

O TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: SUA VALIDADE ANTE A AUTONOMIA DA VONTADE E UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB O PRISMA DO DIREITO COMPARADO¹

Camila Araújo Martins

Carolina Sousa de Araujo Ferreira²

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações acerca do Testamento Vital. 2.1. Autonomia de vontade; 3. Testamento Vital e sua admissibilidade no Ordenamento Jurídico brasileiro; 4. Testamento Vital diante do Direito Comparado; 4.1. EUA – “*living will*”; 4.2. Itália – caso Welby; 4.3. Portugal. Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente artigo tem o escopo de fazer uma abordagem sobre a validade do testamento vital, se é possível a utilização desse instituto no atual Ordenamento Jurídico, visto que não há previsão legal expressa, mas uma ponderação que se pauta em princípios como da autonomia privada e a dignidade humana. Primeiramente, analisar-se-á o que se entende por testamento vital, sua natureza jurídica, noções e considerações gerais, os requisitos e formalidades para que o mesmo tenha eficácia. Deste modo, em um segundo momento, dá-se ênfase ao direito comparado onde em alguns países há a previsão legal do instituto jurídico, observando como buscam solucionar a temática destacada prevendo mecanismos que possibilitem a autonomia da vontade do paciente.

Palavras-chave: Testamento vital; Autonomia da vontade; Direito de morrer; Direito Comparado.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código Civil de 2002 não conceituou o que vem a ser testamento. Sua concepção vinha elucidada no Código Civil de 1916, em seu art. 1.626: “Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. Porém, tal definição recebeu muitas críticas por parte da doutrina, sobre o fato de apenas mencionar o conteúdo patrimonial. Ao contrário disso, o Código Civil de 2002 em seu art. 1.857, § 2º, permite que o testamento possua conteúdo não patrimonial. Deste modo, como define a doutrina, o testamento se

¹ Paper apresentado como requisito parcial para aprovação da disciplina de Direito de Família e Sucessões, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, ministrada pela professora Me. Anna Valéria de Miranda Araújo Cabral Marques.

² Alunas do 6º período do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

conceitua como um ato personalíssimo em que a vontade de um morto cria, extingue ou transmite certos direitos.

Já o testamento vital que abordaremos no presente trabalho, se entende como um documento em que uma pessoa, de forma escrita, determina ou nega o tratamento que deseja receber no momento em que se encontrar doente, em um estado terminal, ao ponto de ser incapaz de manifestar sua vontade, onde tem o intuito de infundir nos médicos e profissionais da saúde a sua vontade de não receber tratamento, visto que no momento não possa manifestar sua vontade em razão de doença.

Destarte, parte-se do princípio de que o testamento é um negócio jurídico unilateral e personalíssimo, e como tal, é inerente a pessoa e a sua dignidade. E em se tratando de Direitos da Personalidade, estes estão para o Código Civil assim como os Direitos Fundamentais estão para a Constituição Federal Brasileira. Portanto, como não há normatização acerca do assunto, questiona-se o respeito à vontade do paciente que se encontra sem qualidade de vida aliado também a garantia da autonomia privada e dignidade humana; como também a natureza jurídica do instituto testamento vital, se há uma limitação a essa autonomia privada e se tal mecanismo pode transmitir direitos de natureza personalíssima.

Este será, pois, o marco teórico que norteará a reflexão a ser elucidada sobre o tema em questão. E nessa linha de intelecção, o presente trabalho tratará da relevância do tema quanto a validade do testamento vital no ordenamento brasileiro, propondo um debate acerca da sua validade e se o instituto mencionado trata mesmo de um testamento ou apenas uma simples declaração de vontade. Levando também em consideração o tratamento jurídico dado ao tema em outros países, como nos EUA (“living will”), Itália (caso Welby) e Portugal.

O artigo será construído com o a utilização de pesquisas bibliográficas, doutrinas, artigos, monografias, jurisprudência e principalmente com a leitura e interpretação do entendimento e legislação no direito comparado.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TESTAMENTO VITAL

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 adotou-se a parada respiratória

seguida pela cessação de pulso. Com a evolução da medicina a morte cerebral tornou o ponto definidor do óbito. Hoje o parâmetro é 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 configurara a manifestação de vontade consciente de paciente acometido por enfermidade sem cura delimitando os limites dos tratamentos médicos. Este deve ser escrito por paciente maior e com plena capacidade, podendo designar curador para representá-lo caso torne-se incapaz. A declaração constante em tal documento garante que os desejos do paciente sejam observados no momento que este não pode, mas responder por sua vontade, além de conferir respaldo legal ao medico quando este possuir opções conflitantes. Quanto a seu conceito:

O testamento vital é 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 considere indignas, cuja qualidade da vida já não mais pode ser preservada diante da batalha travada para vencer a morte³.

A autora Maria Berenice Dias discorre que o testamento vital não possui características similares aos demais, a mais marcante é o fato do testamento vital ter eficácia antes da morte do testador, ao contrario dos demais. Tal fato leva parte da doutrina a afirmar a existência de “imprecisão terminológica” do termo⁴. Para Flavio Tartuce e Jose Fernando Simão a melhor designação para tal instituto seria “declaração vital”, afinal, o “testamento” além de ter seu efeito apenas após a morte, já possui regulamentação em nosso ordenamento⁵.

Venosa⁶, explica que nosso atual código não conceituou o testamento, mas é certo que este é um negocio 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 ato⁷. É ato personalíssimo, pois contem a vontade do individuo de dispor do seu patrimônio, tal capacidade é indelegável não se

³ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. **Autonomia da vontade e testamento vital**: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, 2010. 29 p. Artigo Científico – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010. p. 5.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: Direito de família. 3. ed. v. 5 São Paulo: Método, 2012.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: Direito de Família. V.6. São Paulo: Atlas, 2007, p.167.

⁷ Ibidem, p. 169.

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 ⁸.

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 ⁹.

Como não há previsão legal no Brasil, não é possível determinar quais seriam seus requisitos formais, contudo todos os atos jurídicos para serem validos 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 a lei 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 individuo seja maior, capaz, que o documento seja assinado por duas testemunhas e que sua validade se de após 14 dias de sua assinatura. É essencial também que se comprove a fase terminal do enfermo ¹⁰.

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

2.1. Autonomia de vontade

A questão central do presente artigo gira em torno da expressão de vontade de pacientes terminais na delimitação de seus tratamentos por meio de instrumento hábil, assim, o principio 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” ¹¹.

A autonomia privada, tradicionalmente intitulada como autonomia da vontade, é consagrada como um dos princípios basilares em nosso ordenamento jurídico, sobretudo no

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de et al. **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.123.

⁹ VENOSA. Op. cit. p.103.

¹⁰ CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; PIMENTA, Waldemar J. D.. Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias? . Rio Grande: **Âmbito Jurídico**, IX, n. 32, ago. 2006.

¹¹ HABERMAS, Jünger. Três modelos normativos de democrática. **Cadernos da Escola do Legislativo**: Belo Horizonte, v. 3, jan./jun 1995, p. 109.

direito obrigacional. Em um breve apanhado histórico, doutrina majoritária atribui sua fixação nos séculos XVI 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, como assim explica Faria:

Na realidade, não há o abandono da autonomia da vontade, mas sim uma releitura desse princípio, em face das mudanças sociais ocorridas nos últimos séculos, que conduziram a uma modificação na análise dos principais institutos e princípios do Direito Civil¹².

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 leito de UTI sem controle 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 à autonomia e à dignidade do paciente. “O prolongamento 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”¹³.

Os avanços tecnológicos atuais instituíram uma preocupação com a longevidade e com a própria imortalidade. 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 aparelhos. No estado vegetativo a vida do paciente pode ser prolongada por tempo indefinido, utilizando apenas hidratação e alimentação¹⁴.

¹² FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; et. al. **Direito civil**: atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 60-61.

¹³ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 60.

¹⁴ FARIA, Rui. Estado vegetativo persistente e reanimação. In: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter. **Bioética**. Lisboa: Verbo, 1996. p. 369.

Conclui-se que o estado terminal de um enfermo flutua entre duas incertezas, a possibilidade de recuperação aliada a iminência da morte, pelo exposto a análise da autonomia privada e da própria dignidade humana mostram-se elementares ao tema uma vez que na maioria das vezes a terminalidade é associada a incapacidade.

O doente terminal é, antes de mais nada, uma pessoa que não pode ver limitados arbitrariamente os seus direitos pelo simples facto de se encontrar doente, na fase final de uma doença incurável no estado atual do conhecimento médico. Continua, 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 [...] ¹⁵.

Concluindo, a morte digna é algo subjetivo, entretanto, ser submetido até 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 respeitar a escolha do método escolhido pelo enfermo para prolongar ou não seu tratamento.

3. TESTAMENTO VITAL E SUA ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Feitas as devidas considerações acerca dos conceitos fundamentais do tema passaremos a análise da possibilidade de inserção do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Como já exposto anteriormente, inexistente no Brasil legislação específica acerca do tema. Para possível solução de tal omissão nos voltaremos a interpretação dos dispositivos e dos princípios constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

Preliminarmente os já citados princípios da Dignidade da pessoa Humana (art. 1º, III) e da autonomia (implícito no art. 5º da CF) coadunados com a previsão de proibição a tratamento desumano mostram-se suficientes para corroborar a tese da possibilidade do testamento vital. Como já demonstrado, a observância da vontade do paciente terminal é uma garantia a sua dignidade. Dworkin expressa sua opinião sobre o tema:

Os médicos dispõem de um aparato tecnológico capaz de manter vivas- as vezes por semanas e em outros casos por anos- pessoas que já estão à beira da morte ou terrivelmente incapacitadas(...), ligadas a dúzias de aparelhos sem os quais perderiam a maior parte de suas funções vitais, exploradas por dezenas de médicos

¹⁵ MELO, Helena Pereira de. O direito a morrer com dignidade. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**: Coimbra, Ano 3, n. 6, 2006, p. 72.

que não são capazes de reconhecer e para os quais já deixaram de ser pacientes e se tornaram verdadeiros campos de batalha ¹⁶.

A implementação do instituto em análise seria a garantia que a vontade do paciente seria respeitada. Além disso, evitaria eventuais conflitos familiares em relação ao fato. O artigo 15 do Código Civil expõe que ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Com aplicação deste dispositivo ao caso podemos concluir que a declaração de vontade do paciente seria um meio de impedir que tratamentos invasivos e que podem potencializar o risco de vida não devem ser aplicados sem o consentimento do paciente.

Alguns estados do Brasil possuem legislações locais sobre o tema. Em São Paulo a Lei 10.241/99, que dispõe sobre os direitos dos usuários de serviços e ações de saúde, dispõe em seu artigo 2º que os usuários do sistema de saúde do Estado de São Paulo possuem o direito a recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. Os Estados de Minas Gerais e Paraná também possuem tal previsão ¹⁷.

Em entrevista para o Portal Unimed ¹⁸, o presidente do Conselho Federal de Medicina Roberto Luiz d'Avila posicionou-se sobre o tema. De acordo com este, o testamento vital, ou "diretiva antecipatória da vontade" (nome formal atribuído ao instituto) institui que a vontade do paciente precisa ser respeitada e validade em documento que expresse a decisão e os limites da terapia. Este deve evidenciar se aceita se submeter a procedimentos como ventilação mecânica e a tratamentos considerados dolorosos ou mesmo se deve ser reanimado em uma eventual parada cardiorrespiratória. Explica também que de acordo com resolução 1.995/2012 do CFM, desde que expressamente autorizado pelo enfermo, o registro de sua vontade pode ser feito pelo médico de sua confiança em seu prontuário.

Roberto Luiz d'Avila possui opinião divergente de doutrina especializada no tema que apregoa que para o testamento vital produzir efeitos este necessitaria de devido Registro em Cartório. De acordo com o citado entrevistado, não haveria necessidade de testemunhas ou assinaturas. Em sua concepção o médico é dotado de fé pública e seus atos possuem efeitos jurídicos. Em sua opinião, o testamento vital representa a chance de morte sem sofrimento, à dignidade do paciente.

¹⁶ DWORCKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 252.

¹⁷ PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Belo Horizonte: PUCMG, 2009. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 103.

¹⁸ Roberto Luiz d'Avila. Testamento vital: direito de escolher como e quando se quer morrer. **Portal Unimed**.

Pelo exposto, concluímos que as normas já previstas no nosso ordenamento representam suporte para validar o testamento vital, visto que não há proibição. Contudo entendemos a necessidade de Lei específica regulamentando o tema, determinado assim os aspectos formais, fato que facilitaria sua aplicação.

4. TESTAMENTO VITAL DIANTE DO DIREITO COMPARADO

Como podemos perceber o instituto em questão – testamento vital – não é muito debatido no Brasil, se comparado ao que ocorre em outros países. Sendo assim, a experiência estrangeira sobre esse instituto, da declaração prévia de vontade do paciente terminal, é de grande importância ao analisarmos o testamento vital e sua aplicabilidade.

Nesse sentido, faz-se mister uma abordagem histórica com o escopo de verificar as origens desse instituto e analisar como uma declaração prévia de vontade de um paciente terminal tem sido aplicada em países que trazem esse testamento positivado no seu ordenamento, ou, em países em que não está positivado, mas já tem um grande avanço no debate trazendo diretrizes que estimulam a sua feitura. Analisando, portanto, as características advindas de cada país, diante das várias nomeações recebidas como: *living will*, testament de vie, testamento vital, testamento biológico, etc.

4.1. EUA – “living will”

A expressão *Living Will* fora utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, onde a prévia declaração de vontade do paciente terminal foi proposta pela Sociedade Americana para Eutanásia como um documento no qual os pacientes poderiam registrar sua vontade quanto a não receber as intervenções médicas de manutenção à vida.

Em 1969, o advogado Louis Kutner propôs um modelo de documento de declaração prévia de vontade, em que o próprio paciente caso entrasse em estado vegetativo, sem a possibilidade de reestabelecer suas capacidades físicas e mentais, estipulava que deveriam ser suspensos os tratamentos médicos ¹⁹.

Kutner sugeriu, ainda, que o testamento vital satisfizesse a quatro finalidades: primeira, em processos judiciais, a necessidade de se ter em conta a diferença entre homicídio privilegiado por relevante valor moral (a compaixão) e o homicídio

¹⁹ 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.

qualificado por motivo torpe; segunda, a necessidade legal de permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; a terceira, a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; quarta, para satisfazer às três primeiras finalidades, dever-se-ia dar, ao paciente, garantias necessárias de que sua vontade fosse cumprida ²⁰.

No entanto, somente em 1976 que esse documento teve seu reconhecimento legal nos EUA, no Estado da Califórnia, quando incorporado a Lei sobre mortes naturais (*Natural Death Act*), sendo a primeira a reconhecer sua legitimidade. Posterior a sua aprovação os membros de associações médicas intitularam o documento *Guidelines and Directive*, com o escopo de instruir os pacientes e médicos acerca da suspensão dos tratamentos vitais. A opinião pública, nesse momento, se mobilizou nos processos judiciais com grande repercussão, que tinham o intuito de retirar os tratamentos vitais, como por exemplo: o Caso Quinlan de 1976 ²¹; o Caso Conroy de 1985; mas o Caso de Nancy Cruzan é tido como o que mais repercutiu na luta do direito de morrer, visto que provocou na sociedade um temor de que pudessem passar por uma situação parecida, precisando provar e buscar na justiça a sua vontade de interromper o tratamento ²². Deste modo, sob forte pressão pública, em 1991, entrou em vigor a Lei Federal de Autodeterminação do paciente (PSDA – Patient Self-Determination Act), que instituiu aos hospitais e médicos que informassem aos pacientes (adultos) sobre os seus direitos de acordo com a lei do respectivo estado, visto que cada estado norte-americano tem legislação própria, onde a PSDA funciona apenas como uma diretiva. Assim, o paciente deve ser informado sobre o seu direito de participar das decisões sobre os tratamentos ora empregado, dando a este o direito de aceitar ou recusar o tratamento, a poder preparar uma diretiva antecipada.

“Atualmente, pretende-se ampliar as diretivas antecipadas a quaisquer enfermos em situações clínicas potenciais. Pretende-se, ainda conceder poderes aos pacientes não só para recusarem, mas também para optarem positivamente por um tratamento, diante de um espectro de possibilidades” ²³. Como afirma Gonzáles, após a publicação da PSDA os Estados Unidos se encontra em um período pós-legislativo, em que as diretivas antecipadas “passaram

²⁰ Ibidem.

²¹ Karen Quinlan, aos 22 anos, entrou em coma por causas desconhecidas e seus pais adotivos, depois de informados pelos médicos da irreversibilidade do caso, pediram a retirada dos aparelhos, mas os médicos se recusaram por motivos profissionais e morais. Então, os pais de Karen buscaram autorização junto ao Poder Judiciário para suspensão do tratamento, sob a alegação de que a jovem havia declarado seu desejo de não ser mantida viva por aparelhos. O Comitê de Ética do hospital, designado pela Suprema Corte de New Jersey, concluindo pela irreversibilidade do caso autorizou a retirada dos aparelhos. Karen viveu mais nove anos e faleceu em decorrência de uma pneumonia, sem respirador externo e com o mesmo quadro clínico de antes.

²² GONZÁLEZ, op. Cit.

²³ CLEMENTE; PIMENTA. Op. cit.

a ser contempladas como uma mera extensão doutrinária do consentimento informado para a escolha de tratamentos médicos”²⁴.

Posto isso, nos Estados Unidos, este documento tem valor legal, e caso o médico desrespeite as disposições do testamento poderá sofrer sanções disciplinares, como ensina Roxana Borges:

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 disciplinares²⁵.

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

4.2. Itália – caso Welby

A Itália é signatária do Convênio de Oviedo, um instrumento internacional jurídico vinculante para a proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano com respeito às aplicações da biologia e da medicina.

Neste país fora aprovado em 1998, o Código de Deontologia Médica (Codice di Deontologia Medica Italiano), que repercutiu na garantia dos direitos do paciente, dispendo especificamente sobre a autonomia da vontade deste. Dispendo em seu art. 34, “protegendo a liberdade, a dignidade e a vontade expressa do paciente, inclusive a vontade anteriormente manifestada por aquele que não está em condições de exprimir-se”²⁶. Traz expressamente que o médico deve utilizar os tratamentos ordinários e adequados para impedir que o paciente sofra quando não há reversibilidade do quadro, isto em seu art. 37, quando elucida que o “médico não deve utilizar-se da obstinação terapêutica em caso de paciente em fase de terminalidade”²⁷. Porém, é apenas uma norma que norteia os médicos, sem que imponha

²⁴ GONZÁLEZ. Op. cit.

²⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001. p. 34.

²⁶ PENALVA. Op. cit. p. 77.

²⁷ ITÁLIA. Ministero della Salud. Il código di deontologia medica. Roma, 1998 *apud* PENALVA, Luciana Dadalto, 2009, p. 77.

eficácia ou vinculação para todos, não se trata de uma lei italiana. E mesmo em decorrência dessa inexistência de lei, houve um grande avanço nos debates acerca da declaração prévia de vontade do paciente terminal, o que também motivou o Comitê Nacional de Bioética a publicar um documento intitulado de Dichiarazioni Anticipate di Trattamento (Declarações Antecipadas de Tratamento), além de se fundar na Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, da qual a Itália é signatária ²⁸. Este documento traz condições para que a declaração antecipada de tratamento seja válida:

São elas: a) caráter público, datado, forma escrita, feito por pessoa maior, capaz de entender, de manifestar vontade, sem que esteja sob qualquer tipo de pressão familiar, social ou ambiental; b) não pode ter disposições acerca da prática de eutanásia, que contrariem o direito positivo ou as normas médicas e deontológicas. Entretanto, o médico não pode ser obrigado a fazer algo que vá contra sua consciência; c) com a finalidade de que tenha uma redação adequada e em conformidade com o ponto “b”, o outorgante deve ser orientado na elaboração do documento por um médico; d) a fim de garantir a máxima personalização da vontade do futuro paciente, as disposições devem ser redigidas de forma “não genérica”, de modo tal a não gerar equívocos quando de sua interpretação, e de relatar, o mais fiel possível, a situação clínica na qual esse documento será levado em consideração ²⁹.

Destarte, mesmo com a criação do documento e a necessidade da positivação de lei acerca do assunto, o que fez com que o assunto ganhasse enfoque social, sendo discutido também no meio não acadêmico, foi o caso ocorrido com Piergiorgio Welby, mais conhecido como caso Welby ³⁰. Onde o seu julgamento repercutiu na Itália de forma estimular o estudo acerca da declaração de vontade do paciente e acerca do testamento biológico.

No que concerne a falta de legislação acerca da declaração antecipada de tratamento na Itália, percebe-se que há uma aparente preocupação com o tema, visto que já há projetos de lei na Câmara e no Senado sobre diretivas antecipadas. Deste modo, vejo que há grandes possibilidades que brevemente seja positivado na Itália sobre o tema, até porque é faz-se necessário regulamentar o que dispõe Convenção de Biomedicina, da qual a Itália é signatária, como regulamenta o art. 9º de tal convenção.

4.3. Portugal.

²⁸ PENALVA, Luciana Dadalto, 2009, p. 77.

²⁹ PENALVA. Op. cit. p. 78.

³⁰ Welby sofria de distrofia muscular progressiva e desde 1997, em decorrência do seu quadro clínico ter piorado, estava dependendo de um respirador artificial para viver. Em 2006, seu estado de saúde piorou severamente o que o fez buscar na Justiça italiana o seu direito a desligar os aparelhos que o mantinha vivo. Com o indeferimento do seu pedido, Welby escreveu uma carta ao presidente da Itália, o que comoveu toda a sociedade, gerando um debate acerca do assunto. Então, seu médico, desligou os aparelhos, sedando o paciente para que não sofresse. Posteriormente, foi processado por eutanásia, mas absolvido sob o argumento de ter atendido a uma vontade expressa do paciente, visto que a Constituição italiana outorga o direito a rejeitar tratamento médico não desejado.

Portugal também é signatário da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, esta por sua vez, validada por resolução da Assembleia da República.

A Associação Portuguesa de Bioética (ABP), no intuito de orientar as diretivas antecipadas em Portugal, por não haver norma regulamentadora, criou três documentos que servem como norte aos pacientes e médicos, isto enquanto não se legisla uma lei como determina o art. 9º da Convenção de Oviedo. São estes documentos: o Parecer P/05/APB/06; o Projecto de Diploma P/06/APB/06; e o Guidelines³¹.

O Parecer P/05/APB/06 é um documento voltado à análise da recusa de transfusão sanguínea pelas Testemunhas de Jeová, e basicamente se resume a um documento que explica o histórico das diretivas antecipadas e as modalidades de diretivas que existem para, por fim, verificar a validade da diretiva antecipada feita por uma Testemunha de Jeová com a finalidade de expressar sua recusa em ser submetido a uma transfusão sanguínea.

Já o Projeto de Diploma P/06/APB/06 (Anexo E) é um projeto de lei, de autoria da APB, para regulamentar o artigo 9º da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina. Este projeto aponta como fundamento legal a Constituição da República Portuguesa, que reconhece a autonomia do paciente e permite que ele tome decisões acerca de tratamentos, 96 o Código Penal português que pune intervenções médicas realizadas sem autorização do paciente, a Lei n. 21/2005 (Lei sobre Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde), que prevê o direito da pessoa de ser ou não informado sobre seu estado de saúde.

Já as Guidelines, documento redigido em 26 de maio de 2008, pretendem serem normas de orientação e que, posteriormente, venham a ser incorporadas no sistema de saúde português, seja pela via legislativa seja através da sua adoção pelas autoridades administrativas competentes³².

A Associação Portuguesa de Bioética promoveu um estudo, no qual defende que para que seja válido o testamento de paciente, deve este ter consentimento atual:

Ora a criação on-line de um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade permitiria que só documentos recentes, com um período de validade predefinido, fossem considerados válidos. Mais ainda, a existência de este registro permite também que o consentimento seja livremente revogado até à prática do ato concreto, na medida em que, enquanto existir competência, o doente pode revogar a orientação expressa no Testamento Vital. Findo este prazo de validade, e no caso de o doente ficar incapaz de decidir, o Testamento Vital manteria o seu valor dado que representa a vontade previamente manifestada do doente, desde que não existam dados que permitam supor que o doente alteraria a sua decisão³³.

Deste modo, as discursões e elaborações portuguesas se mostram importantes ao Brasil, no que concerne ao caráter de projeto embrionário, que poderá apontar um caminho, expondo a necessidade do tema em questão para que uma lei seja criada, diante do grande debate social, principalmente no que diz respeito ao conceito de vida e morte, privilegiando a dignidade humana. E também no que diz respeito ao seu conteúdo, a proposta de lei,

³¹ PENALVA. Op. cit. p. 81.

³² PORTUGAL. Associação Portuguesa de Bioética. **Estudo n.º E/17/APB/10 – testameto vital**. Porto. 18 set. 2010.

³³ Ibidem.

discussões doutrinárias, apesar de não trazer muitas inovações se comparado ao que já fora exposto pelo EUA e Espanha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nosso ordenamento não há previsão expresso do testamento vital. Contudo, visto que não há proibição, as normas já constantes no nosso ordenamento conferem suporte necessário para sua utilização. Apesar de tal respaldo, concluímos que há urgente necessidade de regulamentação formal para o instituto em análise.

Pretendemos com este breve artigo uma reflexão acerca dos impactos, que as inovações tecnológicas que permitem prolongar a vida, detêm sobre a vontade individual. Considerando esta como expressão da dignidade na escolha de qual tratamento se submeter. Nesse sentido, consideramos ser plenamente possível que o indivíduo se valha de sua plena capacidade mental para estabelecer se quer ou não ser mantido vivo em condições que afetam sua dignidade, sustentado por aparelhos e métodos invasivos, prolongando o sofrimento e a incerteza de vida ou de morte. O paciente é sujeito de direitos e deve ter sua autonomia privada respeitada bem como sua dignidade assegurada conforme expressamente expõe nossa Constituição.

Ressaltamos que não se trata de permissão a eutanásia ou suicídio assistido. Como já exposto estes possuem diferenças fundamentais do testamento vital e são vedados pelo nosso ordenamento.

Concluindo, desde que o paciente tenha se manifestado previamente e no gozo de sua plena capacidade mental sobre os procedimentos adotados sua vontade deve ser respeitada, consagrando assim o princípio que deve observado do nascimento a morte em nosso sistema: a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. **Autonomia da vontade e testamento vital**: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, 2010. 29 p. Artigo Científico – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001. p. 34.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; PIMENTA, Waldemar J. D.. Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias? . Rio Grande: **Âmbito Jurídico**, IX, n. 32, ago. 2006. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231>. Acesso em 08 mai. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. V.6. São Paulo, 2010.

GRINBERG, Max; CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. Testamento Vital. São Paulo: **Arq. Bras. Cardiol.**, v. 99, n. 6, dez. 2012. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0066-782X2012001500015&script=sci_arttext>. Acesso em 23 abr. 2013.

HABERMAS, Jünger. Três modelos normativos de democrática. **Cadernos da Escola do Legislativo**: Belo Horizonte, v. 3, jan./jun 1995, p. 109.

HEBMULLER, Paulo. **Quando não vale mais a pena viver**. Disponível:

<http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm>. Acesso em: 08 mar. 2013.

MELO, Helena Pereira de. O direito a morrer com dignidade. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, Ano 3, n. 6, 2006, p. 72.

MADALENO, Rolf. **Testamento**: expressão de última vontade. Disponível:

<<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/701>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

_____. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. Porto: **Revista Bioética**, 2009, p. 29 – 39. Disponível em:

<http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/77/81>. Acesso em: 25 abr. 2013.

PENALVA, Luciana Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. Belo Horizonte: PUCMG, 2009. 185 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. v. 59.

PORTUGAL. Associação Portuguesa de Bioética. **Estudo n.º E/17/APB/10 – testamento vital**. Porto. 18 set. 2010. 18 p. Disponível em: <http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2013.

RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. Lisboa: **Revista do Ministério Público**, Janeiro/Março 2011, p. 171-219. Disponível em: <http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Directivas_Antecipadas_de_Vontade_-_Em_Busca_da_Lei_Perdida.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2013.

GONZÁLEZ, Miguel Angel Sánchez. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. Tradução de Diaulas Costa Ribeiro. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (Coords.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 91-138. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 60. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em 02 mai. 2013.

SARLET, Ingo; “As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biologia”. In: **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**, Editora Método, São Paulo, 2008

SILVA, Maria Isabel Fernandes; GOMES, Frederico Barbosa. Possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, 2012/1, n. 18, p. 205-220. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D18-26.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2013.

_____. **Tratado dos testamentos**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1930. v. 1.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: Direito de família. 3. ed. v. 5 São Paulo: Método, 2012.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

VIEIRA, Fernando Borges. **Testamento vital e tutela da vida**. Disponível: <<http://alfonsin.com.br/testamento-vital-e-a-tutela-da-vida/>>. Acesso em: 08 mar. 2013.