

**O TESTAMENTO VITAL COM FULCRO NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AUTODETERMINAÇÃO
PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL**

Helaine Nalim Santanna

Valéria Thurler Fiório¹

Ivy de Souza Abreu²

RESUMO

Este artigo visa esclarecer sobre o Testamento Vital ou as DAV- Diretivas Antecipadas da Vontade, que compreende a possibilidade de se deixar um documento dispondo as quais práticas terapêuticas um paciente diagnosticado com doença terminal e gozando de plena faculdade mental não queira se submeter, quando já não puder manifestar sua vontade. Tema pouco discutido, fazendo-se necessário uma abordagem a este instituto demonstrando a sua importância e a sua adoção em outros países onde já existe previsão legal. Através da Resolução 1995/2012, o Conselho Federal de Medicina adotou medidas peculiares com o propósito de regular a matéria, com vistas a suprir a ausência de legislação específica dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Registra-se que tal medida consubstancia-se no escopo do Código de Ética Médica, que, norteado pela Constituição Federal do Brasil de 1988, visa proteger e resguardar a dignidade da pessoa humana e garantir a capacidade de autodeterminação do indivíduo.

Palavras-chave: Testamento Vital; Vontade; Autodeterminação; Dignidade humana.

ABSTRACT

This article aims to clarify about the Living Will or the DAV - Advance Directives of Will, which includes the possibility of leaving a document disposing which therapeutic practices a patient diagnosed with terminal illness and enjoying full mental faculty does not want to submit, when he can no longer manifest his will. A little discussed subject, being necessary an approach to this institute demonstrating its importance and its

¹ Graduandas em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim.

² Doutora e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, FDV, Brasil. MBA em Gestão Ambiental. Pós graduada em Direito Público. Graduação em Direito. Graduação em Ciências Biológicas. Professora da Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim.

adoption in other countries where already legal provision exists. Through Resolution 1995/2012, the Federal Medical Council adopted special measures for the purpose of regulating the matter, with a view to filling the absence of specific legislation within the Brazilian legal system. It is recorded that this measure is within the scope of the Code of Medical Ethics, which, guided by the Federal Constitution of Brazil of 1988, aims to protect and safeguard the dignity of the human person and guarantee the individual's capacity for self-determination.

Keywords: Vital Testament; Will; Self-determination; Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

Nesse artigo será abordado o que é um testamento vital, de que forma se apresenta suas características, validade e se o instituto mencionado versa apenas um testamento ou uma simples declaração de vontade. Levando em consideração o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional fundamental, que garante ao indivíduo o direito de escolha e o respeito da sua autonomia da vontade. Vale destacar que o tratamento jurídico dado em outros países, como Portugal e França podem ser uma base equiparativa.

O direito fundamental aborda a uma vida digna e o testamento vital trata-se do direito da morte com dignidade, respeitando a autonomia de vontade de uma pessoa que vai determinar a qual tratamento deseja ou não receber quando estiver incapaz de declarar a sua vontade, evitando assim, um procedimento médico injustificável e penoso.

O objetivo do presente estudo é demonstrar se o ordenamento jurídico brasileiro acolhe o testamento vital, com informações concretas, sobre um assunto que ainda é pouco discutido no Brasil e a sua aplicação no contexto atual depende de uma norma positivada para que tenha eficácia.

Partindo desta interpretação, este artigo levanta o seguinte problema de pesquisa: o testamento vital é reconhecido dentro do ordenamento jurídico brasileiro? E na falta de legislação específica para o indivíduo que pleiteia o instituto, será possível invocar princípios e direitos fundamentais para ter sua vontade respeitada?

A metodologia tem como objetivo, nesse artigo, demonstrar de forma descrita e qualitativa sobre a doutrina do testamento vital e ordenamento jurídico brasileiro, através de pesquisas teóricas com base nos autores Sarlet (2005), Bonavides (2009), Diniz (2009), Dadalto (2016) e Mattar (2016).

Diante de tais incertezas sobre o Testamento Vital, surge a necessidade de um estudo mais aprofundado, com a finalidade de se fazer uma análise jurídica das normas existentes sobre o assunto, recorrendo ao direito comparado em outros países para demonstrar como é imprescindível a regulamentação do Testamento Vital no Brasil.

Este trabalho está dividido em três seções, a primeira seção inicia-se pela introdução que contextualiza o tema, problema de pesquisa e objetivos. Em seguida, o trabalho expõe a fundamentação teórica necessária para sua execução e finaliza com sua conclusão acerca do estudo apresentado.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DA AUTONOMIA DA VONTADE

Os direitos fundamentais estão distribuídos na Constituição Federal de 1988, são considerados indispensáveis à pessoa humana, o que vem assegurar aos indivíduos uma existência digna, livre e igualitária. Cabe ao Estado, de acordo com a constituição, reconhecer e positivizar tais direitos proporcionando a pessoa humana o mínimo necessário à sua subsistência ou a condição vital.

Os direitos fundamentais são direitos básicos para os seres humanos e não importa as condições específicas das pessoas, mesmo assim não são direitos absolutos, pois podem ser relativizados. Exemplo é quando há conflito entre o direito ou normas, o embate deve ser analisado diante o caso concreto e proporcionalmente, além disso, vale ressaltar que um direito fundamental não deve ser invocado para satisfazer atos ilícitos.

Para doutrina o direito fundamental não é absoluto, conforme referência Branco (2007, p. 230):

[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. [...]. Até o elemental direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Comumente a doutrina associa a nomenclatura dos direitos fundamentais aos direitos humanos ou aos direitos do homem e no plano internacional fazem parte as convenções e tratados, sendo a Constituição Federal de 1988 signatária de tratados de direitos humanos. Sarlet (2010, p.29) orienta a seguir, que:

[...] os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

Para a doutrina os direitos fundamentais se manifestam como os direitos da liberdade, igualdade e fraternidade, conhecidos como direitos de gerações ou dimensões, tendo consciência adotada esta última nomenclatura. O direito de primeira dimensão (geração) está relacionado aos direitos civis e políticos, de resistência perante o Estado e tem o indivíduo como titular desse direito. Há uma nítida separação entre a sociedade e o Estado, a valorização do homem e do homem diante da sociedade (SARLET, 2010).

Quando se trata dos direitos de segunda dimensão (geração), versa sobre os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos e difusos que estão conectados ao princípio da igualdade, que vem salvaguardar as instituições e dar base a outros direitos fundamentais, também conhecidos como as garantias institucionais (BONAVIDES, 2009).

Quanto ao direito de terceira dimensão (geração), há temas ligados ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, a paz e comunicação. Seria os direitos da solidariedade não protegendo apenas os interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um determinado Estado, destinado a proteção do gênero humano (FERREIRA FILHO, 2002).

Afinal, quando se trata de garantir direitos em prol do ser humano sem distinção de qualquer natureza e que o Estado positive esses direitos, estará proporcionando aos

indivíduos um mínimo necessário para uma existência digna de vida. A partir desse pensamento é possível considerar que o direito à vida é um dos mais fundamentais direitos a ser protegido.

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito à vida é um direito assegurado e está ligado às garantias fundamentais, conforme prescrição do artigo 5º, Caput, da Constituição Federal do Brasil de 1988, onde assegura a inviolabilidade, a integridade e como consequência um bem jurídico tutelado desde a concepção (DINIZ, 2009).

Como orientação de que a vida é um direito assegurado e previsto na ordem internacional, expresso nas declarações internacionais, tem como garantia a segurança da dignidade da pessoa humana e não a vida somente pelo fato de estar vivo e sobreviver à sobrevivência se refere ao modo qualificado em sentido amplo e abrange não unicamente a preservação da existência física, mas designando, além disso, um direito a vida digna. Não condiz somente a condições materiais básicas para existência, é preciso qualidade (MENDES, 2009).

Assentir que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos para que se possa exercer e existir os demais direitos o princípio da vida humana da mesma forma é o mais importante existente na Constituição Federal de 1988, imprescindível ao cidadão e está penhorado ao princípio da dignidade da pessoa humana, importante ressaltar que não há vida sem dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana está expresso na Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, sendo um princípio fundamental e supremo que vai influenciar orientar quanto à interpretação e a aplicação da norma para a existência do direito e os valores da pessoa humana, titular de interesses existenciais e um símbolo do compromisso assumido pela constituição com os valores mais estimados do homem.

Preceituar dignidade da pessoa humana causa certo embaraço ao ser conceituado, próprio dos princípios ou das normas, pois se normas são abstratas possibilita um

número considerável de considerações. Para Alexy (2011, p.87) sobre princípios e normas gerais:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

A dignidade é um atributo da essência da pessoa humana e possui um valor intrínseco superior a qualquer preço e insubstituível. Não pode ser comparada a uma criação com base constitucional, pois é preexistente assim como o próprio ser humano. A dignidade faz jus a ser respeitada pelo Estado e aos particulares as condições do ser humano, político, social e profissional, inerente a qualquer indivíduo e que corresponde a proteção dos direitos e garantias fundamentais (MATTAR, 2010). Conforme o pensamento de Silva (2011, p.92) sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, (...) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é beneficiado com dom da universalidade e se o Estado não proporciona ou falte uma previsão interna, ou mesmo sejam esta descumprida as normas positivadas, há de clamar pelo direito internacional. Cada Estado soberano deve associar esforços no sentido de tutelar à dignidade a nível mundial e preservar a dignidade de cada indivíduo, autonomamente da sua cidadania ou de acordos internacionais entre países (MATTAR, 2010).

Conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental e peculiar a todos os seres humanos, devendo ser respeitada e protegido independente de raça, origem, sexo estado civil, condição social. É inadmissível e intolerável a

existência do ser sem dignidade e por ser precioso para o ser humano, deve ser resguardado em todos os momentos da vida e inclusive no da morte. Ter liberdade de escolha, de se desenvolver e conduzir a vida de acordo com a própria convicção e preservar direitos sem usurpar direitos de outrem se trata de autodeterminação, de se autogovernar.

O Princípio da Autonomia da Vontade dá ao homem o direito de decidir e se autogovernar, sendo a pessoa humana dona de sua vida. A autonomia da vontade estimula a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas em conformidade com uma concepção individual de seu próprio caráter, uma percepção do que é essencial para elas (DWORKIN, 2009).

A autonomia de vontade tem base em uma sociedade liberal e seus indícios decorrem do século XVIII e XIX, prevalecendo à ideologia individualista e o homem é considerado a figura central, ocorrendo uma intervenção mínima estatal na esfera do particular. O homem adquire liberdade contratual para realizar negócios e escolher com quem contratar.

A autonomia da vontade considerada um fenômeno interior e psicológico, gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz de produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico (CABRAL, 2004).

Após a 1ª Guerra Mundial, o Estado assume seu caráter intervencionista diante das injustiças onde o mais forte economicamente se sobrepõe desmedidamente frente ao seu semelhante. A partir daí surge à autonomia privada que começa a se pautar diante os interesses da coletividade em detrimento do particular. O contrato deixa de ser um acordo livre entre as partes e passa a representar um valor de utilidade social e combinado a três elementos como a ordem, a liberdade e a justiça (FIUZA, 2007).

A autonomia de vontade cede lugar à autonomia privada, condicionada a dispositivos legais, presente no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal do Brasil de 1988, a finalidade é atender aos interesses úteis à sociedade e consolidar os fundamentos instituídos no preâmbulo da Carta Magna.

Se a autonomia de vontade tem característica volitiva, a autonomia privada restringe o livre arbítrio individual e permite o ser humano atuar em todos os ramos do direito e a exercer sua autonomia, logo que não entre em choque com as normas do ordenamento jurídico e que dão direcionamento em caso de conflito. Como já mencionada, a autonomia privada garante aos indivíduos que persigam seus interesses individuais (DADALTO, 2013).

O princípio constitucional da autonomia privada é entendido como um poder que o indivíduo tem de exercer sua própria vontade nas relações em que for parte, tanto em situações patrimoniais, quanto em situações existenciais e jurídicas, pertinentes ao que diz respeito aos direitos da personalidade (DADALTO, 2013).

A autodeterminação tem um caráter amplo, onde as escolhas podem ser inúmeras com reconhecimento jurídico e social e dentro do que não seja proibido. A autonomia privada limita liberdades do ser humano, mas permite que sejam invocados direitos para exercer sua autonomia e que estejam de acordo com as normas ditadas no ordenamento jurídico. O indivíduo deve ser livre para que alcance a sua dignidade através de seus atos e que esses, não sofram interferências externas que firam sua liberdade de escolhas, garantir a liberdade, a soberania e a perspectiva de que sua opção esteja assegurada dentro do que não é proibido.

3 OTESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O testamento vital pode ser definido como um documento elaborado por uma pessoa enquanto capaz, determinando quais tratamentos deseja receber, ou deixar de receber, quando vier a se tornar incapaz de declarar a sua vontade. Também é conhecido como: DAV- Diretivas Antecipadas de Vontade, testamento em vida, testamento biológico, Living Will, testamento de vida, declaração prévia dos pacientes terminais e testamento do paciente (DADALTO, 2009). Segundo Borges (2001, p.295):

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.

Tartuce (2013, p.135) dispõe que:

O testamento é “negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável, pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou não, para depois de sua morte”. Por ser ato individual e personalíssimo, não se admite testamento em conjunto ou por procuração, sob pena de nulidade do ato.

O ‘testamento vital’ é definido como um documento escrito, pelo qual uma pessoa determina qual tipo de tratamento deseja ou recusa, numa situação futura, em que possa estar acometido de doença terminal, que a impossibilite de manifestar plenamente sua vontade.

O testamento vital surgiu nos Estados Unidos em 1967 e sua origem esteve ligada à Sociedade Americana para a Eutanásia, que adotou e disseminou a ideia de se utilizar deste documento para que o paciente pudesse expressar sua vontade relativamente a tratamentos futuros de saúde e manifestar seu desejo de não se submeter a intervenções médicas, cuja finalidade seria a manutenção da vida (GONZÁLEZ, 2005).

A regulamentação federal das DAV nos Estados Unidos encontra-se no Patient Self Determination Act (PSDA), de 1991 que pode ser considerada “a primeira lei federal a reconhecer o direito de autodeterminação do paciente”, todavia, são subutilizadas pela população estadunidense, pois estudos demonstram que pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) da população norte-americana possui um testamento vital, ao passo que 75% (setenta e cinco por cento) afirmam que gostaria de fazer. Ainda existe um abismo entre o número de indivíduos que desejam manifestar sua vontade e o que realmente o faz (DADALTO, 2013).

Contudo, o conhecimento adquirido na experiência dos EUA é de grande importância, visto que fora este o primeiro país a positivar a declaração prévia de vontade do paciente em estado terminal, sedimentando a discussões acerca do assunto o que propicia aos juristas brasileiros uma concepção acerca das vantagens e desvantagens advindas deste instituto diante de sua positivação.

Sua evolução se deu com a importante colaboração de Louis Kutner, um advogado que em 1969, resolveu propor uma forma de evitar conflitos entre paciente e médico.

Tal documento tratava das decisões antecipadas sobre tratamentos aos quais os pacientes eram submetidos já em fase terminal da doença.

Kutner defendeu a elaboração de um documento que atendesse quatro importantes finalidades: auxiliar o julgamento jurídico em processos envolvendo homicídio privilegiado por relevante valor moral e o homicídio qualificado por motivo torpe, servindo como prova da conduta; preservar a autodeterminação e a autonomia do paciente que deseja morrer; servir como instrumento de declaração de vontade, através do qual o paciente manifesta seu desejo de morrer, inclusive se estiver incapacitado para expressar seu consentimento e representar uma garantia de cumprimento da vontade do paciente(MABTUM; MARCHETTO, 2015).

A classificação do testamento vital se dá como um negócio jurídico unilateral, por satisfazer a vontade de somente uma das partes, da vontade do testador; personalíssimo porque poderá se originar da vontade do testador; indelegável, pois sua manifestação não se transmite através de procuradores ou representantes legais; gratuito, pois o testador não poderá exigir nenhuma contraprestação. O testamento vital ainda possui como característica a revogabilidade, podendo ser revogada mediante outros atos de última vontade, de forma expressa ou tácita, integral ou parcial (TARTUCE,2013). De acordo com Dadalto (2009, p.526):

O melhor termo a ser utilizado seria declaração previa de vontade em decorrência de 'errôneas traduções', pois o termo testamento vital se aproxima com o instituto do testamento sucessório no Direito Civil, onde um tem linhagem patrimonial e o outro diferentemente ligado a questões existenciais e eficaz quando ainda vivo o declarante, deixando claro ainda, que o testamento tem efeito após a morte e o testamento vital gera efeitos em vida.

O testamento vital poderá ser redigido por qualquer pessoa, mais comumente por pessoas já doentes, no entanto, pessoas saudáveis poderão redigir o seu tendo como única condição que esteja de posse das faculdades mentais. Deverão ser seguidos alguns procedimentos como: consultar um médico de confiança, pois ele irá esclarecer sobre os efeitos da decisão e também irá orientá-lo no que deverá ser escrito, mas é o paciente quem irá escrever sozinho ou com apoio dos familiares.

É importante destacar que países como: Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos da América, França, Holanda, Hungria, Inglaterra, Porto

Rico, Portugal e Uruguai já possui reconhecimento jurídico acerca do instituto do testamento vital.

Na maioria dos países que aceitam o Testamento Vital, como no caso dos Estados Unidos, exige-se que o mesmo seja assinado por pessoa maior e capaz, perante 2 (duas) testemunhas independentes, e que só tenha efeitos depois de 14 (quatorze) dias da assinatura, sendo revogável a qualquer tempo. Além disso, tem valor limitado no tempo (aproximadamente de 5 anos). O estado de fase terminal deve ser atestado por 2 (dois) médicos. O médico que desrespeitar as disposições do testamento pode sofrer sanções disciplinares (BORGES, 2001).

No Brasil ainda não há legislação específica para o testamento vital, entretanto, vem sendo utilizado com fulcro nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, bem como da proibição de tratamento desumano, previsto na Constituição Federal e amparado pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, desta forma se entende que mesmo não havendo previsão legal, sua prática está atualmente regulamentada pela referida resolução (DADALTO, 2013). Em 31 de agosto de 2012 a Resolução 1.995/2012 foi aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre:

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.

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.

Segundo o Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1.995/2012, entendeu-se que “não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento a qualidade de vida do ser humano”. Na verdade, o grande ganho da Resolução 1995/2012- CFM é colocar o próprio paciente, parentes, e claro, o médico assistente no palco das decisões, onde tudo deve ser pactuado e feito, consagrado documentalmente (CFM, 2013).

No ano de 2013 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, decidiu uma demanda a respeito de um paciente de 79 anos que possuía um estado de saúde agravado por um emagrecimento progressivo combinado a uma anemia profunda. Devido ao direcionamento da corrente sanguínea para a lesão tumoral, necessitava de uma cirurgia de amputação do pé esquerdo, o paciente se negou ao procedimento cirúrgico e o médico buscou auxílio e a representação do Ministério Público em requerer um alvará autorizando a cirurgia de amputação por motivo nobre de salvar a vida.

Em primeira instância o pedido é negado baseado no laudo psicológico do paciente que desejava morrer para aliviar seu sofrimento e estava gozando de plena capacidade mental. Em decisão unânime dos desembargadores, ficou testificado que o Estado não pode invadir o corpo da pessoa e realizar procedimentos multilaterais impositivos e que o direito à vida, o da dignidade da pessoa humana e encontra amparado na Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu artigo 15 do Código Civil.

Conforme a Resolução 1.995/2012 do CFM, assegura que a autonomia de vontade de uma pessoa deve ser levada em consideração, mesmo que esteja pondo em risco a própria vida, respaldado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. O que adianta a vida com sofrimento, a vida deve ser privilegiada quando se pode gozar dela quando houver dignidade para ser vivida. (APELAÇÃO CIV. 700054988266 TJRS).

Respeitado as formalidades e a manifestação de vontade de um indivíduo capaz mentalmente, há a valorização da liberdade individual. Urge a necessidade da regulamentação do instituto que trata do testamento vital para uma maior segurança jurídica, que respalde a classe médica e os pacientes em resguardar suas vontades e declará-las por esse instrumento e tenha força legal para garantir sua vontade e a sua autonomia privada.

Neste documento, os legisladores do CFM tiveram cuidado de definir três questões: A primeira: a decisão do paciente deve ser feita antecipadamente, isto é, antes de ingressar na fase crítica. A segunda: que o paciente, ao decidir, esteja plenamente

consciente e, a terceira: que sua manifestação prevaleça sobre a vontade dos parentes e dos médicos que o assiste (CFM, 2013).

A resolução 1995/2012 colaborou para aquecer o debate, especialmente, sobre a necessidade de regulamentação legislativa sobre as diretivas antecipadas. Isto porque, como órgão de classe, a resolução tem força normativa apenas entre os médicos, não possuindo o condão de regulamentar aspectos imprescindíveis do assunto como a formalização, o conteúdo, a capacidade dos outorgantes, o prazo de validade e a criação de um registro nacional.

Todavia, o caráter classista da resolução não retira seu mérito, pelo contrário, volta os olhos da sociedade à discussão deste assunto de suma importância, inclusive porque muitos cidadãos brasileiros já têm procurado cartórios de notas visando registrar suas diretivas antecipadas, evidenciando que o tema tem importância social que justifica o debate.

É importante destacar que a referida resolução permite ao paciente registrar seu testamento vital na ficha médica ou no prontuário, representando um grande avanço no Brasil, pois vincula o médico à vontade do paciente, daí a necessidade da criação de uma lei específica, com a finalidade de evitar questionamentos sobre a validade desses documentos e regulamentar questão específica sobre o registro, como prazo de validade, idade mínima, dentre outros.

4 O TESTAMENTO VITAL DIANTE DO DIREITO COMPARADO

O testamento vital não é muito debatido no Brasil em relação ao que ocorre em outros países, sendo desta forma de grande importância o conhecimento de experiência estrangeira, no que diz respeito a este instituto, fazendo uma abordagem a respeito, analisando as características de alguns países como Portugal e França, diante da nomenclatura e de sua regulamentação.

Em Portugal já se pode fazer o chamado testamento vital ou simplesmente diretivas antecipadas de vontade, um documento que só terá validade após formalização perante um notário e que permite, aos que assim desejarem esclarecer quais

tratamentos querem ou não fazer em caso de doença que o impossibilite de manifestar sua vontade. O testamento vital poderá ser feito por qualquer pessoa, maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica (ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES).

Para que o testamento vital seja válido, basta ter o documento assinado e reconhecido pelo notário. Contudo, é necessário que esteja registrado no RENTEV (Registro Nacional do Testamento Vital) para que se garanta que o médico assistente tenha conhecimento da vontade deixada pelo doente.

O debate sobre a legalização do Testamento Vital em território português iniciou-se em 2006, com a proposta de um diploma legal sobre as DAV- Diretivas Antecipadas da Vontade por parte da Associação Portuguesa de Bioética, proposta esta que foi enviada a Comissão de Saúde da Assembleia da República para apreciação, tendo sido representada em audiência parlamentar em 05 de maio de 2009 (NUNES, 2012).

Após um intenso debate parlamentar, foi aprovada por unanimidade na Assembleia da República, no dia 16 de julho de 2012, a Lei 25/2012, que regulamentou as DAV, designadamente sob a forma de Testamento Vital e a nomeação do procurador de cuidados de saúde no RENTEV. (NUNES, 2012). De acordo com Dadalto (2016, p.452) o referido diploma legal trata como sinônimos os termos Testamento Vital e Diretivas Antecipadas de Vontade:

Art. 1º 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 Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

A referida lei portuguesa é produto de um longo processo de amadurecimento social sobre a temática, através de um trabalho desenvolvido pela Associação Portuguesa de Bioética, que redigiu importantes documentos sobre as DAV, sendo eles: parecer voltado à análise da possibilidade de uma pessoa que professe a fé; testemunha de Jeová recusar transfusão sanguínea em uma diretiva antecipada; Projeto de lei que regulamenta o art.9º da Convenção de Direitos Humanos e

Biomedicina; Guidelines, são normas de orientação sobre a suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais (DADALTO, 2016). Segundo Melo e Nunes (2012, p.13):

[...] a legalização das DAV é uma conquista civilizacional, porque plasma no subconsciente dos Portugueses o referencial ético nuclear das sociedades plurais, que é uma possibilidade de cada um de nós efetuar escolhas livres.

A lei portuguesa inova ao estabelecer um prazo de eficácia de cinco anos para o documento, obrigando os portugueses a ratificar sua vontade de cinco em cinco anos, sob pena da vontade não manifestada e não ratificada perder a validade (DADALTO, 2016). O modelo do testamento vital pode ser baixado do site [Portal da Saúde](#), devendo ser preenchido e entregue num agrupamento de centros de saúde com balcão de Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV). É importante esclarecer que os portugueses não são obrigados a seguir o modelo disponibilizado pelo Ministério da Saúde, podendo redigir suas DAV de maneira livre.

Conforme dados divulgados em Portugal, no primeiro ano de implementação do RENTEV foram inscritos 1454 testamentos vitais, porém a maioria desconhece o assunto e nem a utilidade desse documento. Tais dados mostram que mais do que a aprovação de uma lei e a criação de um modelo de DAV, faz-se necessário informar a população para que se possa transformar esse documento em realidade social (DADALTO, 2016). Segundo Dadalto (2016, p.456):

O modelo de DAV português tem sido criticado por juristas portugueses por não deixar claro que as DAV são documentos de manifestação de vontade para pacientes em fim de vida, dando a impressão de que qualquer pessoa que deseja recusar um tratamento poderá se utilizar deste instrumento.

Desse modo é de grande importância para o Brasil, às discussões e elaborações portuguesas acerca do testamento vital, que de alguma forma poderá apontar um caminho para regulamentação deste instituto no Brasil contribuindo para a criação de uma lei, sobretudo diante do grande debate social no que diz respeito ao conceito de vida e morte, favorecendo a dignidade humana.

Em 2002 a França começou a positivar os direitos dos pacientes. Todavia, as leis francesas as referidas leis eram vagas, distantes da realidade e enfrentavam resistência no meio médico, além de dificuldades na oferta de cuidados paliativos a todos que necessitavam. No que diz respeito às DAV, a legislação Francesa não reconhecia a supremacia da vontade manifestada nas diretivas, sendo apenas um elemento a ser considerado na tomada de decisões, sem carácter vinculante (DADALTO, 2016).

Entretanto, em fevereiro de 2016 a França aprovou a Lei 2016-87, que trata dos direitos das pessoas em fim de vida e introduz as DAV no Código Civil Francês, deixando claro que as DAV são documentos de manifestação de vontade da pessoa no fim da vida, portanto, que não se tratam de documentos genéricos de aceitação e recusa de tratamento.

A referida lei diz ainda que apenas adultos podem fazer DAV, mas pessoas incapazes podem fazê-la mediante autorização judicial, podendo serem revistas e revogadas a qualquer tempo. Criou-se um registro nacional nos moldes portugueses que apresenta dois modelos de DAV: sendo um para pessoas saudáveis e o outro para pessoas com doença grave ou em fim de vida (DADALTO, 2016). Segundo Dadalto (2016, p.454):

A lei francesa se distingue da portuguesa, por prever a possibilidade de DAV por incapazes, ainda que com autorização judicial, por não estabelecer prazo de eficácia, por ter sido criado dois modelos, diferenciando as pessoas saudáveis das doentes e por ter apresentado na própria lei os modelos de DAV, ao invés de deixar a cargo do órgão estatal que regula a saúde.

É importante destacar que França e Portugal optaram por modelos semelhantes a um formulário com partes pré-definidas. Existe semelhança formal, entretanto, se distinguem substancialmente quanto ao seu conteúdo, existindo entre eles pontos que divergem de um país para o outro, como por exemplo:

- a lei portuguesa estabelece um prazo de eficácia do documento de 5 (cinco) anos, enquanto na França não há prazo definido;

- a França prevê a possibilidade de redação das DAV por incapazes desde que tenham autorização judicial, enquanto em Portugal apenas poderá ser feito por pessoas maiores e capazes.

Nesses moldes, constata-se que cada país possui seu modo de elaboração do testamento vital, e que os modelos propostos de nada adiantarão se não houver esforço coletivo em garantir que a vontade manifestada pelo indivíduo seja respeitada e cumprida, é preciso reforçar a certeza que será cumprida, este é o desafio que no momento é imposto para a concretização deste instituto, baseando-se nos princípios constitucionais da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da inexistência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, a respeito do testamento vital ou DAV, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Com a Resolução é possível preencher essa lacuna ainda não desbravada, dando validade ao testamento vital para que, apoiado pela constituição pátria, seja considerado válido no ordenamento territorial brasileiro.

Mesmo assim, é de suma importância a criação de uma norma a respeito do tema, uma vez que a falta de regulamentação gera insegurança aos indivíduos que queiram se beneficiar ao deixar sua vontade expressa e assim ter protegida a vontade privada e garantir o direito de escolha.

O instituto analisado se apresenta como uma possibilidade de escolha e autodeterminação de um indivíduo capaz em decidir por que tratamentos não queiram se submeter. Não poderá o indivíduo ser submetido a tratamento desumano ou degradante contra o seu desejo manifesto. Deve-se garantir aos indivíduos a liberdade para suas escolhas, determinando o perfil de boa vida e digna que bem entenderem.

Normatizar as DAV se mostra urgente pois garante ao paciente que sua vontade seja respeitada, em um momento que não mais puder expressá-la e com capacidade legal

sobre sua decisão, bem como assegura que o médico não sofrerá qualquer retaliação, ao seguir expressamente a vontade do paciente.

Importante que se avance a discussão sobre o tema e que uma legislação futura traga a legitimação do testamento vital, o que trará uma grande conquista dos direitos individuais, levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, numa das situações mais importantes da existência do ser humano, qual seja a terminal idade da vida.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ASPJ. **Testamento Vital já pode ser feito em Portugal**. Disponível em: <<http://www.aspj.pt>> Acesso em: 18 out.2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p.562-70.

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.

BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 25 junh.2017.

BRASÍLIA. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução 1995/2012..Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1995_2012.pdf> Acesso em: 20 out. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**, pp. 230 e 231. São Paulo; Saraiva, 2007.

CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no direito privado**. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2004.

DADALTO, Luciana. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. *Revista Bioética*, v. 17, n. 3, 2009.

_____. **Testamento Vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

_____. **Declaração Prévia de vontade do paciente terminal.** Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PenalvaLD_1.pdf> Acesso em: 25 jun.2017.

_____. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/12.** Revista Bioética, vol. 21, n. 1, 2013, p. 107. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>. Acesso em 20 Junh. 2017.

_____. **A necessidade de um modelo de diretivas antecipadas de vontade para o Brasil.** Revista M., Belo Horizonte, v.1, n.2, p. 446-463, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistam-unirio.com.br/arquivos>> Acesso em: 18 out.2017.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.**6.ed.rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.**2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 29ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p.286.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil:** atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, **2007.**

FRANÇA. **Lei 2016-87.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125106>. Acesso em: 10.out 2017.

GONZÁLEZ, Miguel Angel Sánchez. **Um novo testamento:** testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (Coords.). **Família e Jurisdição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 93. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/o-testamento-vital-no-ordenamento-juridico-brasileiro/129867#ixzz4vyi1Ls00>> Acesso em: 19 out. 2017.

MALLET, M. T. **Testamento Vital.** Trabalho de Conclusão de Curso (bacharel em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível <http://www3.pucrs.br//uni/poa/direito/graduacao/tcc2/trabalhos2015_2/miquel_mallet.pdf>. Acesso em 05 jun. 2017.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas da vontade.** 1ed.São Paulo:Cultura Acadêmica, 2015.

MATTAR, Joaquim José Marques. **A dignidade da pessoa humana com fundamento do Estado Democrático de Direito.** Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado, 2010.Disponívelem:<<http://www.seer.upf.br/index.php/rdj/article/file/>>Acesso em:08 agos.2016.

MELO, Helena Pereirade; NUNES, Rui. **Testamento Vital.**Coimbra. Almedina, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4. Ed, ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Rui. **Testamento Vital**. Nascer e Crescer, Porto, v.21, n.04, dez.2012.

PESSOA, L. S. **Pensar o final e honrar a vida**: direito à morte digna. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito. Salvador, 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_direito-a-morte-digna> Acesso em 23 junh.2017.

PORTUGAL. **Lei25/2012**. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2012/07/13600/0372803730.pdf>> Acesso em 10 out 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível AC nº70054988266**. Porto Alegre, 2013. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em 30 de out.2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós modernidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 41, n. 163 jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/files/anexos/pdf>> . Acesso em 07 out.2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

TARTUCE. Flávio; SIMÃO José Fernando. Direito Civil. **Direito das sucessões**. 6.ed. São Paulo: Método, 2013.