

A PRÁTICA DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO¹

Desiree Castilhos Meurer²

Anarita Araújo da Silveira³

SUMÁRIO: Introdução; 1 Testamento vital como diretiva antecipada de vontade e sua previsão legal; 2 Disposições válidas no testamento vital; 3 Disposições que causam a nulidade do testamento vital; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa o instituto do testamento vital, o qual é espécie de diretiva antecipada de vontade, no qual um paciente em estado terminal pode dispor acerca de tratamentos que deseja ou não receber no momento que não puder mais falar por si. Pretendeu-se compreender aqui, as dificuldades enfrentadas na validação desse documento, uma vez que não possui legislação que o regulamente, baseando-se em direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, em dispositivos do Código Civil e na Resolução 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina que tratam do assunto. Como método de abordagem utilizou-se o dedutivo, em que parte da conceituação do testamento vital como diretiva antecipada de vontade para se chegar em seus desmembramentos de validade e nulidade. Outrossim, analisou-se através de bibliografias de autores especialistas no assunto da Bioética e Biodireito, quais as disposições podem estar contidas no testamento vital, como a recusa à intubação, bem como quais procedimentos invalidam o documento, como por exemplo a prática da eutanásia ou a declaração de doação de órgãos. Objetivou-se também uma análise das disposições que nulificam o testamento vital, por serem proibidas ou estarem em desacordo com a legislação brasileira. Chegando-se a conclusão de que o testamento vital é válido, a partir do princípio que se baseia na autonomia e no direito de liberdade do ser humano, bem como o ordenamento jurídico brasileiro deve buscar regulamentar esse instituto detalhadamente para que não ocorram casos de anulabilidade do documento.

PALAVRAS-CHAVE: Nulidade. Testamento Vital. Validade.

ABSTRACT: The present article examines the vital will institute, which is the type of advance directive of will, not which a terminally ill patient can dispose about treatments that he wishes or does not receive at the moment that he can no longer speak for himself. It was intended to understand here, the difficulties faced in the validation of this document, since it does not have

¹ Artigo elaborado na disciplina de Trabalho Final de Graduação II como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

² Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN).

³ Orientadora. Mestre em Direito (UNISC). Professora de Direito da Universidade Franciscana (UFN).

legislation that regulates it, based on fundamental rights listed in the Federal Constitution, in provisions of the Civil Code and in Resolution 1.995 / 12 of the Federal Council of Medicine that deal with the subject. As a method of approach the deductive was used, in which part of the conception of the living will as an advance directive of will to arrive at its dismemberments of validity and nullity. Furthermore, it was analyzed through bibliographies of authors specialized in the subject of Bioethics and Biological Law, which provisions may be contained in the living will, such as the refusal to intubate, as well as which procedures invalidate the document, such as the practice of euthanasia or example example an organ donation statement. The objective was also to analyze the provisions that nullify the living will, as they are prohibited or are in disagreement with Brazilian legislation. Coming to the conclusion that the living will is valid, from the principle that it is based on the autonomy and right of freedom of the human being, as well as the Brazilian legal system should seek to regulate this institute in detail so that cases of annullability do not occur of the document.

KEYWORDS: Living Will. Nullyti. Validity.

INTRODUÇÃO

Historicamente o testamento vital surgiu como uma forma de dar suporte à pessoa que decidisse optar, em documento, por não sofrer algum tratamento invasivo caso viesse a se encontrar em estado terminal, no qual não pudesse mais manifestar sua vontade.

O Testamento Vital é considerado um instituto do tipo diretivas antecipadas de vontade, no qual uma pessoa dita instruções acerca de futuros tratamentos e cuidados médicos que deseja ter no caso de um dia se encontrar incapaz de expressar sua vontade. Regulamentado pela Resolução 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina, o documento serve como um suporte para evitar o prolongamento da vida a qualquer custo, em casos que não há mais perspectivas sobre a vida do paciente e que o trabalho do médico é mantê-lo vivo independente da vontade, causando-lhe um sofrimento prolongado sem que haja nenhuma expectativa de melhora.

Ainda que conte com a Resolução para regulá-lo, essa diretiva carece ainda de base jurídica para fazer o instituto ser reconhecido e aceito, sendo ainda hoje pouco usado pelas pessoas pela falta de conhecimento sobre ele e também por uma falta de garantia jurídica, necessitando que se tenha um olhar dedicado sobre o assunto por tratar de uma garantia tão importante para o ser humano que pode ter o poder de decidir sobre sua vida.

No ordenamento jurídico brasileiro o testamento presume-se válido baseando-se no direito de liberdade garantido pela Constituição Federal, nas leis civis e na resolução que o prevê, porém, apesar de expressar a vontade do paciente, encontra limitações na legislação

brasileira, qual seja em relação a prática da eutanásia como também da doação de órgãos. Segundo a legislação brasileira a eutanásia é proibida por ser enquadrada como crime de homicídio ou suicídio assistido, já a doação de órgãos regida pela lei 10.211/01, deve ser autorizada por cônjuge ou parente do falecido, portanto não é aceita em testamento pois necessita dessa concordância.

Diante disso, observa-se a relevante discussão acerca do tema, que necessita de um olhar mais humanizado e que precisa ser regulado por uma lei específica que esclareça os pontos que podem e não podem estar contidos, para que não incorra em nulidade, e sim faça valer a vontade da pessoa que o escreveu no momento que esta precisar. Trata-se de um tema de extrema relevância pois garante vontades do fim de vida do ser humano que não possa mais responder por si mesmo, ficando sujeito à escolhas médicas ou de parentes que por vezes podem não ser seus desejos, trazendo um sentimento que não se pode mensurar.

Neste trabalho serão conceituadas, em um primeiro momento, o que são as diretivas antecipadas de vontade e qual seu objetivo, à luz das garantias fundamentais resguardadas pela Constituição Federal em seus artigos 1º e 5º que garantem a autonomia e a liberdade a todas as pessoas. Bem como, o que é o testamento vital e qual a relevância desse instituto como uma diretiva antecipada de vontade, analisando-se a dificuldade de sua compreensão uma vez que inexistente regulamentação específica tratando do tema, contendo apenas com a Resolução 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina, para dar suporte ao tema. Por fim, será feita uma análise das disposições possíveis de estarem contidas nesse testamento que servirão para exercer a vontade e os desejos do paciente terminal, bem como, quais disposições não podem estar contidas por incorrerem em nulidade do documento, como o caso de disposições acerca da eutanásia e da doação de órgãos.

A pesquisa se mostra, portanto, relevante e atual, trazendo este trabalho o conceito do testamento vital como sendo uma forma de diretiva antecipada de vontade, sua regulamentação legal, bem como quais disposições são válidas no momento do uso deste documento, como também o que não pode estar contido nele podendo incorrer em sua nulidade. Mostra-se assim a relação do trabalho com a linha do curso de Direito uma vez que se faz uma discussão atual de um tema trabalhado no Biodireito e que ainda é um tanto desconhecido. Os estudos acerca de um documento que priorize a vontade do paciente terminal segue a ideia dos objetivos que o Biodireito trabalha, de priorizar a dignidade da pessoa humana, o princípio da beneficência, da autonomia e da justiça, demonstrando assim a necessidade de regulamentação desse instituto

frente aos avanços que o Biodireito alcançou entre a proteção do direito e o aperfeiçoamento das tecnologias.

O método de abordagem utilizado na presente pesquisa é o dedutivo, pois partirá de uma abordagem geral conceitual a respeito do que são diretivas antecipadas de vontade, testamento vital e regulamentação, para então, realizar a análise específica e individual de validade e nulidade do documento. Já o método de procedimento utilizado será o monográfico e bibliográfico, uma vez que serão estudados autores da área da Bioética e do Biodireito.

1 TESTAMENTO VITAL COMO DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE E SUA PREVISÃO LEGAL

Historicamente os avanços da medicina sempre foram direcionados ao prolongamento da vida, buscando a cura para a maioria das doenças e/ou encontrando métodos artificiais de prolongamento da vida em qualquer situação.

Com a necessidade de dar suporte ao paciente que não estivesse em condição de decidir sobre sua vida e com a necessidade de que lhe fosse assegurado suas próprias vontades, nascem as diretivas antecipadas de vontade, como uma resposta aos avanços tecnológicos e aos tratamentos médicos empregados em situações irreversíveis, procurando garantir dignidade e autonomia a pacientes terminais, colocando em primeiro lugar a vontade do paciente e garantindo-lhe os direitos básicos elencados na Constituição Federal.

A Constituição traz em seus artigos 1º e 5º, que a dignidade da pessoa humana é fator preponderante no ordenamento jurídico, sendo garantido a todo e qualquer cidadão uma vida digna com o respeito que lhe é devido, devendo-se sempre buscar resguardá-lo.

Nas palavras da especialista Luciana Dadalto:

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) frutificaram nas últimas décadas em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros diante do crescente anseio pela valorização da vontade do paciente, tendo como pedra fundamental as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial contra os pacientes e a necessidade de proteção da autonomia e da dignidade destes. (DADALTO, 2018)

Nesse contexto, as chamadas diretivas antecipadas de vontade, constituem um documento escrito por pessoa lúcida, em pleno exercício de suas capacidades, consciente das decisões que estão sendo tomadas e de seus desdobramentos. Objetiva manifestar a vontade a respeito de cuidados, tratamentos e intervenções às quais deseja (ou não) ser submetida quando estiver impossibilitada de se expressar. As diretivas podem ser revogadas a qualquer momento pelo paciente, mas, caso não o faça, entrarão em vigor quando este se tornar incapaz de tomar as próprias decisões.

Esse documento então, passa a ser uma forma de garantir a dignidade da pessoa enferma, suas vontades e desejos sem ferir suas garantias fundamentais. Assim, Juana Teresa Betancor (apud MOTA, 2014):

[...] é um instrumento jurídico no qual os indivíduos capazes para tal, em sã consciência, expressem sua vontade acerca das atenções médicas que deseja receber, ou não, no caso de padecer de uma enfermidade irreversível ou terminal que lhe haja conduzido a um estado em que seja impossível expressar-se por si mesmo.

No entanto, em se tratando de diretivas, não há apenas uma maneira de manifestá-las, com a possibilidade de mais de uma forma de registrar essas vontades de fim de vida, surgem não só o testamento vital como o mandado duradouro, os quais segundo Dadalto (2013, p. 518), “as diretivas antecipadas são gênero, do qual é espécie o Testamento Vital e o Mandado Duradouro”.

Como uma das espécies dessas diretivas, o testamento vital surge em meados do século XX, como uma forma de colocar à frente o desejo e a autonomia do paciente nas situações em que este não poderia mais responder por si, segundo Flávio Tartuce, 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”. Com isso, no momento em que se encontrar incapacitado, o enfermo terá garantido quais tratamentos aceita ou não para prolongar sua vida.

Apesar de ainda não possuir legislação específica que o regule, existem muitas formas de assegurar esse direito juridicamente como, por exemplo, a Resolução nº 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina que define em seus artigos 1º e 2º:

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;

Essa resolução publicada pelo Conselho Federal de Medicina, trouxe avanços acerca de diretivas antecipadas de vontade, demonstrando a importância do instituto e considerando a falta de regulamentação que dificultava até mesmo o posicionamento do médico frente à vontade deixada pelo paciente.

A previsão do instituto na Resolução do CFM é uma forma de garantia de vontade da pessoa perante a atuação médica nas situações irreversíveis, juntamente com o Princípio Constitucional da Dignidade Humana e em conjunto com o artigo 15 do Código Civil, os quais fazem valer a autonomia em primeiro lugar, sendo a dignidade o basilar e inerente a todos os seres humanos, afirmando assim a necessidade de uma conduta de respeito às vontades de cada um, como bem observado nas palavras de Ingo W. Sarlet (2002, p.61) “onde não houver limitação do poder, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana(...)”

Portanto uma regulamentação jurídica acerca do testamento vital deve justamente vir para salvaguardar as pessoas e dar voz aos seus desejos, reafirmando as garantias fundamentais e protegendo o documento de dúvidas e erros que o invalidem e façam perder sua eficácia, discredibilizando-o.

Acerca deste instituto e sua regulamentação, tem-se as palavras de Luciana Dadalto, que bem explana sobre o conceito:

O testamento vital, analisado neste brevíssimo ensaio, deve ser entendido como um negócio jurídico existencial pelo qual uma pessoa juridicamente capaz manifesta sua vontade sobre quais tratamentos, procedimentos e cuidados médicos deseja ou não se submeter caso seja diagnosticado com uma doença incurável e terminal, e, uma vez que inexistente legislação específica sobre o tema no Brasil, deve-se entender que sua forma é livre. Como tal, parece adequado o seu enquadramento como negócio jurídico unilateral sob condição suspensiva, que tem suas raízes axiológicas na Constituição da República e na proteção à dignidade humana; (DADALTO e FALEIROS, 2019)

Contudo, por essa falta de legislação específica, o instituto do testamento vital ainda é muito contraditório, uma vez que sua aplicação depende exclusivamente da apresentação do documento ao médico e este baseia-se tão somente na Resolução do CFM, não tendo uma base legal para acatar, correndo o risco de nulidade dos efeitos deste no caso de haverem disposições contrárias ao Código de Ética Médica e ao Código de Direito Civil.

Dadalto explica bem a situação legal do testamento vital no Brasil:

Não há no Brasil nenhuma associação civil que lute para implementar a declaração prévia de vontade do paciente terminal, não há nenhum projeto de lei específico sobre as diretivas antecipadas em trâmite no Congresso Nacional, o primeiro livro –e único- publicado sobre o tema no Brasil é de 2010, não existem muitos artigos científicos sobre a temática, a maior parte dos profissionais de saúde desconhece o que seja a declaração prévia de vontade do paciente terminal, a maior parte dos cartórios de notas desconhece o documento [...].

Não se pode, portanto, negar a existência do instituto, uma vez que fica explícita sua aceitação. Porém, é necessário que regule essa diretiva para que não reste dúvidas e a pessoa enferma possa ter garantidos seus desejos e vontades, como lhe assegura a Constituição e o Código Civil, leis essas supremas do nosso ordenamento.

Na doutrina brasileira, o instituto já é reconhecido. Há diversas ações civis em que esse direito é reconhecido e garantido, como no caso da Ação Civil Pública de nº 1039-86.2013.4.01.3500/Classe 7100, na qual O Ministério Público Federal moveu Ação Civil Pública, com pedido de liminar, para suspender a Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.995/2012, que “dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes” (ortotanásia). Para o MPF, a normativa extrapola competências legais do Conselho, como também agride a Constituição da República.

No entanto, a decisão da Justiça Federal foi favorável à Resolução, como demonstra a transcrição

[...] Igualmente, em exame inicial, entendo que a Resolução é constitucional e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos, sem o submeter, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não mais tragam qualquer benefício.

No mais, a manifestação de vontade do paciente é livre, em consonância com o disposto no art. 107 do Código Civil, que somente exige forma especial quando a lei expressamente estabelecer. É de se observar que a Resolução apenas determina ao médico o registro no prontuário da manifestação de vontade que lhe for diretamente comunicada pelo paciente, não tendo determinado a forma de comunicação.

Da mesma forma, para a validade das diretivas antecipadas de vontade do paciente devem ser observados os requisitos previstos no art. 104 do Código Civil, não sendo necessário que a Resolução reitere a previsão legal [...].

Chega-se à conclusão de que a validade legal do testamento vital “é juridicamente possível no Brasil, mesmo sem a existência de legislação específica” (XIMENES, 2014), sendo

necessária a busca de uma regulamentação legal para dar suporte à esse documento que trata de questões tão delicadas do fim de vida.

O Testamento Vital se aplica não só em pessoas no estado terminal, mas em todos os estágios clínicos que as colocam em situação de fim de vida, como doença terminal, estado vegetativo persistente e doenças crônicas. Busca-se o direito de morrer com dignidade.

Com a difusão desse instituto e na busca de preservar os desejos de quem quer que seja que um dia se imagine em condições de não poder responder por si próprio, faz-se necessário aprofundar essa discussão e o conhecimento acerca do testamento vital, como bem colocadas as palavras da autora Heloisa Barboza “A cada momento os direitos fundamentais são postos à prova, perquiridos em sua extensão e efetividade: o ser humano está em jogo em sua integridade psicofísica.” (BARBOZA, 2013).

A necessidade da inclusão do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro é o respeito à autonomia do paciente perante possibilidade de suspensão dos tratamentos médicos. Ressaltando que a decisão não é do médico, ele tem a obrigação de informar ao paciente seu prognóstico, que lhe faculta procurar outras opiniões ou meios de tratamento. Ao médico cabe o dever de informar ao paciente, dever este garantido na CF/88, em seu artigo 5º. XIV.

Faz-se necessário que o Estado não meça esforços para garantir ao ser humano uma vida digna, mas que por outro lado, não se esqueça de garanti-la no momento da morte, uma vez que morrer de forma digna também é um direito do ser humano, não devendo ser uma imposição, mas sim uma faculdade.

O instituto foi claramente reconhecido pelo Conselho de Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil, com o enunciado nº 527, que assim declarou:

“É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’ em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade”

Resta clara que a vontade do paciente expressa em testamento vital de não ser submetido a tratamentos inúteis, cuja finalidade seja apenas prolongar a vida sem nenhum outro resultado, não é forma de eutanásia, mas sim reconhecer a morte como elemento da vida humana, deixando que ocorra sem o recurso de meios artificiais que prolonguem a agonia do paciente. Este documento deverá ser escrito por pessoa com discernimento e terá eficácia somente

quando o paciente estiver em estado de fim da vida, podendo ser revisado a qualquer momento, garantindo ao paciente um tratamento digno.

Observa-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido para reconhecer que o testamento vital, como uma diretiva antecipada de vontade, veio para dar suporte aos pacientes que se encontram em um momento delicado do fim de vida, podendo decidir sobre o que lhes parece a melhor maneira de enfrentar uma doença incurável, sem lhes trazer mais dor e sofrimento.

Diante disso, torna-se um desafio escrever o testamento vital com disposições que sejam válidas e o tornem eficaz no momento necessário, fazendo-se necessário uma análise acerca de quais tratamentos podem estar contidos no documento que sejam válidos, bem como quais disposições o invalidam e o faça perder sua eficácia, baseando-se apenas em cláusulas dispersas sem uma regulamentação específica.

2 DISPOSIÇÕES VÁLIDAS DO TESTAMENTO VITAL

O testamento vital pressupõe-se válido desde que o paciente que o redigiu esteja plenamente capaz e no gozo de suas capacidades civis no momento que o fez, não necessitando, portanto, de aprovação para produzir seus efeitos. Todas as cláusulas nele contidas, que não estejam em conflito com o ordenamento jurídico brasileiro, terão validade quando se fizer necessário seu uso. Destaca-se as palavras de Dadalto acerca da validade:

(...) Já foi dito que não existe norma específica acerca da declaração prévia de vontade do paciente terminal no Brasil, contudo, tal afirmação não gera, e não pode gerar o entendimento de que este documento seja inválido no Brasil. Isto porque uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais concede aparato para a defesa da validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no ordenamento jurídico brasileiro.

Diferentemente das outras espécies de testamento, o “vital” é o documento apropriado para surtir efeitos antes da morte, em situações específicas tais como aquelas que impliquem estado de incapacidade civil, mesmo que provisória, a fim de que, neste momento, os interesses do paciente sejam preservados.

Esse documento serve como garantidor de vontades a pessoa que, por alguma circunstância, venha a se encontrar em situação terminal irreversível, na qual não se tenha mais perspectivas de cura, buscando com o documento uma garantia de não sofrer invasões em seu corpo com tentativas de tratamento que venham apenas a retardar seu processo de morte. Porém a inexistência de uma regulamentação, deixa um vácuo sobre sua validade e dispositivos válidos, ainda que seja constitucionalmente legal.

Nas palavras pontuais de Raquel Ximenes:

(...) o testamento vital é juridicamente possível no Brasil, mesmo sem a existência de legislação específica, desde que tratado como declaração de vontade e não como testamento, observados os requisitos de existência e validade dos demais atos e negócios jurídicos nos termos do Código Civil.

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é exatamente o exercício do direito fundamental à liberdade de forma genuína, vez que este documento nada mais é do que um espaço que o indivíduo tem para tomar decisões pessoais, personalíssimas, que são imunes a interferências externas, sejam elas dos médicos, da família ou de qualquer pessoa que pretenda impor sua própria vontade.

Para entender melhor o uso deste instituto, destaca-se em que situações esse documento poderá ser manifestado, destacando-se alguns dos requisitos para que o paciente seja considerado terminal, são eles: (1) a impossibilidade de reversibilidade do quadro clínico; (2) conseqüentemente, ineficácia dos tratamentos terapêuticos disponíveis; (3) e elevada probabilidade de morrer em um período curto de tempo.

Em casos irreversíveis, existem os tratamentos extraordinários. Eles se caracterizam por prolongar a vida do paciente artificialmente, acarretando-lhe o ônus de se submeter a medidas que causam sofrimento, sem que qualquer benefício real seja evidenciado, já que a morte é inevitável no caso do paciente terminal. Nesse momento surge o testamento vital, valendo-se da vontade predeterminada desse paciente.

Nas palavras de Letícia Moller

O direito de um doente em estágio terminal (cuja morte é inevitável e iminente), de recusar receber tratamento médico, bem como, o de interrompê-lo, buscando a limitação terapêutica no período final da sua vida, de modo a morrer de uma forma que lhe parece mais digna, de acordo com suas convicções e crenças pessoais, no exercício de sua autonomia, encontra-se plenamente amparado e reconhecido pela nossa Constituição. (MOLLER, 2007).

Portanto o que pode estar contido no documento são tratamentos aos quais o paciente deseja ou não ser submetido (no caso de doença irreversível) como por exemplo não ser submetido a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais; não ser submetido a medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte; não ser submetido a intubação, hemodiálise ou traqueostomia; entre outros.

Assim, na opinião da professora Roxana Borges (2005) “é assegurado o direito (não o dever) à vida, e não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento”. Diante disso, por não ser obrigado a continuar vivo, perfeitamente possível a escolha do paciente anteriormente mesmo à própria doença, em não receber tratamento caso se encontre em estado vegetativo no qual não possa mais expressar sua vontade

Bem como podem estar contidos outros desejos do indivíduo, como por exemplo, o recebimento de assistência religiosa quando decida interromper meios artificiais de vida (descrevendo a crença); participar em estudos de fase experimental, investigação científica ou ensaios clínicos; entre outros.

Compreendendo-se o objetivo que o Código Civil brasileiro traz em seu artigo 15, preceituando que ninguém deve ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, garantindo assim sua autonomia e liberdade constantes na Constituição Federal, a declaração prévia de vontade do paciente terminal é instrumento garantidor deste dispositivo legal, vez que evita o constrangimento do paciente ser submetido a tratamentos médicos fúteis, que apenas potencializam o risco de vida ou em nada contribuem para sua melhora.

Segue-se, portanto, na mesma linha de pensamento de Dadalto:

Ora, a declaração prévia de vontade do paciente terminal é exatamente o exercício do direito fundamental à liberdade de forma genuína, vez que este documento nada mais é do que um espaço que o indivíduo tem para tomar decisões pessoais, personalíssimas, que são – e devem continuar a ser – imunes a interferências externas, sejam elas dos médicos, das famílias, da família ou de qualquer pessoa e/ou instituição que pretenda impor sua própria vontade, ou conforme a teoria habermasiana, seu próprio conceito de “vida boa”.

Deve-se entender a complexidade do instituto e sua importância, uma vez que trata de um momento tão delicado em que a pessoa não pode mais responder por si, trazendo um vácuo na garantia da liberdade e sua autonomia. Nas palavras do ilustre Leo Pessini “Trata-se de

repensar a dignidade da vida humana como sendo não somente um grito pela dignidade no adeus após longa vida desfrutada, mas o resgate urgente da dignidade do viver.”

Partindo então da premissa de que o testamento é válido perante o ordenamento jurídico, aceito, e que pode ser usado pelo paciente em diversas situações como as elencadas anteriormente, Maria Berenice Dias (2005, p. 210) faz a menção que o documento deve ser elaborado por pessoa plenamente capaz.

Salienta-se que o testamento vital não possui forma prescrita pelo Conselho Federal de Medicina, não havendo um padrão a ser respeitado, e, assim, seus requisitos e formalidades são avaliados conforme as leis esparsas do ordenamento jurídico brasileiro, não podendo o testamento possuir contradições com as leis existentes. Pontua-se, portanto, a maior necessidade para validade do testamento, sendo a capacidade, ou seja, que o paciente esteja no gozo de sua capacidade e discernimento.

Para garantir que o testamento vital esteja de acordo com o ordenamento, seguindo os requisitos para sua validade, deve-se pensar em fazê-lo sob o aconselhamento de um médico de confiança, a fim de que este converse com o paciente e o informe acerca de quais tratamentos são ordinários e quais são extraordinários e tire as dúvidas que por ventura existirem.

Como também, poderá fazê-lo com acompanhamento de um advogado especialista no tema, tendo em vista que o testamento vital refere-se a questões médicas e jurídicas é importante que, além do suporte médico, o declarante tenha respaldo de um advogado na feitura do documento para que assim não corra o risco de anulabilidade dos seus efeitos.

Entende-se, portanto, que as diretivas antecipadas de vontade são disposições lícitas e independem de norma específica que determine sua validade e efeitos jurídicos, sendo plenamente possível sua confecção e eficácia por se tratar de garantia de direito essencialmente humano, independente de positivação, porém necessitam de um olha legal no momento de sua feitura para não incorrer em nulidade.

3 DISPOSIÇÕES QUE CAUSAM A NULIDADE DO TESTAMENTO VITAL

Como já dito, as diretivas antecipadas de vontade, constituem-se de um documento pelo qual a pessoa manifesta o desejo de quais tratamentos quer ou não se submeter no estado terminal, quando não puder expressar suas vontades. Este documento é feito quando a pessoa estiverem plena capacidade e terá eficácia apenas quando não puder mais expressar suas vontades, tendo esta declaração algumas restrições como as citadas por Luciana Dadalto “[...] a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico, e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela Medicina.” (DADALTO, 2013).

Pela falta de regulamentação e de acompanhamento quando da feitura do testamento vital, é possível que o indivíduo cometa equívocos acerca das disposições ali descritas. O estudo do tema testamento vital tem como plano de fundo o chamado “direito de morrer”, nesse contexto, é necessário distinguir alguns institutos que costumam gerar dúvidas, ainda mais para a validade desta diretiva antecipada de vontade, uma vez que algumas práticas são proibidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Já é de amplo conhecimento que o testamento não poderá conter disposições contrárias à legislação brasileira, o que torna ineficaz as disposições que prevejam a eutanásia, como por exemplo, o desligamento de máquinas ou a suspensão de tratamentos ordinários, ou então disposições acerca da doação de órgãos.

No Brasil não há tipo específico para a eutanásia. O ato conhecido como eutanásia é considerado crime no país, previsto no art. 121 do Código Penal como homicídio, no qual um agente provoca a morte de outrem.

O instituto da eutanásia pode ser entendido como “a morte provocada” em uma situação de solidariedade para com o sujeito que está sofrendo. A palavra eutanásia, conforme preceitua Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p. 38), deriva do grego *eu* (boa) e *thanatos* (morte), traduzida como “boa morte” e atualmente utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas.

Como bem dispõe acerca dessa proibição Luís Roberto Barroso:

Assim sendo, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia - aí compreendida a limitação do tratamento constituiriam hipóteses de homicídio. [...] A

existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma persecução penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo a sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido. [...] Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na autoridade do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de sujeito do enfermo. (BARROSO, 2010)

Portanto, não se pode dispor em testamento vital acerca da eutanásia, por se tratar de método de abreviar a vida proibido pelo ordenamento jurídico por ser considerado crime. Tal disposição invalidaria diretamente o testamento vital, tornando-o nulo e sem efeitos.

Quanto às disposições sobre doação de órgãos estas também tornam ineficaz o instituto, vez que a declaração prévia de vontade do paciente terminal é, por essência, negócio jurídico, com efeito, *inter vivos*, cujo principal objeto é garantir a autonomia do sujeito quanto aos tratamentos a que este será submetido em caso de terminalidade da vida.

Ademais, a doação de órgãos no Brasil já está regulada pela lei n.º 9.434/97, alterada pela lei n.º 10.211/01, bastando que, para a efetivação da doação, sigam-se seus ditames, inclusive, entre eles, está a autorização do cônjuge ou de parente maior de idade, obedecida a linha colateral, o que não seria admissível no testamento vital, vez que ele expressa a vontade autônoma do paciente.

Segundo o disposto na lei, aplicando-se ao instituto do testamento vital, podem haver contradições, uma vez que a lei permite em seu artigo 9º a auto disposição de órgãos:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

No entanto, apesar de o artigo permitir a disposição de órgãos pela própria pessoa, concluindo-se que um indivíduo poderia então fazer essa disposição em testamento vital, por exemplo, tem-se o artigo 4º indicando que, apesar de disposição acerca do tema, a doação de órgãos só se dará após autorização de cônjuge ou parente, vejamos

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Portanto, torna-se inválida frente ao ordenamento jurídico brasileiro, a disposição acerca de doação de órgãos na declaração prévia de vontade do paciente terminal, uma vez que, no momento em que se encontrar nessa situação, a decisão dependerá tão somente dos familiares, independente de disposição no testamento vital.

Com isso, entende-se que a disposição acerca da doação de órgãos não produz efeitos no testamento vital, uma vez que o testamento vital serve para produzir seus efeitos ao paciente ainda em vida, mas que não tenha mais consciência de decidir por si, ou seja, sem a capacidade necessária para decidir dispor de seus órgãos.

A legislação especial sobre o tema, portanto, na ponderação entre liberdade e solidariedade, prioriza a liberdade, mas, curiosamente, não a liberdade do possível doador e sim a liberdade da família. De fato, entre as duas, a liberdade do possível doador é absolutamente desprezada diante do desejo da família: ainda que o falecido tenha, em um gesto de solidariedade, exprimido o desejo de doar seus órgãos, esta manifestação será desconsiderada se a família não concordar expressamente com o transplante.

O princípio da dignidade da pessoa humana serve de alicerce para a interpretação das normas jurídicas e dos demais princípios no caso concreto, e qualquer ato contrário a esse princípio deve ser repudiado e deverá sofrer as sanções cabíveis.

Assim sendo, da mesma forma que o princípio garante uma vida digna, deve haver uma ampliação em sua interpretação para entender, também, que é garantido aos indivíduos o direito a uma morte com dignidade, e mesmo em estado terminativo, no processo de morte, há de se buscar um meio que não venha a afetar a decisão do paciente em não ser submetido a determinados tratamentos, garantindo-lhe assim o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador da Constituição, bem como demais princípios expressamente previstos.

Cumprido ressaltar que o instante da morte é o último ato da vida, e assim como essa deve ser respeitada e levada com dignidade, a morte também, não devendo um paciente ter sua vida prolongada artificialmente se não for de sua vontade, e qualquer ato que contrariar sua decisão estará infringindo um direito fundamental, pois a partir do momento que não se pode mais viver com dignidade, não faz qualquer sentido querer manter a vida de alguém forçosa e inutilmente, contrariando a vontade do maior atingido, que é o próprio paciente.

É necessário buscar a ponderação nesse caso, respeitando o que o mesmo estabeleceu enquanto estava no pleno gozo de suas faculdades mentais, lhe garantindo seu direito a morrer com dignidade, viabilizando a ortotanásia, que caracteriza-se a morte digna, sem intervenção médica que seja inútil, pois viver com ela já não é mais uma opção.

Portanto, o testamento vital serve como garantia a um indivíduo que o faz enquanto plenamente capaz, de que terá direito à uma morte digna, que respeite os limites estabelecidos pelo mesmo e respeite sua decisão, sob pena de infringir o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que alguns procedimentos são demasiados invasivos e não trariam, de forma alguma, benefícios para o quadro do paciente que já se encontra em estado terminativo.

CONCLUSÃO

As diretivas antecipadas de vontade são disposições lícitas e independem de norma específica que determine sua validade e efeitos jurídicos, sendo plenamente possível sua confecção e eficácia por se tratar de garantia de direito essencial, independente de positivação.

Estudos e abordagens seguem na perspectiva de tornar essas diretivas ainda mais conhecidas e difundidas, para garantir a todo ser humano o poder da escolha de sua própria vida, sem que lhe seja imputado sofrimento ou dor, fazendo valer suas opiniões e desejos, uma vez que morrer de forma digna também é direito do ser humano, não devendo ser uma imposição, mas sim uma faculdade.

Trata-se, portanto, de compreender que a validade do instituto jurídico do testamento vital já é reconhecida, uma vez que garantido por princípios constitucionais, pela Resolução 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina e apoiado em leis do Código Civil, que garantem sua legitimidade considerando que ainda não possui uma regulamentação específica.

No entanto, se faz necessário também que o utilizar do documento o construa baseado em disposições válidas do ordenamento, não incorrendo no erro de requerer ações como a antecipação de morte – eutanásia - por exemplo, pois esta é proibida no Brasil, bem como, optar em testamento vital pela doação de órgãos após sua morte, sendo que a legislação própria da

doação de órgãos exige a confirmação de um parente para que se efetive, incorrendo nesses casos em nulidade do documento, perdendo sua eficácia e invalidando essa manifestação de vontade que é tão importante no momento que o paciente necessita.

Conclui-se que o testamento vital, mesmo com a inexistência de legislação específica, é válido no Brasil, fundamentado em uma interpretação constitucional do ordenamento jurídico, que garante sua legitimidade, embasada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia e da liberdade. Oferecer ao cidadão a possibilidade de elaboração do testamento vital é garantir ao indivíduo a capacidade de governar sobre a própria existência, desenhando sua trajetória de vida de acordo com seus princípios.

Ainda há um enorme caminho a ser perseguido na busca da compreensão e introdução do testamento vital na sociedade como um todo, necessitando-se de uma regulamentação legal no ordenamento jurídico para garantir a segurança jurídica que o instituto de tamanha importância merece.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **A pessoa na Era da Biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade**. Cadernos IHU Ideias (UNISINOS), 2013.

BARROSO, Luís Roberto; Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Revista da Faculdade de Direito da UFU. São Paulo, v.34, 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 16 de novembro de 2020.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Jus Navigandi. São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>>. Acesso em: 04 de novembro de 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000.

DADALTO, Luciana. **A judicialização do testamento vital: análise dos autos n. 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP.** A.7 n.2. 2018. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

DADALTO, Luciana Penalva. **As contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro.** Rio de Janeiro: Revista Bioética, 2013.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal).** 2013. Disponível em: <<http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

DADALTO, Luciana; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Testamento vital eletrônico: considerações quanto ao uso da tecnologia para o implemento desta espécie de Diretivas Antecipadas de Vontade na sociedade da informação.** Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://mighas.uol.com.br/coluna/direito-e-bioetica>>. Acesso em: 19 de novembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Vida e morte: aborto e eutanásia.** In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (coord). **Biodireito e bioética: uma introdução crítica.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 207-211.

MOLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia.** Curitiba, 2007.

MOTA, Silvia. **Testamento Vital.** Rio de Janeiro, 26 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://www.silviamota.com.br/visualizar.php?id=4652422>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

RESOLUÇÃO n° 1.995/2012 de 31 de agosto de 2012. Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>> Acesso em: 14 de outubro de 2020.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ed. Porto Alegre, 2002.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO José Fernando. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. 5ª ed.. São Paulo: Método, 2012, vol.6.

XIMENES, Rachel Letícia Curcio. **Testamento vital possibilita direito à dignidade**. 09 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-fev-09/rachel-ximenes-testamento-vital-possibilita-direito-dignidade>>. Acesso em 14 de outubro de 2020.