

TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

SANTOS, Pamela Priscila Probst¹
HAAS, Adriane²

RESUMO

O presente artigo tem por assunto o Testamento Vital no Brasil, e como tema a precariedade na legislação brasileira vigente no que concerne ao Testamento Vital. O problema a ser solucionado é a possibilidade de realização do Testamento Vital diante das normas existentes e a possível solução da lacuna legislativa existente. Assim, será analisada a norma jurídica brasileira de forma a descrever a importância de uma legislação específica sobre o Testamento Vital. Destarte, serão realizadas pesquisas bibliográficas, buscando posições doutrinárias, previsões legais e jurisprudências que possam explicar e esclarecer o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento Vital. Declaração antecipada de vontade. Direito Sucessório.

VITAL TESTAMENT IN BRAZIL

ABSTRACT

Vital Testament in Brazil is the subject of this article and it focuses the precariousness on Brazilian's current legislation regarding the Vital Testament in Brazil. The possibility of the realization of the Vital Testament in Brazil and a possible solution of existent legislative's vacuity are the problem to be solved. Thus, the brasilián's juridic's norm will be analised until the specifics legislation about Vital Testament had a description of its importance. Bibliographic searches will be realized seeking doctrinal's position, legal provisions and jurisprudences to explain this subject.

KEYWORDS: Vital Testament. Early Declaration of Intention. Succession Duty.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o assunto do Testamento Vital no Brasil e a lacuna existente na legislação vigente a respeito do tema. Assim, o objetivo é realizar uma análise sobre o referido instituto e verificar a importância da criação de uma norma jurídica específica, com a finalidade de gerar uma maior segurança jurídica.

O Testamento Vital, também conhecido como Declaração Antecipada de Vontade ou Diretrizes Antecipadas é um documento realizado por indivíduo capaz e com pleno gozo de suas faculdades mentais. Neste documento, descreve-se a vontade do indivíduo em relação aos tratamentos que o mesmo deseja, ou não, receber caso o mesmo se encontre em fase terminal ou com lesões cerebrais irreversíveis que impossibilitem a declaração de vontade diante da situação, ou seja, quando o indivíduo estiver inconsciente.

Muitos países já possuem a regulamentação do Testamento Vital, como Holanda, Uruguai, Estados Unidos e Portugal. No Brasil, não há previsão legal diante do Direito Civil a respeito do tema em questão. Porém, em 31 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução 1.995/2012, que traz as diretrizes antecipadas de vontade dos pacientes, que se assemelha ao testamento vital.

Esta resolução traz como justificativa a possibilidade, ante o avanço tecnológico, de prolongamento da vida e diante das situações encontradas pelos praticantes da medicina, a necessidade de uma regulamentação sobre o assunto. O objetivo é evitar condutas médicas que afrontem a ética profissional e a dignidade das pessoas.

Diante desta situação surge a dúvida sobre a validade do documento previsto pela Resolução do Conselho Federal de Medicina em confronto com a lacuna da norma civil vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, surge a necessidade de pesquisa e esclarecimento sobre o Testamento Vital, sua definição e possibilidades de realização, características, bem como, uma análise jurídica das normas existentes sobre o assunto e a imprescindibilidade de uma regulamentação no que concerne ao Testamento Vital no Brasil.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. BREVE HISTÓRICO SOBRE OS TESTAMENTOS EXISTENTES

Ao abordar o assunto do Testamento Vital, faz-se necessário uma prévia análise sobre os testamentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, objetivando um embasamento para um melhor estudo acerca do Testamento Vital.

Embora não seja hábito da sociedade brasileira utilizar-se do instituto do testamento, seja por costume, cultura, receio de tratar sobre o assunto “morte” ou apenas por confiança na previsão legal já existente, o Código Civil de 2002 regulamente exaustivamente esse instituto.

¹ Acadêmica – Faculdade Assis Gurgacz. e-mail: pamela.probstsantos@hotmail.com

² Mestre em direito. Docente orientadora – Faculdade Assis Gurgacz do Curso de Direito.

O testamento é definido como “ato de última vontade pelo qual ocorre a sucessão testamentária” (DIAS, 2013, p. 336).

Para Pontes de Miranda (1972, p. 59), o testamento “(...) é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos”.

Já Maria Helena Diniz (2007, p. 175) define testamento “(...) como sendo o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações”.

Portanto, o testamento é utilizado para expressar a vontade do testador com relação a seu patrimônio e só surtirá efeitos após a morte do mesmo.

Para que o testamento seja válido é necessário o cumprimento de requisitos determinados pelo Código Civil. O primeiro é a legitimidade testamentária ativa, ou seja, o testador deve ser capaz de testar. Assim, conforme preceita o artigo 1860 do Código Civil, o testador deve ser capaz, ou seja, maior de dezoito anos e ter pleno discernimento no momento da realização do testamento. O parágrafo único do referido artigo confere ao maior de dezesseis a capacidade para testar.

O segundo requisito é a legitimidade testamentária passiva, assim é preciso legitimidade para herdar, como preveem os artigos 1.798 e 1.799 do Código Civil. O herdeiro precisa estar vivo ou concebido no momento da sucessão. Podem suceder também, os filhos ainda não concebidos de pessoas vivas no momento da abertura da sucessão, bem como, pessoas jurídicas, e fundações a serem instituídas com a herança testamentária.

A legitimidade para testemunhar também deve ser respeitada, uma vez que em todas as formas de testamento previstas, seja ordinária ou especial, são necessárias testemunhas.

O testamento, então, é um ato personalíssimo, unilateral, revogável, unipessoal, gratuito, imprescritível, causa mortis, formal e solene.

O Código Civil prevê três modalidades ordinárias de testamento: público, particular e cerrado.

O testamento público, também conhecido como aberto, autêntico ou solene, é redigido por um tabelião na presença de duas testemunhas e outorgado por escritura pública (Dias, 2013). O mesmo possui fé pública e não pode ser revogado, senão através de um novo testamento, bem como, não pode ser destruído ou perdido como os demais, pois fica registrado em cartório.

O testamento particular, também conhecido como privado, aberto, do próprio punho ou hológrafo, é escrito pelo próprio testador, lido perante três testemunhas e assinado por todos. É uma forma simples de testamento, mas precisa seguir todos os requisitos previstos no artigo 1.876 do Código Civil. O testamento particular fica guardado com o próprio testador e sua validade é airmada quando este é confirmado e publicado em juízo, através da oitiva das testemunhas.

O testamento cerrado, a seu turno, também conhecido como secreto, é redigido pelo testador e em seguida aprovado pelo tabelião o qual lê o auto de aprovação diante do testador e de duas testemunhas, sendo que o testador deve declarar que aquele é seu testamento e que deseja sua aprovação, conforme previsto no artigo 1.868 e seguintes do Código Civil. Em seguida todos assinam o auto de aprovação e o testamento é cerrado e costurado. O registro da aprovação do testamento cerrado é lançado no livro de notas do cartório e o testamento entregue ao testador.

Assim, apenas o testador tem conhecimento do conteúdo do documento, podendo mantê-lo em sua guarda ou de outrem, porém o mesmo só poderá ser aberto após sua morte, em juízo, para manter sua eficácia.

Há ainda, a previsão pelo Código Civil dos testamentos especiais, quais sejam o militar, aeronáutico e marítimo.

O testamento militar pode ser realizado por militares ou civis que estejam a serviço das forças armadas e tem por objetivo propiciar a possibilidade do sujeito testar mediante uma situação em que não se pode comparecer perante um tabelião e deve ser realizado perante duas testemunhas. O testamento será escrito pelo superior do militar, se estiver em campo, por seu comandante, se estiver no hospital, pelo oficial de saúde e se o testador foi o oficial mais graduado, o testamento será redigido pelo oficial que o substituir, conforme previsto no artigo 1.893 do Código Civil.

Ainda, conforme o referido Códex, o testamento militar não possui validade se o militar não morreu na guerra ou por ferimento derivado desta e perde sua validade quando ao final da guerra o militar permanece por noventa dias em local que possa fazer o testamento nas demais formas ordinárias previstas.

Os testamentos marítimo e aeronáutico são realizados quando o indivíduo está em embarcação ou aeronave de guerra, viagem ou mercante, conforme o previsto no artigo 1.888 do Código Civil. O testamento é realizado perante o comandante, ou pessoa designada por este, perante duas testemunhas e realizado conforme o testamento público ou cerrado.

Os testamentos marítimo e aeronáutico não podem ser realizados se houver a possibilidade do indivíduo realizar o testamento na forma ordinária em algum porto. Caso o testador não faleça na viagem ou nos noventa dias subsequentes em que desembarcar em local que possa realizar o testamento de forma ordinária, os testamentos marítimo e aeronáutico perdem sua validade.

Destarte, percebe-se que a realização de um testamento deve seguir todos os requisitos formais previstos na lei civil brasileira para ser considerado válido.

2.2. EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

Antes de abordar o tema especificamente do Testamento Vital, é preciso fazer a distinção entre alguns conceitos médico/jurídicos, como a eutanásia, distanásia e ortotanásia.

Eutanásia é uma abreviação do processo de morte, e ocorre, por exemplo, quando os profissionais da saúde desligam os aparelhos que mantém o paciente vivo, neste caso há a eutanásia ativa. Quando os profissionais da saúde deixam de fazer algo pra prolongar a vida do enfermo, ocorre a eutanásia passiva, ou seja, pela omissão do profissional. (COSTA JÚNIOR, 2012).

O jurista Luis Jiménez de Asúa (1942) define a eutanásia como sendo a boa morte de uma pessoa que sofre de doença incurável que causa grande dor e sofrimento.

A eutanásia ativa ocorre quando através de atos busca-se a morte do paciente com a finalidade de evitar ou acabar com o seu sofrimento e subdivide-se em direta e indireta conforme define Cabette:

A eutanásia ativa direta é a que tem em mira principalmente a diminuição do lapso temporal de vida do enfermo por meio de “atos positivos” que o auxiliam a morrer. Já a eutanásia ativa indireta destina-se a duas finalidades: diminuir o sofrimento do paciente e concomitantemente reduzir seu tempo de vida, sendo tal redução um efeito do fim principal, que é, na verdade, diminuir o sofrimento do doente. (CABETTE, 2009, p. 23)

A eutanásia passiva ocorre quando o agente deixa de praticar ações com o intuito de prolongar a vida do enfermo, deixando então a morte acontecer sem qualquer intervenção humana. Pode ser confundida com a ortotanásia e é assim definida:

Fala-se em eutanásia passiva, o que é um eufemismo, porque, por exemplo, a desconexão de uma máquina – coração – pulmão de funcionamento automático ou de um respirador similar não requer menos atividade que a injeção de um veneno. A caracterização como eutanásia passiva tem a seguinte razão de ser: a enfermidade, como constelação corporal, é parte da corporalidade de moribundo e se realiza sem intervenção exterior; na medida – e somente na medida em que – os outros permanecem passivos, ainda que seja desmontando ativamente os aparelhos previamente estabelecidos para tentar ajudar-lhe, se deixa a enfermidade seguir seu curso. (JAKOBS *apud* CABETTE, 2009, p. 24).

Tanto a eutanásia ativa quanto a passiva são consideradas pelo ordenamento jurídico brasileiro como homicídio, infração prevista pelo artigo 121 do Código Penal e como um procedimento que fere a ética médica, conforme o previsto na Declaração de Madrid de 1987, sendo passível de júri.

Distanásia, a seu turno, é o prolongamento do processo de morte, e ocorre quando os profissionais de saúde utilizam-se de aparelhos e tecnologia para adiar a morte do paciente, uma vez que, esta tecnologia não irá trazer a cura do mesmo, mas apenas prolongar o processo de morte.

Assim entende Maria Helena Diniz:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L' acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte. (DINIZ, 2006, p.399).

Assim, a distanásia pode ser entendida como o oposto da eutanásia, onde o objetivo não é diminuir o sofrimento do enfermo, uma vez que o tratamento aplicado não trará a cura para o mesmo.

Portanto, a prática da distanásia sem o consentimento do paciente não é permitida, pois afronta princípios constitucionais, uma vez que não tem como objetivo a cura, mas apenas o prolongamento do processo de morte do paciente e, o paciente deve sempre ser informado de seu estado de saúde e sua vontade em relação aos tratamentos deve ser respeitada. Deste modo, é o paciente quem deve decidir se quer ou não submeter-se a um tratamento que ao final não trará sua cura.

Ortotanásia é a chamada morte natural, onde os profissionais da saúde, embora efetuem o tratamento necessário ao paciente, não utilizam-se de aparelhos tecnológicos para prolongar o processo de morte do paciente. Assim, há um tratamento paliativo, mas não há uma intervenção no processo natural da morte. (COSTA JÚNIOR, 2012).

A ortotanásia não pode ser confundida com a eutanásia, uma vez que os dois institutos tem objetivos diversos, sendo a eutanásia uma forma de dar fim a vida e a ortotanásia, trata-se de uma forma de respeitar o curso natural da morte. Neste sentido:

A ortotanásia não se confunde com a eutanásia, entendida como a aceleração da morte, para abreviar sofrimentos considerados insuportáveis pelo paciente. A ortotanásia, também chamada de eutanásia passiva, não é uma afronta à inviolabilidade da vida, uma vez que o direito de escolha, em se submeter ou não a tratamento, é assegurado pela garantia constitucional de liberdade. (TERNES *apude* DIAS, 2013, p. 386).

De forma similar:

A ortotanásia é o ato de deixar morrer em seu tempo certo, sem abreviação ou prolongamento desproporcionalado, mediante a suspensão de uma medida vital ou de desligamento de máquinas sofisticadas, que substituem e controlam órgãos que entram em disfuncionamento. (DINIZ, 2001, p. 310).

Deste modo, o Testamento Vital muito se assemelha à ortotanásia, sendo um documento que tem por finalidade garantir o cumprimento da vontade do paciente, não contrariando as normas jurídicas brasileiras existentes.

2.3. DEFINIÇÃO DO TESTAMENTO VITAL E SUA APLICAÇÃO EM OUTROS PAÍSES

Enquanto os testamentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro referem-se a patrimônio ou outras situações como reconhecimento de filho e, só possuem efeito após a morte do testador, o Testamento Vital é um documento que traz em seu conteúdo situações a serem realizadas enquanto o seu testador ainda está vivo.

Há doutrinadores que acreditam que a expressão “Testamento Vital” está equivocada, uma vez que o mesmo não cumpre os requisitos para a realização de um testamento, previstos no Código Civil Brasileiro. Esta corrente doutrinária afirma que o correto é classificá-lo apenas como Declaração Antecipada de Vontade, enquadrando-o no ramo do Biodireito e, não no Direito das Sucessões. Embora hajam divergências, o tema é estudado pelo direito civil e classificado nas Sucessões.

Assim, o Testamento Vital, também conhecido como Diretivas Antecipadas de Vontade, é um documento em que o testador dispõe sobre sua vontade no que concerne a tratamentos de saúde aos quais deseja ou não, ser submetido quando estiver incapacitado de comunicar-se.

Portanto o Testamento Vital pode ser definido:

[...] em geral, estes testamentos aplicam-se nos casos de condições terminais, sob um estado permanente de inconsciência ou um dano cerebral irreversível que não possibilite a capacidade de a pessoa se recuperar e tomar decisões ou expressar seus desejos futuros. Nesse contexto, entra a aplicação do testamento vital, a fim de que sejam tomadas medidas necessárias para manter o conforto, a lucidez e aliviar a dor, inclusive com a suspensão ou interrupção de tratamento. (MAGALHÃES *apud* SILVA, GOMES, 2012).

Portanto, o Testamento Vital, também conhecido como Diretivas Antecipadas de Vontade, é um documento em que o testador dispõe sobre sua vontade no que concerne a tratamentos de saúde aos quais deseja ou não, ser submetido quando estiver incapacitado de comunicar-se.

Os Estados Unidos foi um dos primeiros países a tratar do assunto das diretivas antecipadas de vontade, na década de 60, com a intenção de estabelecer a possibilidade de os pacientes registrarem sua vontade com relação à interrupção de tratamentos para manutenção da vida. (EMANUEL E.J. *apud* DADALTO, 2013).

Em 1969, o advogado Louis Kutner propôs um modelo de documento que registrasse a vontade do paciente relacionada aos tratamentos que deseja ou não se submeter quando se encontrasse em estado vegetativo. O estado da Califórnia foi o primeiro a institucionalizar o Testamento Vital, no ano de 1976, ao aprovar o *Natural Death Act*, documento elaborado pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale. (DADALTO, 2013).

Em 1977, quarenta e dois estados norte-americanos aprovaram normas que regulamentava a realização do Testamento Vital. (DADALTO, 2013).

Em 1991, o Testamento Vital foi juridicamente reconhecido e validado o documento PSDA – *Patient Self-Determination Act*, o qual,

[...] reconheceu a autonomia privada do paciente, inclusive para recusar tratamento médico. Os centros de saúde, quando da admissão do paciente, registram suas opções e objeções a tratamentos em caso de incapacidade superveniente de exercício pela própria autonomia – são as ‘advance directives’ – previstas nessa lei. (SÁ *apud* SILVA, GOMES, 2012).

Em 1997, foi firmado o Convênio de Oviedo, (Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do ser Humano com Respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina), sendo esta a primeira norma internacional a tratar do assunto das diretivas antecipadas de vontade.

Em seguida vários países normatizaram o Testamento Vital, cada qual com suas particularidades, mas respeitando os princípios instituídos pelo Convênio de Oviedo. Dentre os países que já fazem uso do Testamento Vital estão a Itália, Portugal, Espanha, Argentina, Alemanha, Áustria, Bélgica, França, Holanda, Hungria, Inglaterra, México e Uruguai.

2.4. PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E DA BIOÉTICA.

Quando se fala em Testamento Vital, é preciso fazer uma análise das previsões constitucionais e da bioética, uma vez que este tema envolve os ramos do direito e da medicina. Assim, faz-se necessário conhecer os princípios que

norteiam esses dois campos, uma vez que a norma não está totalmente positivada, devendo-se sempre considerar as interpretações feitas pela doutrina.

- Direito à vida

O direito à vida está previsto no texto constitucional, em seu artigo 5º, *caput*, e “(...) abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”. (LENZA, 2010, p. 748).

Conforme a Carta Magna, o direito à vida é inviolável, sendo o mais sagrado direito e pré-requisito para todos os demais direitos (TAVARES, 2010, p. 425).

Porém, a própria Constituição Federal relativiza o direito à vida quando prevê a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 5º, XLVII).

Da mesma forma, o estado de necessidade e a legítima defesa, previstos no artigo 23 do Código Penal, excluem a punibilidade do agente que cometeu homicídio amparado por tais institutos.

Destarte, o direito à vida não é um direito absoluto, uma vez que este pode ser sacrificado em detrimento de outros, pois é necessário haver vida, para que os demais direitos continuem a existir.

Assim, o Estado visa garantir o direito à vida de todos os cidadãos através da criação de normas de segurança pública que visem propiciar uma vida digna a todos.

- Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo garantido pela mesma em seu artigo 1º, inciso III:

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 possibilidade de realização do Testamento Vital no Brasil baseia-se, principalmente, neste princípio, sobre o qual Maria Helena Diniz afirma ser “o valor fonte legitimador de todo ordenamento jurídico”. (2006, p. 300).

Assim continua a mesma autora citando Moraes:

Vive-se a era dos direitos humanos, cujo vértice central é o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de que derivam todos os demais direitos. A dignidade não visa apenas assegurar um tratamento não degradante e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integralidade física do ser humano. (MORAES, *apud*, Dias, 2013, p. 384).

Deste modo, “[...] a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico, para se tornar condição essencial de possibilidade de outros direitos”. (DIAS, 2013).

Para uma minoria doutrinária, a dignidade da pessoa humana seria um princípio absoluto, não podendo jamais ser relativizado e sobrepondo-se a todos os demais princípios.

Fernando Ferreira dos Santos assume esta corrente:

Neste sentido, ou seja, que a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa. (SANTOS *apud* TAVARES, 2013, p. 443).

A maioria da doutrina diverge deste posicionamento e não concorda com a supervalorização do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a sua aplicação pode se ponderada frente a cada situação.

O doutrinador constitucional André Ramos Tavares acredita que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto “Absoluto não é o princípio senão a regra que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com referência a nenhuma relação de preferência relevante”. (ALEXY *apud* TAVARES, 2013, p. 444).

Portanto, há uma discussão doutrinária sobre a possibilidade de relativização do princípio da dignidade da pessoa humana.

a) Princípio da autonomia privada

O princípio da autonomia privada garante ao indivíduo o direito de liberdade de contratar mediante acordo entre as partes contratantes. Assim, as partes podem contratar da forma que melhor lhe aprovarem, desde que respeitem os requisitos da lei e dos bons costumes. (SANTANA, 2011).

Conforme Silvio Rodrigues (2007, p. 15) “O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam”.

Destarte, o cidadão brasileiro possui liberdade para contratar, contanto que a conduta e o objeto da relação jurídica não sejam ilícitos.

b) Direito de liberdade

O direito de liberdade subdivide-se em: liberdade de pensamento e liberdade de opinião.

A liberdade de pensamento caracteriza-se pela possibilidade do indivíduo exteriorizar o que pensa. “(...) é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”. (DÓRIA *apud* SILVA, 2013, p. 243). O autor ainda define que o ser humano não consegue viver com seus pensamentos apenas em sua consciência, mas precisa exterioriza-los socialmente.

A liberdade de opinião caracteriza-se pela atitude de exteriorizar o pensamento. “Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de decisão pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”. (ROBERT *apud* SILVA, 2012, p. 243).

Assim, todo cidadão brasileiro tem o direito assegurado constitucionalmente pelo artigo 5º da Carta Magna, de pensar como melhor entender e de expressar seus pensamentos da melhor forma que lhe apetecer, desde que não viole direitos dos demais.

c) Direito à intimidade

O direito à intimidade é confundido como direito à privacidade, porém, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, optou por tratar da intimidade de forma separada da privacidade.

A intimidade pode ser definida como “a esfera secreta da vida do indivíduo no qual este tem o poder legal de evitar os demais”. (DOTTI *apud* SILVA, 2013, p. 209).

Assim, o direito à intimidade garante ao indivíduo outros direitos constitucionais, sendo eles a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência.

Portanto, percebe-se que a Carta Magna preocupou-se em garantir o direito à intimidade do indivíduo, garantindo-lhe demais direitos que lhe acrescentam uma vida íntima digna.

d) Direito à integridade física e proibição de tratamento desumano

A Carta Magna garante o direito à integridade física de todos os cidadãos, bem como proíbe o tratamento desumano ou degradante, em seu artigo 5º, III. Desta forma, aquele que agride fisicamente uma pessoa, está sujeito à penalização conforme prevê o Código Penal brasileiro.

Conforme José Afonso da Silva (2013, p. 201) “Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo”.

Portanto, nenhum cidadão brasileiro pode ser submetido à situação que agrida a sua integridade física ou que lhe seja desumano e degradante. Este direito constitucional tem a finalidade de garantir que o indivíduo tenha uma vida digna.

e) Os princípios da bioética

A bioética tem por princípios o da beneficência, que afirma ser preciso ouvir sempre o paciente, tomando as melhores decisões para o benefício do mesmo. Da mesma forma, o princípio da não maleficência, significa prezar pela segurança do paciente. Outro princípio importante é o da vontade, o que reza que deve-se respeitar a vontade do paciente e o princípio da justiça, que afirma que todos tem direito a tratamento indiferente de sua situação social. (DIAS, 2013).

2.4. FALTA DE PREVISÃO LEGAL, PROJETOS EXISTENTES E A REGULAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

Atualmente o Testamento Vital no Brasil vem sendo utilizado com fulcro nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, bem como da proibição de tratamento desumano, previsto no texto constitucional, em seu artigo 5º, III e amparado pela Resolução 1995/12 do Conselho Federal de Medicina.

Portanto, o Testamento Vital poderia ser realizado ante a possibilidade dos particulares realizarem contratos não previstos em lei, desde que não haja afronta ao ordenamento jurídico vigente. Assim, entende-se que apesar de não haver previsão legal referente ao Testamento Vital, sua prática, atualmente, está regulamentada pela resolução 1995/12 do Conselho Federal de Medicina. Esta regulamentação precária levanta muitas dúvidas a respeito de sua aplicação, uma vez que uma resolução da medicina não deveria regular um assunto que cabe a atividade legislativa, especificamente ao direito das sucessões.

Destarte, faz-se necessário uma regulamentação pelo legislador brasileiro, com a finalidade de cessar as dúvidas e acabar com a lacuna e a insegurança jurídica existente sobre o tema, que vem sendo cada vez mais discutido.

Neste entendimento, tramita no senado o projeto de lei nº 524/2009, de autoria do senador Gerson Camata, o qual dispõe sobre os direitos das pessoas em fase de doença terminal.

O projeto de lei, em seu artigo terceiro, inciso I, define pessoa em estado terminal como:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

I – pessoa em fase terminal de doença: pessoa portadora de doença incurável, progressiva e em estágio avançado com prognóstico de ocorrência de morte próxima e inevitável sem perspectiva de melhora do quadro clínico mediante a instituição de procedimentos terapêuticos proporcionais; (CAMATA, Projeto de Lei nº 524/2009)

Em seu artigo 6º, há a previsão da possibilidade do paciente escolher a quais tratamentos deseja, ou não, ser submetido, bem como a possibilidade da família manifestar-se, caso o enfermo não o possa fazer. Há ainda a possibilidade de utilizar-se de manifestação prévia do enfermo, que no momento encontra-se incapaz de falar. Segue o artigo na íntegra:

Art. 6º Se houver manifestação favorável da pessoa em fase terminal de doença ou, na impossibilidade de que ela se manifeste em razão das condições a que se refere o § 1º do art. 5º, da sua família ou do seu representante legal, é permitida, respeitado o disposto no § 2º, a limitação ou a suspensão, pelo médico assistente, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida.

§ 1º Na hipótese de impossibilidade superveniente de manifestação de vontade do paciente e caso este tenha, anteriormente, enquanto lúcido, se pronunciado contrariamente à limitação e suspensão de procedimentos de que trata o *caput*, deverá ser respeitada tal manifestação.

§ 2º. A limitação ou a suspensão a que se refere o *caput* deverá ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente e será submetida a análise médica revisora, definida em regulamento. (CAMATA, Projeto de Lei nº 524/2009)

O referido Projeto de Lei tem como justificativas a necessidade de legislação sobre o assunto, uma vez que já está em vigor a Resolução CFM 1995/12, sanando assim, a lacuna legal existente a respeito da possibilidade de realização do Testamento Vital no Brasil.

Há, ainda, em tramitação no Senado o Projeto de Lei 79/2003, de autoria do Senador Delcídio do Amaral, que dispõe sobre os direitos dos pacientes em serviço de saúde e, em seu artigo 2º, § 1º, trata da possibilidade de recusa do paciente mediante tratamento prescrito. A recusa pode ser feita verbalmente, quando o mesmo estiver consciente ou, de forma previamente escrita no prontuário médico, mediante acompanhamento do médico e de um familiar.

Destarte, percebe-se a vontade de regulamentação do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tramitam Projetos de Leis que visam regulamentar de forma específica a autonomia da vontade do paciente.

Ainda que não esteja previsto em Lei específica, o Testamento Vital pode ser realizado baseado, principalmente, na Resolução CFM 1995/12. Esta resolução dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, sob a justificativa da necessidade de regulamentação sobre o tema, uma vez que os médicos deparam-se com situações conflitantes no que diz respeito à vontade dos pacientes, sendo necessário determinar as condutas médicas em conformidade com a ética profissional. Desta forma, os profissionais da medicina ficam seguros em relação à conduta que devem adotar frente à vontade de seus pacientes.

A Resolução 1995/12 possui apenas dois artigos e define em seu art. 1º as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes 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”. (Res. 1995/12, art. 1º).

O art. 2º prevê o uso das diretivas antecipadas de vontade, previamente registradas no prontuário médico quando o paciente encontrar-se incapacitado de comunicar-se. Também há previsão de o paciente designar um representante legal que irá informar a sua vontade.

Quando as diretivas antecipadas de vontade estiverem em desacordo com a ética médica não poderão ser consideradas, conforme art. 2º, § 2º da Resolução.

A possibilidade de o paciente deixar por escrito sua vontade em relação a tratamentos que deseja ou não ser submetido também encontra respaldo no parágrafo único do artigo 41 do Código de Ética Médica (Resolução CFM 1931/2009), que prevê a obrigação do médico em atender a vontade do paciente relacionada a tratamentos de doenças incuráveis ou de pacientes que se encontrem em estado terminal, na íntegra:

É vedado ao médico:

(...)

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, a de seu representante legal.

Nas previsões éticas previstas pela Resolução 1995/12, que tem por objetivo garantir uma segurança ao paciente, seus familiares e aos profissionais da medicina fundamenta-se a possibilidade de realização do Testamento Vital no Brasil.

Ao considerar que a lei brasileira, mediante o princípio da autonomia da vontade, permite ao indivíduo realizar contratos diversos, ainda que não previstos expressamente, pode-se alegar a possibilidade de realização do Testamento Vital, uma vez que este não fere as normas vigentes.

Ainda, há que se considerar o direito de liberdade de pensamento e opinião de todo cidadão brasileiro, bem como, o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos assegurados pela Carta Magna.

Diante do exposto, entende-se pela possibilidade de realização do Testamento Vital no Brasil, uma vez que os cidadãos brasileiros possuem liberdade para contratar, pensar e opinar de maneira a garantir sua dignidade.

O que entra em discussão mediante a possibilidade de realização do Testamento Vital é o direito de morrer com dignidade. Ao tratar deste assunto, vários aspectos devem ser considerados, entre eles, o avanço da medicina, a conduta ética dos profissionais da saúde, a dignidade da pessoa humana e seu direito de escolha. O direito a uma morte digna levanta muitos pontos polêmicos sobre quando começa e termina a vida e mediante tantas interpretações doutrinárias, torna-se difícil concluir tal questão.

Como o paradigma válido para toda ciência é de que o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade, respeitando a dignidade do ser humano, coloca-se em xeque a questão do direito a uma morte digna, ante a possibilidade de situações em que ele pode ser ameaçado. Urge que se faça uma reflexão profunda sobre a compreensão desses problemas tão difíceis, delicados e polêmicos (...). (DINIZ, 2001, p. 300).

A mesma autora ainda afirma a necessidade de que todos os operadores do direito tenham cautela no momento de formular normas e aplicá-las, não podendo admitir omissões ou precipitações ante o instituto da vida ou da morte. Deve-se sempre lembrar que decisões sobre o referido tema devem considerar toda a humanidade, sendo que sempre haverá um risco, uma vez que dois ou mais princípios podem ser confrontados. Ante este confronto é imprescindível que os operadores do direito decidam de forma a garantir a dignidade da pessoa humana. (DINIZ, 2001).

O advogado e filósofo Henrique Moraes Prata (2013), defende a necessidade de regulamentação de normas para garantir a preservação dos direitos personalíssimos dos pacientes em fase terminal. O mesmo afirma que a alta tecnologia disponível atualmente na medicina, prolonga a vida de pacientes de maneira fútil, uma vez que não trazem chance de cura, mas apenas o prolongamento de um sofrimento desnecessário:

Nos momentos finais da existência humana, nas atuais condições hipermedicalizadas em que os moribundos padecem, as lesões a direitos da personalidade ocorrem no ponto em que o tratamento médico persiste no intuito curativo com medidas fúteis ou exageradas. (PRATA *apud* CRISTO, ROVER, 2013).

Assim, é necessário, segundo Prata, tomar medidas jurídicas necessárias a garantir o bem estar e conforto do paciente nos seus últimos momentos de vida, e não aumentar um sofrimento desnecessário.

Portanto, a prática do Testamento Vital no Brasil deve ser regulamentada de forma específica, através de uma lei, pois a regulamentação através do Conselho Federal de Medicina é muito omissa e não traz a segurança jurídica necessária.

Ademais, a Resolução não traz os requisitos e as formalidades necessárias para a realização do documento e traz uma insegurança jurídica sobre um tema muito delicado e pouco comentado entre os brasileiros.

Assim, fica evidente a necessidade de uma lei específica sobre o Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de suprir as lacunas existentes, formalizar o ato e garantir a aplicação do mesmo pelas pessoas que assim desejarem.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise da norma jurídica brasileira, encontra-se um conteúdo vasto no que concerne à regulamentação das várias formas de testamentos, sendo que estes se caracterizam pela manifestação da vontade do testador com relação a seu patrimônio, devendo seguir os moldes legais e, surte efeitos apenas após sua morte. Porém, não há menção a respeito do Testamento Vital no Brasil, não sendo encontrados também, os requisitos para a realização do mesmo, bem como seu conceito.

Assim, é preciso diferenciar o testamento vital de outros conceitos como eutanásia, que é considerada homicídio e vedada no Brasil e da distanásia, que é o prolongamento do processo da morte por meios artificiais, devendo ser evitada. O testamento vital é o que mais se assemelha à ortotanásia, que trata do não prolongamento do processo de morte por meios artificiais. A doutrina traz sua conceituação como um documento em que o testador dispõe sobre sua vontade no que concerne a tratamentos de saúde aos quais deseja ou não, ser submetido quando estiver incapacitado de comunicar-se.

O Testamento Vital já é utilizado em vários países como Estados Unidos, Itália, Portugal, Argentina, Bélgica e mais recentemente o Uruguai. Atualmente o Testamento Vital vem sendo utilizado no Brasil com base na liberdade contratual entre particulares, a qual garante a possibilidade de realização de contratos não previstos em lei, mediante o requisito de não afrontamento ao ordenamento jurídico existente e, mediante a aplicação dos princípios e direitos constitucionais.

A Resolução nº 1995/12 do Conselho Federal de Medicina permite ao paciente o registro, em seu prontuário, da sua decisão em relação aos tratamentos que deseja ou não se submeter quando for diagnosticado com doença terminal e estiver impossibilitado de manifestar sua vontade. Deste modo, o instituto do Testamento Vital está regulamentado apenas por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, o qual não possui legitimidade e competência para legislar sobre tal assunto.

Ainda, tramitam no Congresso projetos de Lei com o intuito de regulamentar o Testamento Vital em nosso país, mas até o momento o mesmo encontra-se sem amparo legal, e quem deseja dele se utilizar com base na Resolução do Conselho Federal, pode correr o risco de não ver sua vontade respeitada.

Portanto, é de suma importância o desenvolvimento e a aprovação de uma lei específica que supra as lacunas existentes e formalize as diretivas antecipadas de vontade como uma forma de Testamento, garantindo, assim, a aplicação do mesmo e acabando com a insegurança jurídica sobre o tema, trazendo uma dignidade ao momento de sofrimento da pessoa humana, indo de encontro a tal princípio constitucional.

REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jiménez. 1942. *Liberdade de Amar e Direito a Morrer*. Buenos Aires: Losada.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 27 de dezembro de 2013.

BRASIL. LEI n. 10.406, Código Civil Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em 27 de dezembro de 2013.

BRASIL. PROJETO DE LEI nº 79/2003. *Dispõe sobre os direitos dos pacientes em serviços de saúde*. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=55933. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

BRASIL. PROJETO DE LEI nº 524/2009. *Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença*. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94323. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

BRASIL. RESOLUÇÃO CFM 1931/2009. *Código de Ética Médica*. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122. Acesso em 02 de janeiro de 2014.

BRASIL. RESOLUÇÃO CFM 1995/12 *Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade*. Disponível em <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>. Acesso em 02 de janeiro de 2014.

CABETTE, Eduardo L. Santos. 2009. *Eutanásia e Ortotanásia*. Comentários à Resolução 1.805/06. Curitiba: Juruá.

COSTA JÚNIOR, Emanuel de Oliveira. 2012. Ortonásia, distanásia e eutanásia na consciência médica. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, s/p, outubro. Disponível em http://www.ambitorjuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11921. Acesso em 18 de dezembro de 2013.

CRISTO, Alessandro. ROVER, Tadeu. 2013. Prolongamento fútil da vida fere os direitos de personalidade. *Consultor Jurídico*, 03 de novembro. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-nov-03/intervista-henrique-moraes-prata-especialista-direito-bioetica>. Acesso em 18 de dezembro de 2013.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. 2013. *Revista Bioética*, Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861. Acesso em 20 de dezembro de 2013.

DECLARAÇÃO DE MADRID. 1987, *adotada pela 39ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Madrid*. Espanha.

DIAS, Maria Berenice. 2013. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINIZ, Maria Helena. 2001. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva.

_____. 2007. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. 1972. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi.

RODRIGUES, Silvio. 2007. *Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30º ed.k, v. 3. São Paulo: Saraiva.

SANTANA, Angélica. 2011. Princípios fundamentais do direito contratual. *Revista Npi/Fmrago*. Disponível em http://www.fmr.edu.br/npi/npi_direito_contratual.pdf. Acesso em 07 de janeiro de 2014.

SILVA, José Afonso. 2013. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA, Maria Isabel Fernandes. GOMES, Frederico Barbosa. 2012. *Possibilidade de inclusão do Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista eletrônica de direito do centro universitário Newton Paiva. Edição 18. Disponível em <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=577>. Acesso em 09 de janeiro de 2014.

TAVARES, André Ramos. 2013. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.