa com idade legal e no pleno gozo de suas faculdades mentais pode declarar sua disposição e, a qualquer momento, ser submetido ou não a algum tratamento médico em caso de ser vítima de qualquer condição de saúde ou condição terminal crescimento vegetativo que não permite que ele se expresse durante o tempo em que esse tratamento médico deve ou não, de acordo com sua vontade, ser administrado. Essa declaração pode incluir a designação de um representante que toma decisões sobre aceitação ou rejeição de tratamento no caso de o declarante não se comunicar por conta própria. O declarante não nomeia um representante, o próximo parente, de acordo com a ordem do sucessor estabelecida no Código Civil de Porto Rico, conforme alterada, sendo o primeiro grau o cônjuge do declarante. Nenhum declarante pode, no entanto, proibir que, nesse caso, os recursos médicos disponíveis para aliviar sua dor sejam administrados, ou sejam hidratados e nutridos, a menos que a morte já seja iminente e/ ou o organismo não possa mais absorver alimentos e hidratação fornecida (PORTO RICO, 2001).

De maneira geral, esse dispositivo reconheceu o direito de todos os indivíduos maiores de idade, que estejam gozando de inteira capacidade mental, a declarar antecipadamente sua vontade ante a tratamentos terapêuticos que venham a necessitar caso seja acometido por uma doença terminal ou um EVP (estado vegetativo) persistente.

A Argentina e o Uruguai regulamentaram a matéria no ano de 2009. No país argentino, foi regulamentada a Lei nº 26.529 e no país uruguaio vigorou a Lei nº 18.473. Apesar de terem avançado muito ao reconhecer as diretivas antecipadas de vontade em lei federal, essa norma não pode ser considerada uma verdadeira DAV, pois a mesma não detalha as disposições sobre o tema.

Dadalto leciona:

> Na Argentina, a primeira legislação sobre diretivas antecipadas foi a Lei 4.263, da província de Rio Negro, promulgada em 19 de dezembro de 2007. Em 2009, foi promulgada a lei federal 26.529 20, sobre os direitos do paciente, que no artigo 11 reconhece o direito de o paciente dispor sobre suas vontades por meio de diretivas

> antecipadas. Todavia, esta lei não traz maiores detalhes sobre o tema (DADALTO, 2013).

Frente a discussão em relação à experiência alienígena acerca do objeto de estudo desse trabalho, o testamento vital, observa-se que há a preservação dos princípios da dignidade humana e da autonomia privada, servindo como base para a liberdade, proteção e autossuficiência do indivíduo sobre as disposições que desejam colocar em seus documentos, fundamento claro que sua validação é benéfica aos seus usuários.

3.5 Testamento vital e sua validade no ordenamento jurídico brasileiro

Resta analisar a possibilidade de inserir ao ordenamento jurídico brasileiro o testamento vital. Inexistem normas jurídicas brasileiras específicas relativas a esse tema, mas isso não significa que este instituto não seja possível de validação. Essa discussão se torna polêmica pelo fato da sociedade pátria ser ligada as questões religiosas, éticas, culturais e sociais.

Ademais é possível atestar a sua validade e, para que isso ocorra, é necessário utilizar uma interpretação ampla e integrada dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais, pois não é somente a existência de lei que faz um instituto se tornar legal no regimento brasileiro.

Isto se explica pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro ser formado por regras, que são as leis e os princípios, normas jurídicas não específicas, necessitando que sejam interpretadas à frente de um caso concreto.

Os princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana são consagrados nas normas brasileiras, tratados no começo desse capítulo, viabilizam a defesa da utilização e validação desse documento em solo nacional, juntamente como o artigo 5º, inciso III, da CRFB/88 que dispõe sobre a proibição ao tratamento degradante, pois este documento é expressão da dignidade e da garantia da autonomia dos indivíduos (BRASIL, 1988).

Conforme exposto nesse estudo, as diretivas antecipadas de vontade, em especial, a sua espécie primordial, o testamento vital, é um documento de manifestação de vontade que assegura ao paciente terminal a alternativa de escolher o que é melhor, na sua concepção, para a sua saúde, vida de maneira antecipada.

Respaldando o que acabou de ser dito, Dadalto conceitua:

> O testamento vital é um documento de manifestação de vontades pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em estado terminal, em EVP ou com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade (DADALTO, 2015, p. 97).

Destarte, um dos benefícios acerca da aplicação do testamento vital no conjunto de normas brasileiras é impossibilitar a ocorrência de imprecisões e inseguranças no tocante ao emprego de tratamentos médicos, como também à própria vontade do enfermo terminal que estiver inviabilizado de obter a cura através das medidas terapêuticas atuais.

Antes de adentar propriamente no conteúdo valido do testamento vital no Brasil, cabe a análise de duas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que tratam sobre o tema, quais sejam: a Resolução nº 1.805/2006 e a Resolução nº 1.995/2012.

A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, concede ao médico em seu preâmbulo:

> Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (BRASIL, 2006).

Na resolução, com apenas três artigos, são versados o seu mérito, nos dois primeiros artigos e o seu caráter meramente formal, no artigo 3º. Conforme exposto:

> Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
> § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
> § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
> § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
> Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.
> Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário (BRASIL, 2006).

Essa resolução discorreu apenas sobre os interesses que vinculam a comunidade médica, mas apesar disso, tratou sobre a ortotanásia e trouxe a concepção de respeito quanto as práticas que asseguram a dignidade do paciente quando estiver em uma situação de fim da vida.

O testamento vital é um documento que tem o condão de propiciar a prática da ortotanásia, instituto já clarificado no segundo capítulo do presente trabalho, já que está em conformidade com o defendido pelos princípios constitucionais brasileiros: a dignidade e a autonomia privada.

Diante do exposto, Dadalto ensina:

> Sob uma perspectiva interpretativa, pode-se defender a validade da ortotanásia no Brasil por ser uma prática que coaduna com os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia Privada, que propiciam a coexistência de diferentes projetos de vida na sociedade democrática, bem como por ser prática aceita pelo CFM, órgão responsável por definir os deveres dos médicos (DADALTO, 2015, p. 159).

A resolução afirma:

> [...] torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer.
> Torna-se vital que o médico reconheça a importância da necessidade da mudança do enfoque terapêutico diante de um enfermo portador de doença em fase terminal, para o qual a Organização Mundial da Saúde preconiza que sejam adotados os cuidados paliativos, ou seja, uma abordagem voltada para a qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares frente a problemas associados a doenças que põem em risco a vida. A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual (BRASIL, 2016).

Dessa maneira, o instituto da ortotanásia deve ser visto como prática terapêutica que atesta a dignidade do enfermo terminal, sua autonomia e de sua família. É usada para conceituar a morte no seu curso natural, com a retirada de tratamentos médicos extraordinários e inúteis de suporte de vida.

O CFM instituiu o novo Código de Ética Médica, em 2009, corroborando com o exposto, definindo que:

> Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sobre sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados (BRASIL, 2010).

Assim sendo, as práticas de prolongamento excessivo da vida, sem nenhuma necessidade, a exemplo da distanásia, são inaceitáveis.

No ano de 2012, o Conselho Federal de Medicina, instaurou a Resolução nº 1995, que traz em seu conteúdo as diretivas antecipadas de vontade no território brasileiro, sendo a primeira norma a versar sobre a matéria no país. Essa Resolução não legalizou o instituto das DAV´s, pois não tem status de lei já que este conselho não possui competência para legislar.

Dadalto traz uma nota esclarecedora a respeito do tema:

> [...] o CFM afirmou que esta resolução respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia e não possui qualquer relação com a prática de eutanásia, esclarecimento este que teve o condão de reafirmar um limite inerente ao instituto: a impossibilidade de conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico do país que são propostas (DADALTO, 2015, p. 164).

O objetivo da Resolução nº 1995/2012 é assegurar ao enfermo as condições mínimas para que ele possa expressar seus desejos acerca dos tratamentos terapêuticos que pretender receber ou não, passando pelo ponto principal que é a aceitação desses desejos pelo médico.

> Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico (BRASIL, 2012).

Apenas os maiores de 18 anos podem se valer da utilização das diretivas antecipadas propostas nessa resolução de 2012, mas não tem caráter absoluto, já que aos maiores de 16 anos, os relativamente incapazes, é permitido que uma legislação específica os deixem também fazê-las.

De maneira geral:

> [...] o testamento vital nos ordenamentos jurídicos alienígenas tem como conteúdo disposições de recusa e/ou aceitação de cuidados e tratamentos que prolonguem a vida artificialmente, disposição sobre doação de órgãos e a nomeação de um representante (DADALTO, 2015, p. 182).

A recusa e aceitação se darão quando as disposições forem de tratamentos terapêuticos fúteis; sobre a doação de órgãos, esta não adentra o assunto do testamento vital, já que o mesmo ocorre *inter vivos* e objetiva garantir a autonomia do paciente quando se tratar de situações de finalidade da vida.

A Resolução nº 1.995/12 representa um progresso acerca das diretivas antecipadas no conjunto de normas brasileiras. Ressalva-se que esse progresso acontece em uma

perspectiva localizada, já que fecha-se no âmbito dos profissionais de saúde, especialmente os médicos.

É necessário destacar que a resolução não finda o tema, na verdade ela evidencia a falta de legislação específica sobre o mesmo, demonstrando assim, que é preciso criá-la com o intuito de regular as questões sobre o discernimento do autor das diretivas, os cuidados e tratamentos que podem ou não ser recusados, sobre os critérios para aceitação e recusa dos mesmos, como também o registro das diretivas antecipadas e à extensão da participação do médico da feitura das diretivas (DADALTO, 2013).

Algumas proposições são entendidas como válidas acerca do testamento vital no Brasil. Dadalto, traz em sua obra onze disposições que explicitam a aplicação e incorporação do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. São elas:

> 1) O testamento vital deverá ser feito por uma pessoa com discernimento; 2) Este documento deverá ser lavrado no Cartório de Notas, responsável por encaminhar a declaração ao Registo Nacional Testamento Vital – que deverá ser criado pelo Ministério da Saúde; 3) O testamento vital deverá estar contido no prontuário do paciente, e cabe ao médico desde proceder a esta inclusão; 4) O testamento vital vincula médicos e demais profissionais da saúde, bem como os parentes do declarante; 5) Disposições acerca da interrupção dos cuidados paliativos não serão válidas; 6) Apenas disposições acerca da interrupção de tratamentos fúteis serão válidas; 7) O testamento vital é revogável a qualquer tempo e não possui prazo de validade; 8) O médico tem direto à objeção de consciência médica; 9) Disposições acerca de doações de órgãos não deverão constar no documento; 10) É facultado ao declarante nomear um representante para que expresse a vontade em nome do declarante quando este não puder fazê-lo; 11) Testamento vital não é instrumento para a prática de eutanásia, e sim, garantidor da ortotanásia (DADALTO, 2015, p. 202-203).

Após o exposto, de forma breve, em nosso país verificou-se que o testamento vital deve ser realizado pelo interessado plenamente capaz, o indivíduo deve ter sua capacidade constatada segundo os moldes da lei civil; o registro deve ser feito, é necessário lavrar uma escritura pública na presença do tabelião de notas e ainda recomenda-se o armazenamento em bancos de dados confiáveis de testamentos vitais; o consentimento apresentado é feito de maneira livre e espontânea, desprovido de coação, erro. E a revogabilidade do ato deve ser a qualquer tempo, o testamento vital é válido até que o paciente o revogue.

A respeito dessa revogação, um ponto controvertido das diretivas antecipadas diz respeito à exigência que estas sejam recentes, devido à preocupação que se tem quanto às decisões que são dispostas pelos seus autores neste documento, pois estas podem ser apressadas, tomadas sem a devida cautela necessária para o momento.

Acredita-se que é necessário estipular um prazo para as diretivas, pois a ciência médica sofre constantes mudanças e evoluções ao longo do tempo, possibilitando inúmeros avanços em seus tratamentos e estipular que uma doença é terminal no momento da feitura do instrumento não é sinônimo que este estado seja para sempre, pois a mesma pode vir a deixar de ser terminal e se tornar curável. No entanto, para Dadalto, Tupinambás e Greco:

> Entende-se que as DAV são, por essência, revogáveis, razão pela qual se discorda da fixação de prazo de validade nestes documentos, pela total desnecessidade, vez que a qualquer tempo o outorgante pode revogar a manifestação anterior (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 2013, p. 470).

E complementam:

> Ademais, o argumento do avanço da medicina é falho porque um dos limites das DAV é a inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro e que disposições contraindicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos que já tenham sido modificados pela ciência médica, de modo que a simples verificação de que a medicina avançou e que determinado tratamento não é mais utilizado ou recomendado, são automática e tacitamente revogadas (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 2013, p. 470).

Em harmonia com o que leciona Godinho (2016, p. 148), ainda que caiba uma eventual lei editada no Brasil dispor se existirá ou não um prazo de validade para as diretivas, a exigência de que essas sejam atuais poderá demonstrar zelo excessivo caso não sejam determinadas com razoabilidade.

Na experiência estrangeira, pode-se citar como exemplo de fixação de prazo, a lei portuguesa dispõem um prazo de validade para as DAV´s de cinco anos. A lógica utilizada para a estipulação de um prazo é que a ciência médica está em constante evolução, e uma doença que é dada como terminal na data da elaboração do documento, pode vir a se tornar curável.

Apesar disso, a crítica permanece pois as diretivas são facultativas, podendo a qualquer momento serem elaboradas, revogadas ou modificadas caso haja interesse do autor em fazê-las.

Dadalto atesta sua posição, assegurando que esse argumento do avanço da medicina não se sustenta apenas verificando os limites da declaração prévia de vontade do paciente terminal, são elas: a inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, de disposições contraindicadas para a patologia do paciente e recusa de tratamentos já modificados pela ciência médica (DADALTO, 2009, p. 538).

Ou seja, havendo a constatação do avanço da medicina ou que determinado tratamento ou não tratamento não é mais recomendado ou utilizado, se isto estiver disposto no documento de declaração de vontade do paciente terminal vai ser então tacitamente revogada a disposição, concluindo dessa forma que não há necessidade de previsão de prazo algum para o instituto.

Diante da inaplicabilidade de disposições contrárias ao ordenamento jurídico brasileiro, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/12, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, expressa em seu artigo 2º que o médico pode não considerar as diretivas que estejam em desacordo com os preceitos regulamentados pelo Código de Ética Médica.

Ante o exposto a fim de sanar qualquer dúvida defende-se que o autor das diretivas antecipadas seja informado acerca da possibilidade de, a qualquer tempo, ter seu documento revogado, de maneira tácita, pela feitura de um novo documento revocatório ou por sua própria vontade, conforme Dadalto, Tupinambás e Greco (2013).

Constata-se que o testamento vital pode ter validade no Brasil, desde que esteja em harmonia com as normas vigentes e válidas no seu ordenamento. É possível afirmar que a partir dos princípios da dignidade humana e da autonomia privada, essa aplicação é possível através da garantia que esses princípios dão.

Os motivos que levam à confirmação dessa validação são a superação ao paternalismo médico a muito exercido no Brasil; como também a autonomia da pessoa humana, que a possibilita escolher previamente quais tratamentos serão ou não realizados, quando não houver mais capacidade do agente para tal decisão.

Ressalte-se que essa autonomia do indivíduo é limitada pelas normas brasileiras vigentes: no conteúdo do testamento vital, poderão ser dispostos a interrupção de tratamentos fúteis, já que os cuidados paliativos são garantidores do princípio da dignidade da pessoa humana, configurando como um documento essencial que assegura a dignidade e a autonomia dos indivíduos que estejam acometidos de enfermidade terminal.

Nas disposições presentes no testamento vital, não é possível que seja realizado pelo paciente terminal a solicitação para a eutanásia, como também para o suicídio assistido, essas duas práticas são impedidas de serem executadas pois são proibidas nas normas vigentes atualmente no Brasil.

De maneira sucinta, visto que já foi explicitada no capítulo anterior desse estudo, a eutanásia é a abreviação da vida, podendo ser realizada por uma conduta ativa ou passiva do

profissional de saúde e o testamento vital é o documento onde o paciente pode dispor dos tratamentos nos quais aceita ou não.

Nos países onde a prática da eutanásia e do suicídio assistido são proibidas, como é o caso brasileiro, o paciente não pode pedir que sejam realizadas essas práticas, pois essas disposições serão consideradas inexistentes.

3.6 Relevância e aplicação do Testamento Vital no Brasil

Depois de esclarecido que não há incentivo às práticas da eutanásia, suicídio assistido, distanásia e nem à morte ao se buscar a validação do testamento vital, o que se pretende é garantir a autodeterminação conforme os preceitos constitucionais, dando aos pacientes terminais a possibilidade de escolher para si quais os tratamentos que deseja ou não que sejam realizados quando estiver no fim da vida.

Diante do que foi dito ao longo desse trabalho, a importância do testamento vital é inegável. Esse instituto visa proteger a vontade do paciente terminal e autor do documento ante sua família, profissionais da saúde, hospital e amigos. Nele será garantido o efetivo cumprimento das disposições que o autor colocar no documento, desde que tais cláusulas não contrariem as normas vigentes no ordenamento jurídico.

Ressalta-se que a sociedade brasileira deve conhecer os benefícios desse documento, o principal deles é a preservação da dignidade do paciente terminal. Esse instituto propicia autonomia aos pacientes terminais para decidirem acerca do seu processo de morte, é uma maneira de evitar a submissão dos mesmos a tratamentos desnecessários.

Segundo Dadalto explicita:

> O testamento vital é expressão da autonomia do sujeito, garantidor da dignidade deste, pois ao garantir ao indivíduo o direito de decidir sobre os tratamentos aos quais deseja ser submetido caso se torne um paciente terminal, preserva sua vontade e evita sua submissão ao esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo sem condição de reversibilidade da doença -, considerado pela presente pesquisa um tratamento desumano diante da comprovação que este esforço não causará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, vez que não impedirá a morte deste (DADALTO, 2015, p. 179).

O testamento vital assegura a realização do instituto da ortotanásia, que dá ao enfermo no fim da vida a possibilidade de ter uma morte que segue o curso natural, uma morte digna. Não sendo razoável prolongar a vida desse paciente terminal inutilmente a partir de tratamentos fúteis.

A falta de regulamentação do instituto provoca a incerteza nos pacientes que pretendem deixar expressamente a sua vontade sobre os tratamentos que anseiam e também nos profissionais da medicina que, ante a um caso concreto, se encontram muitas vezes em meio a conflitos, como por exemplo, discrepâncias entre o desejo do enfermo, de seus familiares e do hospital.

Dessa maneira, é mais que necessário e urgente a regulamentação da matéria a fim disciplinar as especificidades e os aspectos formais do tema como, por exemplo, sua forma, seu prazo de validade, início e fim de seus efeitos, entre outros, salvaguardando o cumprimento das vontades dos autores do documento caso estejam diante de um diagnóstico de terminalidade. A instituição de uma norma específica garantirá que os efeitos do testamento vital sejam produzidos no ordenamento jurídico pátrio.

Já foi comprovado anteriormente nesse estudo que a validação do instituto é possível no conjunto de normas brasileiras, pois encontra fundamento nos princípios pertencentes à Constituição Federal de 1988, como o princípio da autonomia da vontade, da liberdade.

No momento presente são escassos os casos sobre o testamento vital na jurisprudência brasileira. A Resolução do CFM nº 1.995/12 como visto no capítulo anterior foi bastante benéfica e trouxe importantes discussões sobre a matéria, mas ainda é preciso avançar nessa temática.

Um avanço sobre as diretivas antecipadas no território brasileiro foi estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que no dia 20 de novembro de 2013 julgou a Apelação Cível n. 70054988266366, o primeiro acordão brasileiro que analisou o testamento vital a partir de um caso concreto. Essa decisão derivou de uma ação de Alvará Judicial para Suprimento de Vontade do Idoso, apresentada pelo Ministério Público, na cidade de Viamão (RS), o centro da discussão é o direito de um idoso a negar a amputação de um membro necrosado.

Com a leitura da decisão constata-se que o idoso realizou uma manifestação de não aceitação de tratamento e não de um testamento vital, pois não se encontrava em situação de terminalidade. Reforçando a ideia de que os poucos casos existentes na jurisprudência brasileira são eivados de vícios e de erros na conceituação do instituto, constatando a falta de informação da sociedade brasileira sobre o tema.

Conforme demonstrado:

> APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA. À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (TJ-RS - AC: 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013. Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013).

De maneira sintética o caso versa sobre a saúde de um indivíduo que, plenamente capaz, não aceitava a amputação de seu pé esquerdo, procedimento médico que se não fosse realizado acarretaria no falecimento do mesmo. O Ministério Público solicitou ao judiciário a realização do procedimento, com base na alegação de que a vida é um direito indisponível e o enfermo não estava capaz de usufruir do direito de recusa à retirada do membro por se estar acometido de depressão.

A decisão dos desembargadores foi pelo reconhecimento desse direito, tido por eles como constitucional, supostamente por constituir ortotanásia, através do desejo manifestado pelo paciente por um testamento vital, em conformidade com a Resolução n. 1.995/2012 (DADALTO, 2015, p. 173).

Retirou-se do acordão que o juízo indeferiu o pedido inicial, com base no argumento de que não tinha comprovado nos autos o risco de vida do idoso e que o mesmo esteva plenamente capaz para não aceitar o tratamento que lhe foi proposto. Apesar de garantir a vontade do paciente sobre a indisponibilidade do direito à vida, constata-se que não há que se dizer em terminalidade da vida e sim apenas numa recusa de tratamento.

Depois da apreciação desse caso nota-se que essa decisão é muito importante no cenário jurídico pátrio. Verifica-se uma tendência do judiciário brasileiro cada mais vez maior de aproximação com as inovações doutrinárias acerca do tema, mesmo que ainda inexista uma norma específica e não seja objeto de apreciação da legislação vigente.

Contudo, frisa-se mais uma vez que a feitura de uma legislação específica, que atenda aos aspectos formais do testamento vital, já que é evidente que esse instrumento é

totalmente possível de validação no ordenamento pátrio, baseado nos princípios constitucionais da autonomia privada, da liberdade, da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado durante esse trabalho, pode-se aludir que os documentos aptos a assegurar o direito que o indivíduo possui de tomar decisões, quando se encontrar impossibilitado de se autodeterminar, são denominadas diretivas antecipadas de vontade.

Não obstante, constatou-se que esse tema, que possui duas modalidades primordiais, o mandato duradouro e o testamento vital, ainda é pouco discutido na seara jurídica brasileira, configurando a importância de estudos como este, que possibilitam a discussão e a verificação de que este instrumento é garantidor da autonomia privada do paciente terminal e merece destaque no cenário nacional.

Percebeu-se que ao entrar em vigor a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir da dignidade da pessoa humana, fez do ser humano o centro do seu ordenamento jurídico, reconhecendo o princípio da autonomia privada. Diante disso, evidenciou-se que a todo ser humano possui o direito de dispor da sua própria vida, tendo a oportunidade de planejar o que quer vivenciar, baseado em seus valores, crenças e princípios, sendo capaz também de fazer as suas decisões gerarem efeitos no futuro.

Reconhecer a autonomia privada dos indivíduos acarreta a estima pela dignidade da pessoa humana, provocando o poder de autodeterminação que toda pessoa tem. O paciente terminal é um sujeito de direito do conjunto de normas brasileiras, logo, deverá também ter a sua autonomia privada defendida, objetivando a proteção de seus projetos individuais de vida, segundo preceitua o modelo democrático adotado pela CRFB de 1988.

Cumpre ressaltar que a autonomia privada não é ilimitada, e se encontra delimitada pelas normas vigentes, não podendo ir de encontro ao que está disposto no ordenamento pátrio.

Proporcionar ao enfermo terminal o direito de elaborar uma declaração prévia de vontade é reconhecer que o mesmo é um sujeito de direito que tem como uma de suas bases a autodeterminação, e também confirmar a qualidade que todos possuem, serem condutores de sua própria existência. Assentir a aplicação do princípio da autonomia para paciente em fim da vida é requisito essencial para a participação do mesmo no seu próprio processo de tratamento.

Mesmo nos casos em que o indivíduo perdeu a sua capacidade mental, se encontrando em situação de terminalidade, não possuindo mais os meios necessários para exprimir seus anseios, não se impede o desempenho de sua autonomia e o testamento vital é o

documento apontado como a manifestação dessa autonomia que o paciente em situação de terminalidade detém, sendo um incontestável garantidor da dignidade humana.

O testamento vital é documento redigido por um indivíduo que se encontra capaz e dispõe sobre os tratamentos, cuidados e procedimentos terapêuticos que quer, ou não, obter, no momento que estiver acometido de uma patologia terminal que não possui perspectivas terapêuticas e o impossibilita de externar seus desejos.

Dispor sobre os tratamentos que deseja e suspender tratamentos fúteis não significa dizer que a vida está sendo abreviada, nem muito menos cometendo eutanásia e, sim, deixando de prolongar sem nenhuma necessidade o processo de morrer. Objetivam dessa maneira a qualidade de vida do paciente até o momento de sua morte.

Os tratamentos extraordinários ou fúteis visam prolongar a vida do paciente terminal de qualquer forma, estando relacionados ao não benefício do paciente, já que ficar doente e falecer é inerente à natureza humana. Esses tratamentos são, desse modo, expressamente afastados do testamento vital. A suspensão de tais tratamentos é denominada pela doutrina de Suspensão de Esforço Terapêutico (SET).

Apesar de não estar positivado nas normas brasileiras, o testamento vital é uma realidade normativa em diversos ordenamentos alienígenas, a exemplo dos Estados Unidos, Espanha, Portugal, entre outros, com algumas diferenças formais, mas em todos há o reconhecimento de sua validade.

Não obstante, mesmo com a inexistência de legislação específica no Brasil, a concordância de seu conteúdo com as leis constitucionais e infraconstitucionais fornece o suporte necessário para que seja defendida sua validade ordenamento jurídico nacional. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade, como também o princípio da proibição de tratamento desumano, proporcionam o embasamento necessário para que se defenda o instituto objeto desse trabalho.

Em vista disso, conclui-se que o testamento vital é válido no conjunto de normas brasileiras, sob a condição de que sejam cumpridas as formalidades previstas nas leis já vigentes no país, sobretudo baseado nas disposições constitucionais, levando em consideração os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana que assegura a todos os seres humanos o direito à morte digna.

Propiciar aos indivíduos a chance de elaborar seu próprio testamento vital é assegurar a capacidade de se autogovernar, trilhar a sua trajetória de vida conforme seus desejos.

REFERÊNCIAS

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. **Resolucion de la AMM sobre la Eutanasia**. Disponível em: < https://www.wma.net/es/publicaciones/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BARROSO, Luís Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyloa, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 27 mai. 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de Morrer Dignamente. IN: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.). **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. **Resolução sob o nº 1.995 de 31 de agosto de 2012**. Disponível em:<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.805 de 28 de novembro de 2006**. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: o sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016.

GONZÁLEZ, Miguel Angel Sánchez. O novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. Trad. Diaulas Costa Ribeiro. In. BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique. **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LIPPMANN, E. **Testamento vital:** o direito à dignidade. São Paulo: Matrix, 2013.

MELO, Helena Pereira de. Directivas Antecipadas de Vontade, 2010, p. 3-11. www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/hpm_ma_7777.doc. Acesso em: 27 mai. 2021.

MULHOLLAND, Kelly C. **Protecting the Right to Die: The Patient Self- Determination Act of 1990.** Havard Journal on Legislation. v. 28, n. 2, 1991.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. **A autonomia privada do paciente em estado terminal**. In: FIÚZA, César; NAVES.

OLIVEIRA, Bruno Torquato de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais.** Parecer divulgado pela Associação de Testemunhas Cristãs de Jeová. São Paulo, 22 set. 2009.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PESSINE, Léo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Organização). **Buscar o sentido e plenitude da vida: bioética, saúde e espiritualidade**. 1. ed. São Paulo: Paulinas, 2008.

PORTO RICO. **Ley nº 160 del año de 2001.** Ley de declaración previa de voluntad sobre tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal o de estado vegetativo persistente. Disponível em: <http://www.lexjuris.com/lexlex/leyes2001/lex2001160.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

PORTUGAL. **Lei nº25/2012**. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/legislacao/portugal/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Directivas Antecipadas de vontade: em busca da lei perdida**. Lisboa: Revista do Ministério Público, n 125, Janeiro/Março.2011.

SÁ, M. F. F. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁNCHEZ, C. **Testamento vital y voluntad del paciente:** conforme a la Ley n.º 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid: Dykinson, 2003.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 2010.c2001-2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/mortedigna/5880?fb_comment_id=10151035628216634_10153833311971634>. Acesso em: 27 mai. 2021.

SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento vital. O que é? como elaborá-lo?** Lisboa: Sextante Editora, 2011.