



UNIVERSIDADE TIRADENTES - UNT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - ARTIGO CIENTÍFICO

MATEUS SOBRAL BARBOZA

ORIENTADOR: ALEXANDRO NASCIMENTO ARGOLLO

O Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Direito de Morrer com Dignidade na Perspectiva da Autonomia do Paciente

ITABAIANA – SE

2019

MATEUS SOBRAL BARBOZA

**O Testamento Vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Direito de Morre
com Dignidade na Perspectiva da Autonomia do Paciente**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) - Artigo
- apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes - UNT, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito

Aprovado em ___/___/___.

Banca Examinadora

ALEXANDRO

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

O Testamento Vítal no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Direito de Morre com
Dignidade na Perspectiva da Autonomia do Paciente

Matheus Sobral Barboza

Resumo: O objeto do presente artigo é o testamento vital com a finalidade de abordar o tema que ainda, no Brasil, é pouco conhecido. Não existe legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante encontra-se amparo nos princípios constitucionais que fortalecem garantias e direitos individuais. Ratificou-se, portanto, através do Conselho Federal de Medicina de maneira a possibilitar ao paciente terminal ou com doença grave o registro de quais procedimentos deseja ser submetido ou não em seu prontuário médico. Sendo assim, a validade do testamento vital no Brasil é garantida sob a égide do princípio da dignidade humana que ampara e conduz o Estado Democrático de Direito. Entretanto, é indiscutível a necessidade de previsão legal para o instituto visto que, sem a legalização do testamento vital resta a fragilidade na eficácia e validade os quais são fundamentais. O Estado como garantidor de direitos e deveres, é o ente capaz de oferecer essa tutela, observando a reflexão profunda que prevalece.

Palavras-chave: Testamento Vital, Otóanásia, Princípios Constitucionais, Conselho Federal de Medicina.

1- INTRODUÇÃO

A sucessão testamentária decorre de expressa manifestação de última vontade, em testamento. A vontade do falecido, a quem a lei assegura a liberdade de testar, limitada apenas pelos direitos dos herdeiros necessários, constitui, neste caso, a causa necessária e suficiente da sucessão.

O testamento constitui ato de última vontade, pelo qual o autor da herança dispõe de seus bens para depois da morte e faz outras disposições. O código civil considera testamento o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém dispõe da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte (artigos 1857 e 1858).

O código civil reconhece como testamentos ordinários unicamente o público, o cerrado e o particular, não podendo ser utilizado nenhum outro, nem fazer combinações entre os existentes. Assim, só se considera testamento o negócio jurídico que for celebrado sob uma das formas indicadas na lei.

Além das formas ordinárias, o código civil dispõe também formas especiais de testamento, que não são livremente escolhidas por qualquer pessoa, mas determinadas por circunstâncias e situações excepcionais em que se encontra aquele que pretende manifestar a sua última vontade e que justifique a diminuição de formalidades e exigências legais.

Os testamentos especiais são: o marítimo, o aeronáutico e o militar. Porém, há também a previsão do testamento vital que na verdade é uma manifestação de vontade na hipótese da pessoa se encontrar doente, assim pode manifestar o seu desejo de ser submetida a determinado tratamento.

2. A busca pela positivação do Direito à Morte Digna

A vida e a morte podem ser entendidas como potências opostas de um mesmo processo. Assim como a insônia e o sono, a velhice e a juventude, o antigo e o novo, existe a vida e a morte, esse processo faz parte da experiência humana.

É da cultura ocidental encarar a morte como um evento de profunda tristeza e sofrimento. Morrer ainda está ligado ao final de tudo. É o desconhecido que ainda está por vir.

Discorrendo pela o desenvolvimento histórico do tema, é possível identificar o posicionamento da igreja católica, a contrário senso o Papa João Paulo II, na

Encíclica Evangelium Vitae deixou transparecer a opção da Igreja Católica pela ortotanásia, expressando-se da seguinte forma:

Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se, em consciência, renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objetivamente proporcionados às perspectivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia, exprime, antes, a aceitação da condição.

Em 1984, com a proposta de modificação da Parte Geral do código havia também um anteprojeto para modificar a Parte Especial, contudo ele não ocorreu, esse anteprojeto previa expressamente que, não constituiria crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável e desde que haja consentimento do doente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão. Esse texto se referia à definição dada à ortotanásia e não à eutanásia, previa a situação em que o processo de morte já se iniciara, estando a vida mantida artificialmente, sem chance de cura ou melhora, havendo, apenas, o prolongamento de morte natural por via artificial.

Posteriormente, com a edição da resolução 1.931 do Conselho Federal de Medicina, em seu artigo 41, foi possibilitado aos médicos, em casos terminais e sem condições de que seu estado de saúde se reverta, que agisse nessa forma, desde que preenchidos alguns requisitos.

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou

terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, de seu representante legal.

Preenchidos os requisitos da dedução de vontade, o médico poderia abreviar a vida e ficar isento de processo administrativo de natureza ética e até mesmo afastando a possibilidade de responder criminalmente por homicídio.

O Representante do Ministério Público Federal ingressou com uma ação civil pública contra tal resolução, obtendo, em caráter liminar, a suspensão desta Resolução. Entretanto, a Procuradora Federal que sucedeu o Procurador Federal, autor da ação, opinou em suas alegações finais pela improcedência do pedido inicial, feito pelo Ministério Público Federal, entendendo que se tratava de ortotanásia e não de eutanásia, sendo, o Conselho Federal de Medicina, legítimo para legislar a respeito da matéria.

3. Testamento Vital

O testamento vital ou biológico visa, assim, a proteger a dignidade do paciente terminal. Mais do que isso, há uma proteção indireta da dignidade dos familiares do paciente terminal, que também sofrem com todos os males e as dores pelas quais passa a pessoa amada e querida. Nesse sentido, pode-se falar em solidariedade familiar, estribada na proteção Constitucional Federal de 1988.

Ainda não existe legislação específica sobre o tema no Brasil, contudo, tanto o Conselho Federal de Medicina (CFM), quanto o poder judiciário já admitem a validade do testamento vital.

A resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995 de 2012, regulamentou a matéria possibilitando definir, antecipadamente, os limites nos quais os médicos podem agir.

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 diretrizes antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 3º As diretrizes antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

Essa redução permite que o paciente, nesta situação, deixe um testamento restando sua vontade, e possibilitando que seja nomeado um representante para que sua pretensão seja cumprida mesmo sem o consentimento de seus familiares.

Segundo o Conselho Federal de Medicina, os desejos expressos no documento devem prevalecer, inclusive, sobre a vontade dos familiares, os quais, na maioria das vezes, reutam em respeitar as vontades do ente querido. A única exceção ocorre quando as escdhas do autor do testamento vital afrontam os preceitos da ética médica.

Esse “testamento” é uma forma de registro em que uma pessoa dispõe acerca de procedimentos médicos aos quais deseja ou não ser submetida em caso de ser diagnosticada com uma doença terminal que impossibilite-a de se manifestar. Apesar de não existir um padrão, o testamento vital pode ser redigido por qualquer pessoa maior de 18 anos, no pleno gozo de sua capacidade mental, podendo ou não ser registrado em cartório.

Para a confecção desse “testamento”, aconselha-se a ajuda de um médico, visto que, para ser válido no Brasil, só poderá versar sobre interrupção ou suspensão de tratamentos extraordinários, ou seja, os que visam apenas prolongar a vida do paciente como por exemplo a utilização de desfibrilador. Já, os cuidados paliativos, não podem ser recusados, pois têm o objetivo de melhorar a qualidade de vida do paciente até a derradeira hora.

No Brasil, esse “testamento” é mais conhecido como Testamento Vital, mas, também recebe outras denominações tais como: “Diretivas Antecipadas de Vontade” e “Declaração de Prévia Vontade”. A inadequação do termo mais usual se dá por indeviada aproximação com o instituto do testamento, que tem ligação patrimonial e eficácia causa mortis, diferentemente do primeiro, ligado a questões existenciais e eficaz quando ainda vivo o declarante.

Mais recentemente, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução de 1.995/2012, que trata das “Diretivas Antecipadas de Vontade”. Pela nova norma, a vontade do paciente deve prevalecer sobre a dos seus representantes, o que representa uma notável valorização da autonomia privada. De acordo com a nova norma ética, “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”. Eventualmente o paciente tenha designado um

representante para tal fim, suas irrf orações serão levadas em consideração pelo médico. Entretanto, de acordo com o {3º do dispositivo, "as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares". Cumpr e destacar, por fim, que as diretivas antecipadas de vontade poderão ser registradas no prontuário médico, não se exigindo assim maiores formalidades para tanto.

A sucessão testamentária surgiu a muito tempo, porém com características diversas das que temos hoje. A transmissão *causa mortis* era ligada a religião e se dava de pai para filho através de crenças religiosas.

Com a evolução, a individualização da propriedade tornou-se latente, passando o *de cujus* a declarar a vontade em relação a pessoa específica para que ela recebesse seu patrimônio em decorrência de uma relação íntima que possuía para que mesma pudesse perpetuar o culto, sendo que na falta deste, indicaria um herdeiro (surgimento do instituto) que ficaria encarregado de distribuir os bens aos que eram de vontade do *de cujus*, de forma a conservar a casa que é era considerado o centro da família.

O direito brasileiro, até mesmo antes do Código Civil de 1916, consagrou as modalidades de testamento e que desde então o instituto vem sendo de grande serventia.

Malgrado, o testamento é deixado para dispor sobre os bens deixados aos legados do *de cujus*, contudo existem hipóteses expressas que reconhecem validade à cláusulas testamentárias sem caráter patrimonial, como o reconhecimento de filho havido fora do casamento (artigo 1609, nIII, CC), nomeação de tutor (artigo 1729, parágrafo único) ou até mesmo dispor sobre o funeral.

Ademais, o testamento por ser um ato declaratório destinado a produção de efeitos é considerado um negócio jurídico, e por contar apenas com a vontade do testador tem caráter unilateral, além de ser personalíssimo, sendo sua eficácia dependente da efetivação do ato realizado pelo próprio testador.

O testamento também é considerado um documento gratuito, pois não comporta troca de liberdades testamentárias, mesmo nos casos de legados com encargos. É considerado um ato *sole*, justamente pela observância das formalidades para sua validade e produção de efeitos, sendo ainda revogável, ou seja, o testador pode modificar seu ato de última vontade a qualquer tempo, de forma

total ou parcial desde que registre o ato através de outro testamento. Por fim, é considerado *causa mortis*, sendo sua eficácia unicamente efetivada após a morte do testador.

Importante salientar que o testamento por se tratar de negócio jurídico, deve preencher requisitos para sua validade, devendo o agente ser capaz, vez que a capacidade é um conjunto de condições necessárias para que a pessoa possa, juridicamente, ordenar o patrimônio ou até ser herdeiro do mesmo.

Existem contempladas no Código Civil de 2002, várias formas de testamento, que apesar de não trazer uma definição sobre o que seria o testamento não invalida a certeza e relações jurídicas alçadas no testamento.

Ainda, é de suma importância que as formas de testamento sejam condizentes com a previsão legal, visto que na falta desta consonância o testamento pode ter caracterizado sua nulidade absoluta, já que é a lei que garante a autenticidade do testamento, resguardando a vontade do testador.

Como já ditado, existem diversas formas de testamento, dentre eles os testamentos ordinários, que se classificam em público, cerrado e particular e os especiais que são os testamentos marítimo ou aeronáutico e militar. Do primeiro tipo apresentado, tem-se o testamento público, com previsão nos artigos 1864 a 1867 do CC/02, que deve ser lavrado pelo tabelião ou substituto no livro de notas, de acordo com a vontade do testador, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas.

O cerrado é escrito com caráter sigiloso assinado pelo testador ou alguém a seu pedido, lavrado pelo tabelião em presença de duas testemunhas e tem sua previsão nos artigos 1868 a 1875 do CC/02, já o testamento particular é escrito e assinado pelo próprio testador e lido em voz alta perante três testemunhas idôneas que também assinam (CC, artigos 1876 a 1880).

Quanto ao segundo tipo, passará a falar do testamento marítimo ou aeronáutico, que entende como o ato de última vontade realizado em viagem a bordo dos navios em guerra ou mercantes ou de aeronaves militares ou comerciais. Apresenta forma similar ao testamento público ou cerrado, conforme artigos 1888 a 1892 do CC.

Já o testamento militar, trata-se de declaração de vontade feita por militares e demais forças armadas dentro ou fora do país ou em praça sitiada ou com as comunicações interrompidas (artigo 1893, CC), o mesmo comporta três formas: a)

corresponde ao testamento público (artigo 1893, parágrafos 1º, 2º e 3º, CC); b) semelhança ao testamento particular ou cerrado (artigo 1894 e parágrafo único, CC); c) outra forma nuncupativa (artigo 1896 e parágrafo único, CC). Sua caducidade tem previsão no artigo 1895, CC.

Tendo em vista os argumentos expostos acima, a contraposição do “testamento vital” é exatamente na condição de “*causa mortis*” já que esse testamento tem sua validade e efeitos “*inter vivos*”. O autor Caio Mário da Silva Pereira dispõe que o testamento vital já detém uma locução doutrinariamente consagrada, ainda que não disciplinada em lei. O autor ainda afirma que o testamento vital pode ser tratado como testamento propriamente dito, entretanto com a produção de efeitos antecedente à morte, pela configuração de um estado de incapacidade psíquica anterior ao óbito.

4. O princípio da dignidade da pessoa humana X o princípio da Autonomia Privada

O tema é inerente à reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autonomia e a consciência individual; refere-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil.

Segundo a advogada e especialista em Direito Médico, Luciana Dadalt (...), o testamento vital é uma forma de assegurar os direitos das pessoas, mesmo quando elas não têm condição de manifestá-los. (...) o avanço das tecnologias disponíveis na medicina tem possibilitado, cada vez mais, prolongar a sobrevivência das pessoas, mesmo daquelas em processos irreversíveis. O problema é que, em alguns casos, a extensão da vida traz não só sofrimentos desnecessários, como atenta contra a dignidade dos pacientes. Alguns procedimentos são extremamente invasivos e, no fim, não trazem benefícios significativos. Mesmo assim, a atual prática médica tende a recorrer todos os recursos disponíveis, independentemente dos efeitos colaterais e dos valores em que o paciente acredita.

Porém, no que se refere ao tema testamento vital e aos princípios constitucionais elencados na carta magna, eis que surgem alguns conflitos ao aplicar os princípios constitucionais ao testamento vital.

A Dignidade da Pessoa Humana é sem dúvida o fundamento basilar da constituição federal, o artigo 1º do referido diploma legal, em seu texto, assegura o direito a ter uma vida digna.

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

III - a dignidade da pessoa humana;

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição sócio-econômica.

É um princípio fundamental inerente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular, a qual normalmente ocorre em razão do nascimento com vida.

É um critério unificador de todos os direitos fundamentais ao qual todos os direitos humanos e do homem se reportam, em maior ou menor grau, apesar de poder ser relativizado, na medida em que nenhum direito ou princípio se apresenta de forma absoluta.

Há que se falar que o Princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana é considerado pela doutrina como o "Princípio dos Princípios", ou seja, todos os princípios e garantias elencados na carta magna são baseados nele.

No que tange ao Princípio da Autonomia Privada, disposto no artigo 5º, inciso II, da constituição federal, segundo a qual a pessoa é capaz de decidir sobre sua vida, desde que tal ato não seja contrário à lei.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A doutrinadora Maria Berenice Dias conceitua o Princípio da Autonomia como sendo: A autonomia compreende-se como o direito do paciente no uso pleno de sua razão- ou de seus responsáveis, quando faltar consciência de estabelecer os limites

em que gostaria de ver respeitada sua vontade em situações fronteiriças. Por exemplo em um paciente terminal de câncer, são válidas as tentativas de uso de quimioterapia potentes na esperança de prolongar a vida? Ou simplesmente deve-se tratar a dor, embora sabendo-se que com essas medidas pode estar sendo apressando seu fim?

Aplicando tais princípios ao tema abordado, verifica-se uma questão muito relevante a ser debatida. Pois bem analisando o conceito de dignidade da pessoa humana chega-se a um impasse. Esse fundamento aplicado no testamento vital vai de encontro ao princípio da autonomia da vontade e também a garantia à vida. Todavia, analisando minuciosamente os princípios pode-se notar que a pessoa tem o direito a uma vida digna de não querer prolongar seu sofrimento quando se sabe que não existem procedimentos que possam curá-la.

Nesse mesmo raciocínio, encontra-se o posicionamento de Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

(...) é assegurado o direito à vida (não o dever), mas não se admite que o paciente seja obrigado a ser submetido a tratamento. O paciente tem o direito de interromper o tratamento com base do direito constitucional de liberdade (independente liberdade de consciência), de inviolabilidade de sua integridade e honra, e também do respeito à sua dignidade humana.

Dessa forma, conclui-se que o testamento vital, mesmo não sendo legalizado no ordenamento jurídico brasileiro, este possui requisitos de validade, tendo em vista o respeito da vontade e da autodeterminação da pessoa. Entretanto, deve-se ressaltar que, para que tal testamento seja aceito, a doença do paciente deve ser de tratamento e estágio irreversível.

5. Da eutanásia, distanásia e ortotanásia

Para erradicar qualquer dúvida sobre a eutanásia, o doutrinador Pedro Lenza aborda um conceito muito interessante.

A eutanásia passiva vem adquirindo vários defensores (o desligamento das máquinas de doentes e em estágio terminal, sem diagnóstico de recuperação), assim como o suicídio assistido. Alguns falam que a eutanásia ativa (o Estado-médico provocando a morte) seria homicídio.

A vida deve ser vivida com dignidade. Definido o seu r dio (tecnicamente pelo STF), não se pode deixar de considerar o sentimento de cada um. A decisão individual terá que ser respeitada.

Dessa forma, o que se pretende com o testamento vital   garantir a pessoa a aplica o de um direito estabelecido na constitui o, bem como resguardar os médicos de possíveis san oes penais.

De forma a não restar qualquer d vida sobre a diferença entre a eutanásia, distanásia e ortodan sia, às a explana o dos conceitos de distanásia e ortodan sia.

A distanásia   o prolongamento artificial da vida do paciente com muito sofrimento para o paciente, mesmo sem haver a possibilidade de melhora com os tratamentos aplicados. Conforme Maria Helena Diniz, "trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente e terminado ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas são processo de morte.

A ortodan sia, por sua vez, significa "morte certa",   deixar que a morte ocorra naturalmente, devendo ser acompanhada pelos médicos, seria um processo de morte assistida.

O instituto do testamento vital gera discussões e divergência de posicionamento, pois trata de um dos pontos mais temerosos da nossa sociedade: a morte. Ao passar do tempo o conceito técnico de morte foi alterado. Primeiramente o paciente era considerado morto com o fim dos batimentos cardíacos. Em momento posterior aditou-se a parada respiratória seguida pela cessac o de pulso. Com a evolu o da medicina a morte cerebral tornou o ponto definidor do  bito. Hoje o parâmetro   a morte encefálica, critério este duramente criticado pela imprecisão em enfermos com menos de dois anos.

O instituto em discussão não possui previsão legal no ordenamento jurídico atual. Basicamente configura a manifesta o de vontade consciente de paciente acometido por enfermidade sem cura delimitando os limites dos tratamentos médicos. Este deve ser escrito por paciente maior e completa capacidade, podendo designar curador para representá-lo caso torne-se incapaz. A declara o constante em tal documento garante que os desejos do paciente s jam observados no momento que este não pode, mas responder por sua vontade, além de conferir respaldo legal ao médico quando este possui op oes conflitantes. Quanto a seu conceito:

O testamento vital   um documento jurídico redigido por uma pessoa quando plenas as suas faculdades mentais, por meio do qual dispõe antecipadamente a sua

vontade quanto aos tratamentos a serem ou não empregados caso advenha situação na qual não possa mais expressar suas intenções em virtude do estado de saúde em que se encontre, podendo ainda servir de instrumento para a nomeação de terceiro para tomar a decisão quanto aos tratamentos utilizados e ainda dispor acerca da doação ou não de órgãos. Por meio desse documento o indivíduo manifesta a sua vontade de não ser mantido vivo em condições que considerei indignas, cuja qualidade da vida já não mais pode ser preservada diante da batalha travada para vencer a morte.

Venosa, explica que nosso atual código não conceituou o testamento, mas é certo que este é um negócio jurídico formal, unilateral, personalíssimo e revogável. É formal, pois deve ser efetivado na forma exigida em Lei. Tais formalidades garantem a certeza de vontade do testador, bem como o devido respeito ao ato. É ato personalíssimo, pois contém a vontade do indivíduo de dispor do seu patrimônio, tal capacidade é indelégável não se admitindo a manifestação por intermédio de procuradores ou representantes legais este pode ser apenas auxiliado por outrem, desde que o terceiro não possua interesse no instrumento.

A revogabilidade é essencial e intrínseca ao testamento, a vontade do testador pode ser alterada a qualquer momento. Como explica Venosa:

A possibilidade de revogá-lo é elemento básico do instituto. Tanto que é nula qualquer disposição que vise eliminar a revogabilidade do ato de última vontade, não se admitindo, pois, renúncia à liberdade de revogar.

Como não há previsão legal no Brasil, não é possível determinar quais seriam seus requisitos formais, contudo todos os atos jurídicos para serem válidos precisam observar os art. 104, II e 166, IV da legislação Civil. Porém em observância ao artigo 107 da referida Lei os atos jurídicos, em geral, não dependem de forma, salvo se alé expressamente impuser. Portanto como não há normatização sobre o instituto em questão considerar-se-ia sua forma livre. Nos países em que já é devidamente instituído é requisito que o indivíduo seja maior, capaz, que o documento seja assinado por duas testemunhas e que sua validade se dê após 14 dias de sua assinatura. É essencial também que se comprove a fase terminal do enfermo.

É prudente uma breve diferenciação entre a eutanásia e o testamento vital. A primeira consiste na interrupção de tratamentos úteis e proporcionais, provocando assim a morte. Enquanto no segundo objetiva-se a retirada de tratamentos fúteis,

extraordnários e que retiram a dignidade do paciente permitindo assim que a morte ocorra de forma natural.

6- Autonomia de vontade

A questão central do presente artigo gira em torno da expressão de vontade de paciente terminais na delimitação de seus tratamentos por meio de instrumento hábil, assim o princípio da autonomia privada mostra umbilicalmente ligado ao tema. Para Habermas a autonomia possui fundamento na liberdade de opinião individual, liberdade esta expressa pela vontade e opinião dos cidadãos aonde estes chegam a “um entendimento em que objetivos e normas se baseiam no igual interesse de todos”.

A autonomia privada, tradicionalmente intitulada como autonomia da vontade, é consagrada como um dos princípios basilares em nosso ordenamento jurídico, sobretudo no direito obrigacional. Em um breve apanhado histórico, doutrina majoritária atribui sua fixação nos séculos XI e II. Esta se dá em um contexto de mínima interferência Estatal na esfera individual. Após a Primeira Guerra Mundial, consoante o aumento da industrialização a intervenção Estatal nas relações privadas se intensificou e a tradicionalmente consagrada autonomia da vontade começou a ser mitigada e investiu-se de autonomia Privada.

Na realidade, não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma reatualização 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.

Tal princípio não pode ser analisado separadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que protege diversas dimensões de nossa realidade e que possui consagração na Constituição da República do Brasil em seu art. 1º, inciso III.

A dignidade constitui valor íntimo que vai além do livre arbítrio. Maria de Fátima de Sá posiciona-se quanto ao tema questionando se é possível considerar a efetividade da dignidade humana de um indivíduo em léito de UTI sem contradição sobre suas necessidades básicas. Para a autora com a comprovada inevitabilidade da morte e com o esgotamento dos métodos capazes de recuperar o enfermo, a opção de morte assume papel de respeito a autonomia e a dignidade do paciente. “O

pré-dongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer". Os avanços tecnológicos atuais instituíram uma preocupação com a longevidade e com a própria mortalidade. Hoje a morte não é mais considerada inevitável e fonte de vontade divina que deve ser aceita, mas sim como ocorrência a ser a todo custo evitada. Diante deste quadro, surge a reflexão acerca da existência de um direito de morrer do paciente terminal. Aqui é prudente uma breve diferenciação entre estado terminal e estado vegetativo. Para o primeiro, a morte é eminente e a vida só pode ser mantida por aparatos. No estado vegetativo a vida do paciente pode ser prolongada por tempo indefinido, utilizando apenas hidratação e alimentação.

Conclui-se que o estado terminal de um enfermo flutua entre duas incertezas, a possibilidade de recuperação aliada à iminência da morte, pelo exposto a análise da autonomia privada e da própria dignidade humana mostram-se elementos ao tema uma vez que na maioria das vezes a terminalidade é associada à incapacidade. O doente terminal é, antes de mais nada, uma pessoa que não pode ver limitados arbitrariamente os seus direitos pelo simples fato de se encontrar doente, na fase final de uma doença incurável no estado atual do conhecimento médico. Contudo, portanto, não obstante a doença que lhe dá uma esperança de vida previsível de um ou dois meses, a ser titular dos direitos reconhecidos nas grandes declarações de direitos no plano do Direito Internacional [...].

Concluindo, a morte digna é algo subjetivo, entretanto, ser submetido a e óbito a tratamento contra sua vontade nos parece ser uma afronta a princípios norteadores do nosso ordenamento. Morte digna pode ser considerada aquela em que o paciente possui discricionariedade sobre os quais métodos serão aplicados ao seu tratamento, é certo que existe uma linha divisória entre a discricionariedade e o conhecimento técnico que apenas o médico detém. Mas os profissionais da saúde precisam esperar a escaha do método escolhido pelo enfermo para prolongar ou não seu tratamento.

7- A posição do Conselho Nacional de Medicina

A legitimidade do testamento vital é reconhecida pela decisão do Conselho Federal de Medicina, no documento os pacientes registram o tratamento que desejam receber quando a morte se aproximar.

No Brasil o CFM não estabeleceu um formato padrão. O procurador de justiça Daluás Ribeiro, que participou da elaboração da resolução do CFM diz que

“É crucial, porém, que o testamento seja discutido com um especialista, para não haver nenhum conflito ético médico[...]”.

Os progressos operadores no campo das ciências médicas contribuíram para a manutenção da vida humana em condições antes impensáveis, ao mesmo tempo em que impuseram aos pacientes a sujeição a tratamentos, por vezes, invidiáveis. Nesse contexto, a morte aparece como fracasso terapêutico. De outro lado, a concepção da vida humana como um bem absoluto impede quaisquer valorações qualitativas da mesma, que deve ser entendida como simples realidade biopsicológica. Mas uma interpretação constitucional desse bem jurídico autoriza a sua consideração ao lado de outros valores fundamentais, entre os quais, o dignidade da pessoa humana.

Ao médico já não mais se impõe o dever incondicionado de tratar e aquelas situações em que não haja perspectivas objetivas de que o paciente possa vir a recuperar a consciência e restabelecer uma vida de relações, nesse caso a obstinação terapêutica deve ceder.

A necessidade da inclusão do Testamento Vital em nosso ordenamento jurídico é o respeito à autonomia do paciente perante a possibilidade de suspensão dos tratamentos médicos. Ressaltando que a decisão não é do médico, e tem a obrigação de informar ao paciente seu prognóstico, que lhe faculta procurar outras opções ou meios de tratamento. Ao médico cabe o dever de informar ao paciente, dever este garantido na CF/88, em seu artigo 5º, XV.

“É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O Código de Ética Médica, diz em seu artigo 34 que é vedado ao médico: “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Resta claro que o médico tem o dever de informar ao paciente acerca do tratamento que deverá ser submetido.

É de sabença que a cultura médica é preservar a vida a qual quer preço. Há também uma restrição religiosa, algumas pessoas não se sentiriam bem administrando cuidados paliativos, entre outros assuntos.

No entanto, é dever do médico diagnosticar e determinar o alcance da enfermidade, bem como a sua possibilidade de cura, cabendo então ao paciente

exercer a opção de limitar ou suspender o tratamento, com respaldo nas garantias constitucionais, não podendo estarem descartadas, uma vez que são garantias e não opções.

8. Conclusão

Concluindo, o que se percebe é que a expressão *testamento vital* ou *biológico* não é correta quanto à categorização jurídica, pois o que se propõe não é um testamento em si. Por isso, sugerimos que a sua denominação, na prática, seja alterada para *declaração vital* ou *biológica*, termos que melhor explicam essa categoria que está em amplo debate nos meios jurídicos nacionais. No entanto, proteger a vontade privada, assegurando o direito de escolha, considerando a autonomia e capacidade para decidir. Esse é o principal objetivo do *Testamento Vital*. É exatamente, em respeito a autonomia da vontade do paciente em estado irreversível que o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo ainda carecendo de positivação, tem contemplado a existência de requisitos de validade no tema discutido. Em suma, o instituto aqui analisado, se apresenta como uma alternativa entre uma morte mais confortável e o prolongamento do sofrimento por meio de tratamentos que não vão reverter o quadro do paciente. Os princípios constitucionais iluminam o direito do paciente em decidir sobre a sua vida e também sobre sua morte.

9. Referências:

Conselho Federal de Medicina Resolução nº 1995/2012. Disponível em <<http://www.portalmec.org.br/resducoes>>; acesso em out/2014

Diretivas Antecipadas do Testamento Vtal. Disponível em acesso em 16 de out/2014

PANALVA, Luciana Dadalto. Dedicação prévia de vontade do paciente terminal. Disponível em <http://revistabiometrica.dfm.org.br> > acesso em out/2014.

Diretivas Antecipadas do Testamento Vtal. Disponível em <testamentovtd.com.br>acesso em out/2014

PANALVA, Luciana Dadalto. Dedicação prévia de vontade do paciente terminal. Disponível em acesso em out/2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>> acesso em 29 out. 2014.

MOTTA, Francisco Móri Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. Disponível em acesso em out/2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>> acesso em 29 out. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Almedina. 2003. Pag. 384.

DIAS, Maria Berenice. Bioética e Direito. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/> acesso em 31 out/2014

