

O “TESTAMENTO VITAL” COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE: O RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE NAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

Ana Luisa de Vasconcelos Cintra*

Álisson José Maia Melo**

129

RESUMO: Com o advento da Constituição de 1988, emerge a necessidade de o direito privado ser interpretado à luz dos princípios constitucionais, com ênfase ao primado da dignidade da pessoa humana, com destaque privilegiado no Código de 2002, mediante a inserção nessa nova legislação de dispositivos relativos a direitos da personalidade. Nesse novo cenário evolui a temática relativa ao direito à morte digna. O reflexo disso na relação médico-paciente é a assunção de uma posição mais ativa e respeitada do paciente, deixando essa de ser vertical e passando a ser horizontal. Nesse contexto aparece a ideia de manejo das diretivas antecipadas de vontade, documentos que vinculam familiares e profissionais de saúde às vontades dos indivíduos diante de uma enfermidade para a qual não haja mais solução científica. Este artigo investiga um dos instrumentos dessas diretivas antecipadas, o testamento vital, para avaliar seu enquadramento como direito da personalidade e como meio de assegurar o exercício da autonomia da vontade para assegurar direito a uma morte digna e sua admissibilidade jurídica no Brasil. Adota-se o método dedutivo em pesquisa qualitativa, com emprego de procedimentos bibliográfico e documental. O testamento vital configura-se como uma espécie de diretivas antecipadas de vontade, voltadas para a deliberação pelo próprio indivíduo acerca de medidas terapêuticas a serem tomadas por ocasião de sua incapacidade decisória decorrente de doença terminal. Da investigação realizada, depreende-se que o testamento vital preenche os requisitos que permitem classificar esse instrumento como direito da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da dignidade humana. Autonomia de vontade. Direito a morte digna. Diretivas antecipadas. Direitos da Personalidade. Testamento vital.

“LIVING WILL” AS A PERSONALITY RIGHT: THE RESPECT TO AUTONOMY OF WILL IN THE EARLY DIRECTIVES

ABSTRACT: With the advent of the 1988 Constitution, the need for private law to be interpreted in the light of constitutional principles emerges, with emphasis on the primacy of human dignity, with a privileged emphasis on the 2002 Code, through the insertion in this new legislation of provisions relating to to personality rights. In this new scenario, the issue related to the right to a dignified death evolves. The reflection of this in the doctor-patient relationship is the assumption of a more active and respected position of the patient, which ceases to be vertical and becomes horizontal. In this context, the idea of managing advance directives of will appears, documents that link family members and health professionals to the will of individuals in the face of an illness for which there is no longer a scientific solution. This article investigates one of the instruments of these advance directives, the living will, to assess its framing as a personality right and as a means of ensuring the exercise of the autonomy of the will to ensure the right to a dignified death and its legal admissibility in Brazil. The deductive method is adopted in

* Bacharela em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7).

E-mail: anacintra13@hotmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Advogado. E-mail: alisson@uni7.edu.br.

qualitative research, using bibliographic and documentary procedures. The living will is configured as a kind of advance directives of will, aimed at deliberation by the individual about therapeutic measures to be taken on the occasion of his decision-making incapacity resulting from a terminal illness. From the investigation carried out, it appears that the living will fulfills the requirements that allow classifying this instrument as a personality right.

KEYWORDS: Principle of human dignity. Autonomy of will. Right to dignified death. Early directives. Personality rights. Living will.

1 INTRODUÇÃO

As questões que giram em torno da vida e da morte sempre geraram debates e análises por especialistas dos mais variados ramos do conhecimento no âmbito da sociedade, entre os quais juristas, filósofos, médicos, que desde sempre buscam apreender de formas diferentes respostas atinentes às questões oriundas dessa temática.

No âmbito do Direito, são vários os problemas que essas reflexões sobre a vida e a morte acarretam, gerando divergência e inquietação entre os doutrinadores. Nesse contexto, uma das questões que mais ensejam controvérsia e discussão é a relativa ao consentimento para que uma pessoa aceite ou rejeite tratamentos médicos, principalmente nas situações em que essa escolha possa ocasionar risco à sua própria vida, sobretudo num cenário de avanço da medicina, com a introdução e utilização de vários recursos avançados de terapia intensiva, tratamento e de tecnologia para realização de procedimentos cirúrgicos e de manutenção da vida.

A cada nova descoberta científica, a cada inovação tecnológica, advém a possibilidade de violação a um direito de personalidade; ou seja, diante do próprio desenvolvimento tecnológico no âmbito da medicina, existe a possibilidade de lesão aos direitos da personalidade de uma pessoa, que por sua vez, titulariza esses direitos, podendo ocorrer assim desrespeito a sua própria dignidade, que se constitui fundamento de proteção desses direitos ligados a pessoa em sua essência e que lhe são assegurados constitucionalmente.

Diante desse cenário, é importante investigar com mais detenção se há limites para autonomia dos pacientes quanto à aceitação ou refutação dos atos médicos, mesmo aqueles, que em princípio, poderiam lhe proporcionar benefícios. Prosseguindo nessa linha de investigação, saber se juridicamente é possível a uma pessoa declarar, válida e antecipadamente, quais intervenções médicas pretende se submeter, caso no futuro se encontre em situação que não lhe possibilite manifestar seu consentimento e sendo esta declaração admitida,

quais são seus requisitos e limites, e qual a força vinculante desse ato, são pontos sensíveis que merecem reflexão.

Em outros termos, questiona-se a possibilidade de uma pessoa declarar, por escrito próprio, a qual tipo de tratamento pretende ou não ser submetida, caso no futuro se encontre em estado de saúde que não lhe permita consentir de forma livre em razão de ter seu discernimento gravemente afetado.

O Direito não pode ficar à margem dessa discussão, que abrange o princípio da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, dos quais a autonomia privada faz parte, previstos e assegurados na Constituição de 1988, principalmente diante das mudanças que ocorreram a partir da sua promulgação e que contribuíram para o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, o que gerou alterações identificadas no novo Código Civil, de 2002, por meio do qual se passou a privilegiar a pessoa e não o patrimônio nas relações privadas, como ocorria no Código de 1916.

Nesse sentido, é imprescindível o estudo das diretivas antecipadas de vontade, instrumentos de manifestação da vontade dos pacientes, e do testamento vital, como uma de suas espécies, partindo de uma abordagem mais ampla de seu conceito, da origem do instituto e de sua importância para o exercício da autonomia privada de uma pessoa em respeito ao seu direito a um processo de morte digna.

Constitui-se objetivo geral deste trabalho analisar se o testamento vital, espécie de diretiva antecipada da vontade, pode ser reconhecido como um direito da personalidade, e partindo desse reconhecimento, se pode gozar dos mesmos meios de proteção desses direitos.

Em relação aos objetivos específicos, este trabalho monográfico busca apreender se pode se constituir como fundamento de validade do testamento vital o respeito a autonomia do paciente e seu direito de se manifestar sobre terapêuticas e procedimentos médicos que possam vir a comprometer a sua integridade psíquica e corporal e identificar se há admissibilidade jurídica para aplicação desse instrumento no Brasil.

A metodologia de pesquisa é de natureza qualitativa, com a utilização de procedimentos teórico, bibliográfico e documental. Para a construção do raciocínio, a pesquisa adota o método dedutivo, partindo de uma base teórica para realizar a análise da temática escolhida, qual seja a abordagem do testamento vital no âmbito dos direitos da personalidade e do reconhecimento da autonomia de vontade com destaque nessa investigação, a discussão sobre o direito à

vida e nessa esteira, sobre o direito à morte digna. Emprega-se ainda pesquisa jurisprudencial com base no método indutivo, ao avaliar julgado relacionado e decisão de tribunal brasileiro.

Para melhor compreensão do tema, o desenvolvimento está estruturado em duas seções. A primeira é destinada à apreensão das diretivas antecipadas de vontade, seu conceito, objeto, origem aplicação em outros países, fundamento normativo e formalização das mesmas, além da abordagem do testamento vital, a partir da explanação dos conceitos existentes e distinção do mesmo com outro instituto, mais particularmente a eutanásia;

A segunda seção, por sua vez, confere atenção a abordagem dos direitos da personalidade e sua importância para admissibilidade das diretivas antecipadas e para o testamento vital no Brasil, partindo de um breve resgate histórico do surgimento desses direitos, seguindo com a sua caracterização, classificação, meios de proteção, abrangendo a relação entre integridade física e autonomia privada e autonomia do paciente, assim como as repercussões advindas do desrespeito a este instituto.

2 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E TESTAMENTO VITAL NO CONTEXTO DO DIREITO À MORTE

Para se delimitar e abordar mais especificamente o testamento vital no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, como um direito da personalidade, em respeito à autonomia da vontade e ao direito de morrer dignamente, é necessário prosseguir com o estudo das diretivas antecipadas de vontade, mais propriamente, sua origem, seu objeto, países que adotam esse instrumento e sua importância atual a partir de um breve histórico e sua previsão em resolução normativa no Brasil, principalmente porque o testamento vital se constitui uma de suas espécies.

Em acréscimo, é importante contextualizar sua importância no âmbito das questões que se discutem em torno dessa temática, como o direito a uma morte digna e sua correlação com o princípio da dignidade humana, como um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

2.1 As diretivas antecipadas de vontade e o Direito (Civil) brasileiro

Considera-se diretiva antecipada de vontade qualquer manifestação de vontade relativa a tratamento médico futuro, expressa através de meio escrito

(preferencialmente) ou não. Por essa natureza, têm ampla aplicação nas questões de fim de vida, destacando-se como instrumentos importantes na salvaguarda da vontade e direitos dos pacientes (PRATA, 2017, p. 182).

Diante das discussões que permeiam a questão do direito a uma morte digna diante de uma situação clínica considerada pela medicina irreversível, as diretivas antecipadas de vontade são definidas como instrumentos que permitem de modo formal ou informal a manifestação de vontade sobre tratamento médico futuro. Uma pessoa pode, por meio desse instrumento, manifestar a sua vontade de não se submeter à determinada conduta e terapêuticas médicas caso no futuro se encontre em uma situação de terminalidade e sem condições de manifestar a sua vontade. Deve ser capaz de definir em detalhes o tratamento que desejaria ter caso fique incapaz de exercer uma tomada de decisão autônoma (PRATA, 2017, p. 184)

Ainda em relação ao conceito, alguns denominam as diretivas antecipadas como testamento vital, porém com ela não se confunde, sendo as diretivas consideradas como gênero, das quais o testamento vital é espécie. (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 384). As diretivas antecipadas de vontade, conquanto para alguns autores sejam identificadas como sendo o próprio testamento vital, para outros, de modo mais acertado, com esse instrumento essas não se confunde, sendo o entendimento de que o testamento vital é um dos instrumentos em que se pode manifestar uma diretiva antecipada de vontade, não sendo em teoria, portanto, a mesma coisa.

Acrescentando, nos Estados Unidos, *advance directives* (diretivas antecipadas) se constitui uma expressão genérica, não se especificando se se trata de uma declaração antecipada de tratamento e de uma nomeação de um procurador de cuidados de saúde, ou se se refere a um desses aspectos mencionados. (PRATA, 2017, p. 183-184).

Quanto ao objeto, as diretivas de vontade podem ter em seu conteúdo:

- a) a realização de procedimentos médico-terapêuticos;
- b) a delimitação dos procedimentos a que um paciente concorde ser submetido;
- c) exclusão prévia de determinados procedimentos;
- d) o estabelecimento de um lapso para o prosseguimento dos tratamentos e após o mesmo, a suspensão da continuidade mediante a recusa prévia não havendo alteração do estado vegetativo;
- e) mediante gravidez, quais procedimentos adotados em relação ao feto. (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 383).

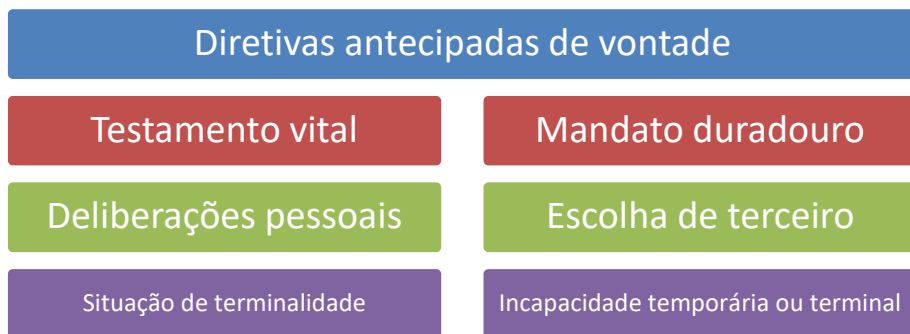
É possível inclusive sustentar a possibilidade de inclusão de um rol mais abrangente para o conteúdo das diretivas, como, por exemplo, a autorização de amputação de membros ou para autorização de eutanásia, em países onde essa seja permitida. Todavia, as diretivas não se constituem, em seu objeto, a constituição de mandatário ou mandatários para que, no infortúnio da perda da consciência ou incapacitação do paciente sobre o modo, o termo e a interrupção do tratamento do outorgante. Nessa circunstância, tem-se um outro instrumento, não se confundindo com o instituto sob exame.

Os Estados Unidos da América (EUA) foram o primeiro país a regular as chamadas diretivas antecipadas de vontade (*advance directives*). Embora a primeira lei tenha sido publicada em 1976 pelo estado da Califórnia, somente em 1990 o Congresso Americano aprovou a Lei de Autodeterminação do Paciente (*Patient Self-Determination Act*), na forma abreviada, PSDA, lei de abrangência federal. O PSDA indicou duas formas de efetivação das diretivas antecipadas: o testamento vital e o mandato duradouro (BARBOSA; BRITO, 2015, p. 167-168).

O testamento vital consiste na declaração prévia realizada por uma pessoa plenamente capaz, relativamente a quais tratamentos médicos aceita se submeter nos momentos em que porventura venha a se encontrar numa condição de terminalidade que não viabilize a mesma qualquer capacidade decisória, sendo admitido no conteúdo desse documento a recusa de medidas fúteis e inúteis, que só prolonguem o estado de inconsciência sem viabilizar a reabilitação do paciente, a sua recuperação.

Já o mandato duradouro, ou poder duradouro do representante para cuidados com a saúde, consiste na escolha de um responsável para a tomada de decisões quanto à saúde do paciente, sempre que este por sua vez se encontrar em situação que não lhe permita se autodeterminar, seja por incapacidade temporária ou permanente. Diferentemente do testamento vital, o seu objeto não se restringe a uma situação de terminalidade, podendo também ter eficácia em momentos de incapacidade temporária. A Figura 1 sintetiza a classificação.

Figura 1 – Modalidades de diretivas antecipadas de vontade



Fonte: elaborada pelos autores.

O testamento vital no Estados Unidos, ou *living will*, foi concebido por Luis Kutner, advogado ativista de direitos humanos (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 387). O *living will* seria limitado a pacientes adultos e capazes de decidir sobre seu futuro, evitando-se, por outro lado, a responsabilidade dos hospitais ou dos médicos em caso de serem acusados da prática de eutanásia, ou seja, esse instrumento não poderia ser utilizado por pacientes que não pudessem deliberar sobre uma condição futura. O *living will* deve respeitar as formalidades registras e legais de autenticidade e sanidade, bem como sua implementação deve ser condicionada à avaliação pelas instituições hospitalares (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 307-308). Essas condicionantes sem dúvida proporcionam mais segurança ao instrumento. Daí porque preferencialmente as diretivas antecipadas de vontade devem ser manifestadas por escrito e não de forma verbal.

No ano de 1991, houve a regulamentação Federal, estando as diretivas normatizadas em âmbito federal no *Patient Self Determination Act* (PSDA), de 1º de dezembro de 1991, sendo a primeira lei federal a conferir verdadeiramente ao paciente a autodeterminação da sua vontade. (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 388). Mediante essa lei, as diretivas antecipadas foram estabelecidas como gênero de documentos para manifestação de vontade em relação a condutas e tratamentos médicos. Já as espécies, seriam o *living will*, mais propriamente o testamento vital, e a *durable power of attorney for health care*, o ato de nomeação de um procurador, que em nome do paciente, tomará decisões referentes ao tratamento médico, as formas, duração e cessação do mesmo. (SIVEIRA; GOMES, 2015, p. 388).

Não se constituem objeto de estudo desta pesquisa outros instrumentos de manifestação da vontade de um paciente em oposição a tratamentos e terapêuticas médicas, mas é importante a alusão da existência de outros mecanismos existentes a respeito, como os denominados *physicians orders for life sustaining treatment* (POLST), que por sua vez não reconhecidos como uma diretiva antecipada de vontade, mas como um outro tipo de instrumento, possível de ser utilizado nos Estados Unidos em situações de emergência médica perante a necessidade de manobras de reanimação ou de ressuscitação de um paciente.

O instituto também pode ser observado na Alemanha, denominado de *Patientenverfügungen* (disposições do paciente), regulamentadas no contexto da legislação de seguridade social, especificamente a terceira lei para alteração do direito ao cuidado (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 389; PRATA, 2017, p. 198). Já em Portugal, as diretivas antecipadas de vontade foram reguladas pela Lei nº 25, de 16.7.2012, que trata do testamento vital e do procurador de cuidados de saúde. A lei estabeleceu um Registro Nacional do testamento vital (REN-TEV) e para formalização desse instrumento, há exigência de que o autor seja capaz e que a sua vontade tenha sido manifestada de forma consciente, livre e esclarecida (art. 4º) (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 391).

No Direito brasileiro, inexistente lei federal regulando as diretivas antecipadas de vontade, embora haja referências ao Projeto de Lei do Senado nº 267/2018 acerca do tema. O diploma normativo, em sentido lato, mais compreensivo sobre o instituto é a Resolução CFM nº 1.995/2012 (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 384). Para o Conselho Federal de Medicina, as diretivas são conceituadas assim em seu artigo 1º como o “[...] conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestadas pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (CFM, 2012).

Importante destacar a esse respeito, que essa mesma norma, no seu artigo 2º, § 2º, exonera o profissional da obrigação de cumprir o conteúdo das diretivas antecipadas quando estas forem desconformes ao Código de Ética Médico; todavia, de acordo com o § 3º desse mesmo artigo, as diretivas “prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares” (CFM, 2012). Interpretações há no sentido de que as diretivas possam ser transmitidas ao próprio médico, exigindo-se arcabouço probatório desse fato (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 384).

A Resolução do CFM nº 1995/2012, há quase dez anos, foi considerada um avanço quanto à aplicabilidade das diretivas antecipadas de vontade no Brasil e assim sendo, um passo fundamental para elaboração de legislação no futuro que proporcione regulamentação dessa matéria.

Mais especificamente, identifica-se no *caput* do art. 2º dessa Resolução, ao estabelecer que “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” (CFM, 2012), a previsão implícita ao testamento vital, por ser uma das modalidades de diretivas. Contudo, apesar da importância dessa Resolução para o reconhecimento e aplicação do testamento vital no Brasil, entende-se pela necessidade de maiores detalhamentos normativos para a formalização dessa ferramenta (MOREIRA, 2015, p. 98-100).

Diante do silêncio legislativo sobre a possibilidade das diretivas antecipadas, ou seja, apesar da inexistência de legislação própria a respeito no Brasil, não há também normas no ordenamento que rejeitem esses instrumentos. Pelo contrário, destacando-se as normas constitucionais que asseguram o direito à liberdade, à autonomia privada, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, à dignidade da pessoa humana e a proibição ao tratamento desumano, as diretivas antecipadas são plenamente viáveis em nosso âmbito jurídico, representando a Resolução do Conselho Federal de Medicina há pouco mencionada, um avanço e estímulo à produção legislativa.

Voltando a atenção ao testamento vital, mais particularmente, diante do silêncio do legislador, a doutrina civilista tem tido por sua vez papel central no delineamento dos limites e possibilidades desse instrumento, compatibilizando o mesmo com o ordenamento jurídico, no sentido de que a omissão não poderia ser interpretada como impedimento (EHRHARDT JR., 2012, p. 88).

Entre os benefícios das diretivas antecipadas, situam-se a possibilidade de uma pessoa explicitar de forma prévia sua rejeição a determinados tipos de tratamentos, como ocorre no caso das testemunhas de Jeová, que por sua vez não aceitam transfusão de sangue, e de recusar cuidados e práticas médicas infrutíferos, que ao invés de promoverem a reabilitação de um paciente, servem apenas para manter inutilmente vivo o seu organismo, impingindo um sofrimento ao mesmo diante de um processo de morte inevitável.

Se o direito à morte digna está assegurado constitucionalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada da liberdade individual, por conseguinte, também é devido garantir ao indivíduo como quer ser tratado em situação de terminalidade. Nessa esteira, as diretivas antecipadas de vontade poderiam ter por fundamento o princípio da dignidade humana, assim como o direito a uma vida digna? Essa discussão é importante e há autores que defendem esse posicionamento de associação da dignidade humana ao direito à morte digna (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 385).

Contudo, há bases mais específicas que poderiam ser adotadas na pesquisa, como as regras de liberdade contratual e de contratação atípica, previstas respectivamente nos arts. 421 e 425 do Código Civil. Embora a previsão legal das diretivas antecipadas de vontade pudesse conferir maior segurança jurídica e conferir maior confiança na validade e implementação, a autonomia da vontade protegida pelo Código Civil serve de base mais do que razoável para fundamentar esses instrumentos, obedecidas as formalidades legais.

Quanto à forma das diretivas antecipadas de vontade, é cabível registrar que a Resolução CFM 1.995/2012 ofereceu um tratamento importante acerca dessa formalização. De acordo com a interpretação dos arts. 1º e 2º da Resolução, podem ser identificados quatro meios em que a formalização das diretivas pode ocorrer:

- a) por escrito do paciente, de escritura particular ou pública;
- b) por requisição judicial;
- c) por mandato, com ou sem maior liberdade;
- d) verbalmente ao médico, mediante registro no prontuário (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 390-391).

Essa questão da formalização das diretivas é imprescindível para que se ofereça mais segurança aos profissionais de saúde no cumprimento da vontade do paciente antecipadamente manifestada acerca de tratamentos médicos que perante uma condição clínica irreversível do mesmo, sejam considerados fúteis, principalmente no Brasil, onde não há ainda legislação a respeito, o que será mencionado adiante.

Em outros países, onde as diretivas antecipadas de vontade já foram normatizadas, como em Portugal e na Alemanha há previsões para formalização desse instrumento. Em Portugal, as diretivas devem ser escritas e sua firma deve ser lançada perante um servidor com devida habilitação do RENTEV ou um notário. Mas diferente do que está previsto na Resolução do CFM nº1. 995/2012, não há previsão de que o paciente transmita ao médico, de forma

verbal ou por meio de escritura particular, suas diretivas antecipadas. (SILVEIRA; GOMES, 2015, p. 391). Na Alemanha, por sua vez, Estados criaram alguns modelos para as diretivas antecipadas, com a finalidade de facilitar a obtenção da vontade das pessoas mediante a apresentação de quesitos a serem respondidos.

2.2 O testamento vital como espécie de diretivas antecipadas de vontade

Quanto ao conceito desse instrumento, o testamento vital configura-se como um ato unilateral responsável pelo registro da manifestação de vontade do paciente relativamente à assistência sanitária em situação de terminalidade (PAGANINI, 2011, p. 37), conferindo ao próprio paciente a autonomia para decidir sobre sua vida e sua saúde mesmo após a perda da capacidade decisória e, com isso, retirando dos parentes o peso dessa decisão que pode ser fonte de conflitos familiares (EHRHARDT JR., 2012, p. 78-79).

Cabe destacar, acrescentando, diante do exposto, que não cabe utilizar esse instrumento diante de qualquer enfermidade, mas tão somente naquelas em que uma pessoa saiba estar ou ser em breve acometida (atualidade) e que, além de ser considerada incurável no âmbito da medicina, impeça a mesma de consentir livremente, ao afetar completamente o seu discernimento e sua capacidade de se manifestar a respeito de tratamento e terapêuticas médicas (incapacidade).

Quanto à terminologia testamento, esse instrumento não se trata exatamente de um testamento patrimonial tradicional, uma vez que este ato jurídico é destinado a produzir efeitos *post mortem*; o testamento vital, por outro lado, tem eficácia *inter vivos*, ou melhor, tem por objeto, firmar de forma antecipada a vontade do paciente quanto às intervenções médicas a que pretende se submeter, subsistindo as instruções no documento nas situações em que seu subscritor estiver incapacitado de se manifestar (EHRHARDT JR, 2012, p. 75).

O testamento vital, enfim, possibilita que seja o próprio indivíduo a decidir sobre sua vida e sobre a sua saúde, e não seus familiares e nem tampouco os profissionais de saúde, se constituindo assim como um meio antecipado de se assegurar o direito a uma morte digna a uma pessoa, quando este resultado para os médicos é irreversível do ponto de vista científico, possibilitando assim o exercício da autonomia de vontade por uma pessoa.

Tal como as diretivas antecipadas de vontade, enquanto gênero, o testamento vital carece de base legal; mas sequer regulamentação infralegal espe-

cífica possui. Por outro lado, alguns Estados já têm legislações específicas sobre o direito a uma morte digna, sem a utilização de terapias que sejam consideradas inúteis de uma situação clínica de irreversibilidade no âmbito da medicina. Em São Paulo, o ex-governador Mário Covas promulgou uma lei dos direitos do paciente, a qual foi utilizada por ele mesmo quando foi acometido por uma neoplasia, pois antes de morrer o mesmo recusou a utilização de tecnologias que viessem a prolongar o seu sofrimento. (PAGANINI, 2011, p. 37).

Ademais, mediante a publicação do novo Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM nº 1.931/2009, ocorreu a ratificação da posição de concordância quanto ao parecer em relação aos pacientes considerados terminais. Essa posição afirma que a autonomia do paciente deve ser respeitada. (PAGANINI, 2011, p. 37- 38). Não foram incluídas nesse novo Código de Ética Médica as definições de testamento vital e de ortotanásia, que permitiria por sua vez o desligamento de aparelhos, como respiradores artificiais em casos incuráveis. O novo Código de Ética Médica prevê que os profissionais não pratiquem tratamentos desnecessários em doentes em final de vida e reconheça a importância dos cuidados paliativos (CFM, 2010).

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

No Brasil, há quem prefira a denominação Declaração de Prévia Vontade, para evitar confusões com outros institutos jurídicos, como o testamento (PENALVA, 2009, p. 526). Embora possa ocorrer confusão entre o testamento vital com o testamento propriamente dito, de cunho patrimonial, por serem considerados atos unilaterais, personalíssimos, gratuitos e revogáveis, reconhece-se a distinção entre ambos em relação mais preciosamente ao objeto e o momento em que os efeitos jurídicos são produzidos. O testamento de cunho patrimonial diferente do testamento vital gera efeito jurídico após a morte, ou seja, tem eficácia mortis causa e seu objeto consiste em divisão de patrimônio. Já o testamento vital, por sua vez, consiste, como já foi mencionado, numa declaração prévia de vontade de um paciente em estado terminal, gerando efeito ainda em vida (BRITO; BARBOSA, 2015, p. 168).

Nada obstante, compartilha-se o entendimento daqueles que não veem problema em relação ao uso da expressão testamento vital dadas as diferenças existentes entre o objeto e os efeitos desse instrumento em relação ao testamento patrimonial.

Pode-se admitir que o testamento vital, mesmo não tendo legalização expressa no ordenamento jurídico brasileiro, possui requisitos de validade, tendo em vista o respeito à vontade e à autodeterminação da pessoa. Por outro lado, deve-se ressaltar que, para que tal testamento seja aceito, a doença do paciente deve ser de tratamento e estágio irreversível. Diante de uma doença terminal e da impossibilidade de cura no âmbito da medicina, o testamento vital poderá ser utilizado para proporcionar um processo de morte digna, cabendo enfatizar então que sua aplicação não poderá ocorrer então diante de qualquer enfermidade.

Diante da menção a doença terminal e irreversível, é importante antes de encerrar esse capítulo, fazer em próximo tópico a distinção entre testamento vital e Eutanásia, para que não haja confusão entre esses dois instrumentos, principalmente porque no Brasil a eutanásia é considerada crime, ou seja, é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O testamento vital, enquanto mecanismo que visa assegurar a um doente terminal, em caso de incapacidade, através de manifestação antecipada, a realização de tratamentos e terapêuticas médicas desejados pelo mesmo, constitui-se como instrumento de manifestação da vontade, que possibilita que não sejam realizados procedimentos médicos fúteis, desnecessários e que não sejam eficazes para evitar a sua morte.

Dessa forma, não pode se confundir com a eutanásia e nem tem a finalidade de proporcionar legitimidade para essa prática no Brasil, sendo importante ainda salientar que, ao divergir da eutanásia, o testamento vital não visa à recusa por tratamento médico que venha a acarretar a antecipação da morte de um doente terminal. Sua finalidade é assegurar, sendo essa vontade do paciente, que não sejam realizados procedimentos considerados extraordinários, que, no entendimento dele, não oferecerão benefícios sanitários (MOREIRA, 2015, p. 108).

É importante salientar, antes de prosseguir, que para que se possa definir o que vem a ser tratamento extraordinário ou desproporcional diante de uma enfermidade, já que nesse contexto é identificado como meio que não contribui para a melhora da qualidade de vida de um doente, tem que ser avaliado pelo

médico no caso concreto, se o tratamento em questão será útil ou tão somente acarretará mais dor e sofrimento ao doente. Se o tratamento nesse sentido é extraordinário e desproporcional ou não.

Cabe aqui a ressalva de que a definição pelo médico do que seja ou não considerado tratamento extraordinário, não implica a transferência do poder de escolha quanto à realização ou não de determinadas terapêuticas para o profissional. A decisão, por meio do testamento vital, permanecerá sendo a do paciente, que, através desse instrumento, deve relacionar quais tratamentos deseja ou não ser submetido em caso de doença terminal e de incapacidade de manifestar a sua vontade. Caberá assim ao médico, diante do caso concreto, realizar avaliação da proporcionalidade dos tratamentos que foram relacionados como não desejados por uma pessoa, já que o testamento vital não pode ter finalidade principal a antecipação da morte de uma pessoa. Ao realizar essa avaliação, o médico verifica a possibilidade de atender ao pedido de recusa do paciente em conformidade com o ordenamento jurídico do Brasil, pois não poderá atender ao pedido que venha a provocar a morte do enfermo, caracterizando assim a eutanásia (MOREIRA, 2015, p. 112-113).

Por outro lado, o testamento vital não impede que o paciente receba a aplicação de cuidados paliativos para obter conforto até a morte.

3 TESTAMENTO VITAL COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Estando uma pessoa acometida por uma doença, em que não haja mais recursos no âmbito da Medicina para promover a sua recuperação, e ainda, incapacitada de manifestar a sua vontade, de se submeter ou não a tratamentos fúteis que não proporcionarão a sua recuperação, mas tão somente tornar mais longo e sofrido o seu processo de morte, questiona-se a quem caberia o poder de dizer a ela como morrer.

Não são questionamentos fáceis de serem exauridos, porque envolvem várias implicações, como de ordem médica, ética, moral, religiosa ou jurídica, uma vez que se relacionam a temática de morte digna, assunto, que sem dúvida, é complexo, haja vista que diante do direito à vida, amparado constitucionalmente, não é tão simples promover uma discussão sobre instrumentos que possam viabilizar a uma pessoa dignidade em seu processo de morte, que lhe permitam fazer uma escolha antecipada a respeito. O fim da vida, especialmente a penosa, passa a estabelecer um trade off com a dignidade da própria existên-

cia em vida, não se justificando medidas que não atendam aos critérios de proporcionalidade, razão pela qual deixa de ser necessário o prolongamento inútil e doloroso da vida (VIANA; REIS, 2016).

Foi notadamente a partir da Constitucionalização do Direito Civil e com a aprovação do Código Civil de 2002 que o tema dos direitos da personalidade passou a ser discutido e gozado de visibilidade e de proteção, uma vez que no código anterior, o de 1916, ser pessoa significava tão somente a possibilidade de titularizar relações jurídicas de âmbito patrimonial (SCHREIBER, 2013, p. 11-12).

3.1 Direitos da personalidade: uma abordagem geral

Em outras palavras, o novo Código Civil Brasileiro (Lei nº. 10.406, de 10.1.2002) conferiu disciplina aos direitos da personalidade, proporcionando evolução nesse âmbito em relação ao código de 1916. Se na legislação anterior, os direitos da personalidade não foram incluídos de maneira sistematizada, mas de forma esparsa, no novo Código, o assunto vem a ser abordado de modo objetivo, todavia, sem ser esgotado, cujas lacunas identificadas relativas à matéria ficaram para preenchimento pela doutrina e pela jurisprudência (BITTAR, 1994, p. 42).

Essa mudança, apesar de lacunosa, foi sem dúvida um grande passo haja vista que até então não havia o reconhecimento de direitos subjetivos ligados à pessoa, a sua própria condição de pessoa e não só a questões patrimoniais, extrínsecas a pessoa e de cunho econômico no âmbito do comércio.

É realizada desse modo então uma leitura mais aprofundada acerca dos direitos da personalidade, reconhecendo-se a importância de se conferir tutela jurídica a uma pessoa não apenas em sua própria condição de pessoa, mas inclusive em outros aspectos ligados a si mesma, com aspectos personalíssimos de sua identidade no mundo, diretamente ligado ao desenvolvimento da pessoa humana através da construção da sua própria história e existência (GONDIM FILHO; MELO, 2018, p. 135-136).

Nesse entendimento, os direitos da personalidade visam proporcionar o desenvolvimento da pessoa humana, possibilitando a preservação da dignidade humana, haja vista a sua defesa aos valores mais significativos do indivíduo, que lhe possibilitam uma vida com dignidade (FERNANDES, 2015, p. 18).

Prosseguindo na sua abordagem geral, pode-se conceituar então os direitos da personalidade, como sendo os direitos indispensáveis para que a pessoa seja reconhecida como titular de proteção jurídica, dos quais decorrem direitos

subjetivos relativos aos valores existenciais do ser humano (ROCHA; DIAS, 2015, p. 1.638). Seriam direitos referentes a atributos ligados perpetuamente na pessoa (GONÇALVES, 2014, p. 184).

Com relação às características dos direitos da personalidade, a doutrina de forma abrangente, considera-os absolutos, vitalícios, intransmissíveis, renunciáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis e impenhoráveis (ROCHA; DIAS, 2015, p. 1640). Constituem-se assim como direitos inatos as pessoas, em razão de sua estruturação física, mental e moral, sendo dotados de determinadas particularidades que permitem aos mesmos uma posição especial no âmbito dos direitos privados (BITTAR, 1994, p. 5).

Entre as características dos direitos da personalidade, destacam-se a intransmissibilidade e a inalienabilidade, o que lhes conferem a natureza de serem esses direitos relativamente indisponíveis, haja vista que as pessoas não podem deles dispor de forma permanente ou total, preservando dessa forma a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 142). Nesse sentido, em casos especiais, sem sacrifício a sua própria dignidade que por sua vez confere limite e ainda, sem que seja de forma total ou permanente, é permitido a uma pessoa, titular desses direitos de personalidade, ceder o exercício de alguns desses direitos. Em outras palavras, a indisponibilidade diz respeito ao direito de fundo da personalidade (a matéria-prima), o que não impede a exploração econômica de manifestações derivadas desse direito (o produto).

Fundamentando esse entendimento da indisponibilidade relativa desses direitos, o art. 11 do Código de 2002 positiva a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. É admitida então, ainda que de forma eventual, a cessão do exercício dos direitos de personalidade em determinadas circunstâncias e no âmbito de certos limites, “desde que não seja permanente ou geral”. Referida interpretação foi conferida no Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2002). Nesse sentido, admite-se a limitação voluntária a direito da personalidade, porém não de forma absoluta, genérica, e o mais importante, se esse ato de disposição não acarretar a violação da própria dignidade da pessoa, titular desse direito.

Também como reflexo da indisponibilidade relativa, os direitos da personalidade também são caracterizados como vitalícios e improrrogáveis aos sucessores após a morte. Nada obstante, há um direito por ricochete dos sucessores a violações a reflexos de determinadas facetas da personalidade de pessoa

morta, como a honra, a imagem e o corpo (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 145).

Por fim, quanto ao fato dos direitos de personalidade serem considerados vitalícios, decorre do entendimento de que ocorre a extinção natural desses direitos mediante a morte do titular dos mesmos, caracterizando também assim a sua intransmissibilidade. Há uma ressalva, todavia, de que, em relação a essa característica da intransmissibilidade, conforme previsto no art. 11 do Código Civil, ocorre transmissão dos reflexos patrimoniais, havendo assim a transmissão do direito de se exigir uma reparação pecuniária a partir da ocorrência de uma violação de direitos patrimoniais e também personalíssimos de uma pessoa morta, conforme previsão ainda no art. 943 do Código Civil (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 145).

Ocorre assim a transmissão do direito indenizatório de âmbito patrimonial, mas não a transmissão do direito de personalidade violado, uma vez que esse é personalíssimo, ligado de forma intrínseca a uma pessoa (GONDIM FILHO; MELO, 2018, p. 139); o que se transmite diante da violação de um direito de personalidade de alguém, é a pretensão reparatória por dano moral transmitida por sua vez aos herdeiros concomitantemente a herança.

Para que se assegure então a proteção dos direitos da personalidade, é importante considerar a integridade da pessoa, titular desses direitos, de forma ampla, em seus múltiplos aspectos, não só físico, mas moral, intelectual, e dada essa abrangência, a classificação existente não esgota o rol dos direitos da personalidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 171)

Desse entendimento decorre a impossibilidade de previsão taxativa dos direitos da personalidade, sendo importante, portanto compreender esses direitos a partir de uma cláusula geral que proporcione uma proteção ampla e eficaz ao homem, em seus múltiplos aspectos biopsicológicos, para que não se deixe de conferir tutela jurídica a novos valores que possam vir a surgir.

Não há assim um rol imutável dos direitos da personalidade, há por outro lado, relatividade das classificações, o que permite se extrair que as mudanças ocorridas no mundo, em sua modernidade, revelam a insuficiência das especificações (BITTAR, 1994, p. 26). Com os avanços tecnológicos cada vez mais intensos no contexto da globalização, novas camadas da personalidade são reveladas a partir do risco de sua violação (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 171).

Esse entendimento sugere considerar a viabilidade jurídica do testamento vital como uma expressão dos direitos da personalidade, dotado de autonomia, para que se possa conferir a uma pessoa dignidade em seu processo de morte, pois que de fato têm surgido novas formas e meios tecnológicos na medicina para se manter uma pessoa viva, mesmo diante de um quadro clínico irreversível, mecanismos que não proporcionam a sua recuperação, mas prolongam a sua dor e sofrimento.

Conferir proteção aos direitos da personalidade de uma pessoa por meio da salvaguarda da sua dignidade, requer também proteção à escolha de como deseja morrer. A partir do reconhecimento da cláusula geral de proteção da personalidade no art. 11 do Código Civil de 2002, pode-se apontar uma garantia eficaz da tutela da pessoa humana das mais variadas possibilidades de violações de qualquer natureza (física, moral etc.) Aos seus direitos da personalidade, diante da multiplicidade de situações e de descobertas a que estão expostas as pessoas no dia a dia.

Ao reconhecimento do direito à vida digna como pressuposto dos direitos da personalidade pode se concluir também pela existência do direito à morte digna. A morte faz parte da vida, e como tal, merece igual consideração e proteção.

3.2 O direito à integridade física e a autonomia do paciente

O direito ao próprio corpo está inserido no âmbito do conceito da integridade física, relacionando-se à disposição de suas partes, em vida ou após a morte para fins científicos ou humanitários, mantendo, todavia, a preservação da própria vida e da integridade do corpo. É vedado pela lei a autolesão por contrariar de forma direta o princípio da dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2015, p. 19-20).

No âmbito de aplicação do direito à integridade física incluem-se a tutela de partes do corpo, bem como do corpo morto (GONÇALVES, 2014, p. 194). O direito à integridade física, ou mais especificamente o direito ao corpo propriamente dito, requer respeito a proteção da vida humana e à integridade física, abrangendo tanto o corpo vivo, como o corpo morto (cadáver). Dá se assim uma proteção mais ampla a essa dimensão da personalidade, uma vez que se confere também a proteção ao cadáver (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 174).

Ao se abordar o direito ao corpo, não se deve limitar essa discussão apenas em relação aos aspectos biológicos, mas se estender às escolhas éticas e valorativas, uma vez que não existe a verdade médica sobre a verdade jurídica, daí porque deve haver um diálogo social aberto, de modo que as decisões dos juristas venham a buscar uma solução que por sua vez possibilite ao máximo do desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Ou seja, o direito ao próprio corpo deve receber proteção como meio de realização da pessoa, e não como uma exigência social de ordem e segurança (SCHREIBER, 2013, p. 46).

Como já foi mencionado nesse capítulo, paralela às descobertas científicas, cada dia mais frequentes, advém a possibilidade de violação, de lesão aos direitos da personalidade, e mais particularmente a respeito do direito à integridade física, surgem a cada dia mais probabilidades de se manter viva uma pessoa acometida por uma doença terminal, através de meios considerados fúteis diante da irreversibilidade do quadro clínico no âmbito da medicina, a fim de prolongar o seu processo de morte, comprometendo assim um direito à morte digna como corolário do direito à vida digna.

Importante destacar ainda, que o tratamento jurídico dedicado ao corpo humano sofreu influência religiosa, de modo que o corpo humano nesse âmbito era compreendido como uma dádiva divina, o que não permitia a pessoa, realizar qualquer intervenção em favor da proteção ao seu corpo (SCHREIBER, 2013, p. 32).

Agora, na contemporaneidade, o reconhecimento da autonomia privada possibilitou uma alteração em relação a compreensão anterior, sendo admitido assim um verdadeiro direito ao corpo humano, entendimento muito importante para o testamento vital, como um instrumento que possibilita a escolha antecipada de uma pessoa por uma morte digna diante de uma doença incurável. Sua autonomia privada permite a uma pessoa fazer essa escolha, o que adiante será abordado em outro tópico.

Diante das atrocidades que foram realizadas pelos regimes autoritários durante o século XX, se identificou de forma mais acentuada a necessidade de proteção ao direito ao corpo. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, reconheceu em mais de um inciso do seu art. 5º, a proteção da integridade física, psicológica, todavia, se admite que há um caminho a se percorrer para concretização efetiva dessa tutela. Em contraste, o Código Civil, embora tenha se dedicado especialmente ao tema (em comparação com outros direitos da personalidade), adotou uma postura estrutural, sendo alvo de críticas por sua

insuficiência de adaptação para a complexidade das situações futura (SCHREIBER, 2013, p. 32-33).

Há previsão de proteção à dimensão física da personalidade nos arts. 13 a 15 do Código Civil, com alusão as tutelas do corpo vivo no art. 13, do corpo morto no art. 14 e ao livre consentimento informado do paciente no art. 15, proteção essa que tem mais importância para o objeto desta investigação e que tem relação direta com o princípio da autonomia privada, o que também será tratado adiante.

Em relação à tutela do corpo vivo, o art. 13 estabeleceu quanto à proteção conferida ao corpo vivo, que a pessoa, titular desse direito, pode de seu corpo dispor de forma abrangente desde que não ocorra diminuição permanente da sua integridade física e não ocorra com essa disposição, ofensa aos bons costumes. Farias e Rosenvald (2016, p. 175) mencionam que há críticas a esse dispositivo legal, em face de ser vaga, por um lado, a expressão bons costumes e por outro lado, por não parecer razoável que o titular do direito à integridade física, possa diminuir tão somente o corpo de forma permanente quando houver autorização médica, mas tal discussão foge do escopo desta investigação.

Para o testamento vital, é imprescindível a abordagem mais detalhada sobre o que dispõe o art. 15 do Código Civil vigente, pela a sua relação direta com a proteção conferida a uma pessoa em manifestar a sua vontade diante de tratamentos médicos e terapêuticos, por meio do consentimento informado. Importa, a respeito desses dispositivos relativos à tutela da integridade física de uma pessoa, o reconhecimento da titularidade que a mesma tem sobre o seu próprio corpo, razão pela qual não pode ser impedida de participar diante de tratamentos terapêuticos e científicos (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 177).

Abre-se a possibilidade dessa manifestação também ser realizada antecipadamente caso uma pessoa, titular de direito à sua integridade física, queira deixar registrado de forma antecipada, que se porventura no futuro for acometida por uma doença incurável, a que tratamentos deseja não ser submetida, a fim de não ter prolongado o seu sofrimento em seu processo de morte. Manifestação que poderá ser realizada pelo testamento vital.

3.3 O consentimento informado: manifestação da autonomia privada no âmbito da relação médico-paciente

O consentimento informado dispõe de proteção jurídica pelo disposto no art. 15 do Código Civil de 2002. De acordo com a doutrina, esse artigo consa-

gra o princípio da autonomia do paciente, que por sua vez se constitui o consentimento informado, o que impõe aos profissionais de saúde que antes de atuarem na realização de procedimentos terapêuticos, solicitem autorização do próprio paciente, titular de um direito personalíssimo (direito à integridade física) (SCHREIBER, 2013, p. 53-54-55).

Essa proteção, de acordo ainda com a doutrina, acarreta muitos debates e questionamentos relativos à recusa a um tratamento médico, por questões pessoais, religiosas, nesse último caso, a exemplo dos seguidores da Igreja Testemunhas de Jeová, que em razão de sua crença religiosa, não aceitam o recebimento de transfusão de sangue. A liberdade religiosa, também é assegurada constitucionalmente, assim como o direito à vida, o direito à integridade física, daí porque decorrem debates e questionamentos a respeito, tornando a questão relativa à recusa de tratamentos médicos, complexa (FARIAS; ROSENVALD, p. 2016, p. 188).

Embora esse debate, no que concerne à liberdade de crença e ao direito à vida, seja importante, não se constitui finalidade desse trabalho realizar uma abordagem aprofundada sobre o tema, pois que para avaliação da admissibilidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, tem sobre peso maior o princípio da autonomia privada, que por sua vez confere o direito a um paciente em manifestar a sua vontade, daí porque é imprescindível uma atenção ao consentimento informado, protegido pelo art. 15 do Código Civil de 2002.

Todavia, antes de prosseguir em relação ao consentimento informado, cabe mencionar que em relação ao direito à vida e a liberdade de crença, que pelo disposto no art. 5º da Constituição, a doutrina não identifica o estabelecimento de hierarquia entre a vida e outros direitos individuais. Destaca, porém, que a Constituição reservou papel prioritário à dignidade da pessoa humana, uma vez que essa é considerada como já foi dito nesse trabalho, fundamento da Carta Magna em seu art. 1º, inciso III (SCHREIBER, 2013, p. 52). De forma, que pode se dizer que nenhum dos direitos individuais dispõe de proteção absoluta, sendo protegidos na proporção em que se direcionam a promoção da dignidade humana.

O direito à vida não pode ser compreendido assim como absoluto e superior aos demais direitos, não pode ser considerado nesse sentido como um dever, a ser cumprido a qualquer custo, por uma pessoa acometida por uma en-

fermidade, sob pena de violação a sua dignidade. Assim, a respeito do testamento vital, pode se dizer que não ocorre lesão à direitos de terceiros, ou seja, caso ocorra conflito de direitos, se limita à pessoa acometida de doença incurável, não se devendo admitir nesse sentido a intervenção do Estado que venha a impor a realização de tratamentos pelos indivíduos que por sua vez se recusam em submeter aos mesmos (FLORA, 2016, p. 84).

A partir dessa compreensão, cabe considerar que tão somente a pessoa que se encontre de imediato ou no futuro, em condição extrema de debilidade física e psíquica, ou na iminência de uma situação dessa natureza, possa decidir sobre os limites de tratamentos a que deseje se submeter sem prejuízo a sua própria dignidade. Deste modo, a liberdade e a autonomia privada da pessoa são efetivadas de forma plena, sem a imposição pelo Estado de tratamentos a que deva se submeter (FLORA, 2016, p. 84).

Partindo da compreensão de que esses direitos fundamentais assegurados constitucionalmente se direcionam à promoção da dignidade humana, é na avaliação do caso concreto, que se deve avaliar a melhor opção para que este fundamento não venha a ser violado. Dessa compreensão, decorre a importância da vontade do paciente ser levada em consideração (SCHREBER, 2013, p. 53).

O consentimento informado do art. 15 do Código Civil proporciona uma importante mudança na relação médico-paciente, que no passado era caracterizada pelo paternalismo, ocasião em que prevalecia a determinação do médico sobre a que tratamento terapêutico um paciente deveria ser submetido, sem oportunizar ao paciente manifestar a sua vontade, ou seja, não exercia o direito de personalidade relativo à sua integridade física (SCHREIBER, 2013, p. 53-54).

Agora, em oposição a essa cultura paternalista, cada vez mais se ressalta a importância do paciente participar das decisões inerentes ao seu tratamento, não sendo essa participação realizada mediante a uma autorização de cunho abrangente, mas em cada etapa do tratamento médico, ou seja, em cada passo da terapia, o paciente participa mediante consentimento informado (GONÇALVES, 2014, p. 197).

Quanto ao princípio do consentimento informado, o direito ao conferir proteção ao corpo, assegura a opção da pessoa por tratamentos menos invasivos ou dolorosos, como também permite a decisão consciente da mesma em não receber tratamento algum. A livre escolha, nesse sentido, para interrupção de tratamentos destinados à manutenção artificial da vida deve ser respeitada,

a fim de se assegurar a dignidade humana e o direito ao próprio corpo, partindo da compreensão de que não se constitui uma vida digna, aquela com sofrimento físico ou emocional permanentes (SCHREIBER, 2013, p. 57-58).

Sustenta-se também o dever da informação pelo profissional da medicina pelo Código de Defesa do Consumidor, relativa aos princípios da transparência e do dever de informar. O princípio do consentimento impõe aos profissionais de saúde um diálogo permanente com paciente, uma vez que a participação do mesmo é considerada imprescindível para tomada de decisão referente ao seu tratamento.

Perante essa informação, a decisão então quanto à realização de um tratamento cabe ao paciente, abrange a sua autonomia e nesse caso, não deve haver intervenção do Estado e de outras pessoas a respeito. Assim, mesmo que um médico não concorde com a decisão de um paciente sobre a recusa de um tratamento, seja por razões religiosas, estéticas ou de qualquer outra natureza, não pode desrespeitar essa decisão, posto que deve ser preservada a autonomia do indivíduo.

É importante ressaltar que para o consentimento informado dispor de validade jurídica, deve ser manifestado por pessoas legalmente capazes e de forma livre e voluntária e sem imposição alguma. O consentimento válido legitima condutas que de outra forma, não seriam legítimas, razão pelas quais os médicos têm o dever de obter o consentimento informado antes da realização de qualquer intervenção importante. O respeito ao consentimento informado, além de oferecer proteção aos pacientes contra danos, estimula os médicos a realizarem as ações de forma responsável (MOREIRA, 2015, p. 89-90).

Há diferenças entre os dois instrumentos acerca da sua manifestação pelos indivíduos; quanto ao testamento vital, essa é realizada de forma antecipada quanto à recusa a determinados tratamentos diante de incapacidade superveniente, que impeça a pessoa de se manifestar diante de uma enfermidade incurável, já quanto ao consentimento informado, ocorre quando presente a capacidade de manifestação do paciente (MOREIRA, 2015, p. 92).

A autonomia privada é considerada como o elemento ético da dignidade humana, haja vista que por meio dela, os indivíduos buscam ao seu modo os meios de ser feliz, de dispor de uma vida boa. Nesse entendimento, o tratamento digno de uma pessoa deve levar em consideração o direito da mesma em realizar e seguir as suas escolhas, desde que essas não gerem violação a direitos de terceiros. Assim, a pessoa enferma detém o direito de se manifestar

acerca do seu tratamento, tanto em momento de lucidez, tanto quando não for mais capaz de expressar a sua vontade (CURY, 2016, p. 112-113).

Cabe fazer algumas considerações relativas a esse princípio quanto à relação entre médicos e pacientes, quanto aos atos de disposição sobre o próprio corpo e sobre a sua importância para aplicação do testamento vital. A autonomia privada contribui para efetivação dos direitos da personalidade e dessa forma, proporciona proteção a dignidade da pessoa humana, sendo o exercício da mesma dessa forma vinculado aos valores constitucionais (FERNANDES, 2015, p. 28).

Trazendo a abordagem do assunto para o âmbito da autonomia do paciente, mais propriamente dita, o reflexo das mudanças no âmbito da relação entre médico e paciente, como já foi dito, é a assunção de uma posição mais ativa e respeitada do paciente, deixando de ser vertical e passando a ser horizontal, com respeito à autonomia do paciente (DIAS, 2010, p. 193).

Apesar então de todos os avanços da tecnologia na medicina que atualmente permitem a manutenção das funções vitais de um corpo, esses não podem ser vistos como um fim em si mesmos, sendo tratados assim como mais importantes do que a dignidade humana de um indivíduo diante de uma enfermidade incurável do ponto de vista científico. Por outro lado, ninguém melhor que o próprio paciente, na relação existente entre ele e seu médico, para informar quais são os seus melhores interesses num plano de cuidado individual (BARBOSA; BRITO, 2015, p. 164).

A autonomia dos pacientes não ocorreu de forma rápida, foi emergindo de forma gradual, mudando-se de um modelo paternalista para o do reconhecimento desta autonomia e no âmbito mais particularmente das relações estabelecidas entre médicos e pacientes, surge o consentimento informado, expressão escolhida para identificar que a declaração de vontade do paciente é externada de forma livre e devidamente esclarecido, expressando assim a autonomia conferida ao mesmo para aceitar ou recusar determinados tratamentos ou intervenções, mediante informações que lhe devem ser prestadas acerca dos riscos e dos procedimentos que serão realizados (EHRHARDT, 2012, p. 69).

O consentimento informado se constitui, uma expressão da autonomia dos pacientes para aceitar ou recusar determinados procedimentos mediante esclarecimentos prestados pelos médicos sobre a natureza da intervenção, sobre os riscos e as vantagens esperadas, além de outras informações que possam con-

tribuir para a formação da sua livre convicção. Mesmo não havendo no ordenamento jurídico brasileiro alusão de forma expressa ao termo consentimento informado, pode se dizer que é certa a consagração da noção de que o paciente é livre para se manifestar pela realização ou pela não aceitação a qualquer procedimento ou intervenção médica (EHRHARDT, 2012, p. 70).

Há precedentes legislativos e estatutários que comprovam essa assertiva, tais como:

- a) o art. 15 do Código Civil;
- b) o art.14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/ 1990);
- c) as Resoluções nº 1.081/82, 1.890/09 e 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina;
- d) a Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e;
- e) o Código de Ética Médica vigente.

De modo que, sendo a vida um bem originário, a todo indivíduo, ou melhor, a toda e qualquer pessoa, se assegura a prerrogativa de eleger, de acordo com suas convicções, crenças e valores, quais tratamentos e intervenções lhe parecem adequadas, não sendo assim conferida a ninguém a prerrogativa de agir num suposto interesse de preservação da vida e da saúde de um paciente, de forma contrária à sua vontade, quando livre e conscientemente declarada (EHRHARDT, 2012, p. 73-74).

O paciente sai assim de uma posição passiva, em que o médico de forma vertical define e decide as intervenções a que esse deverá se submeter e assume uma postura ativa, expressando seus desejos e suas vontades, ou melhor, declarando a quais tratamentos aceita ou não a ser submetido diante de uma enfermidade. Admite-se como decorrência da proteção do testamento vital o respeito à autonomia do paciente e seu direito de se manifestar sobre os tratamentos e procedimentos médicos que venham a afetar a sua integridade corporal e a sua saúde. Há previsão desse direito no art15 do Código Civil (FERNANDES, 2015, p. 37-38).

3.4 As repercussões do direito ao testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro

Considerando toda a abordagem realizada nesse capítulo relativa aos direitos da personalidade, seu conceito, características, meios de tutela, classificação, assim como a sua vinculação aos princípios da autonomia privada e do

consentimento informado, pode-se reconhecer o testamento vital como expressão desses direitos subjetivos inerentes às pessoas e que lhes conferem a garantia do exercício da dignidade humana.

O testamento vital, como instrumento que proporciona a uma pessoa regulamentar uma situação futura sua, ainda em vida e capaz de manifestar essa vontade, e não após a sua morte, dispõe de um ato de disposição do próprio corpo, e como tal, constitui-se por assim dizer, também um direito da personalidade atinente a uma pessoa para defesa do seu direito a uma morte digna, caso no futuro se encontre em uma situação de terminalidade e venha a ter respeitada a sua vontade antecipada, manifestada por meio desse documento de manifestação da vontade, de não ser submetida a tratamentos fúteis e desnecessárias que só venham a prolongar o seu sofrimento em seu processo de morte.

Para fundamentação desse entendimento, cabe mencionar que o testamento vital surge como um modo de assegurar a realização, em caso de incapacidade futura e da ocorrência de uma doença incurável, somente de procedimentos a que o paciente não tenha se manifestado contra, se constituindo assim então um verdadeiro instrumento de manifestação da vontade, capaz de impedir a realização de tratamentos considerados inúteis e ineficazes, que por sua vez não impedem a morte, possibilitando a pessoa viver enquanto possível a realização desse direito com dignidade (MOREIRA, 2015, p. 108).

A própria classificação dos direitos da personalidade, que por sua vez não é taxativa, mas admitida por cláusula geral de proteção da personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 172) em face de todas as mudanças sociais, tecnológicas pelas quais se vem atravessando atualmente e que demandam ao Direito novas respostas para que possa acompanhar esse processo de mudança, permitem identificar o reconhecimento do testamento vital como direito da personalidade, ligado aos aspectos físico, psíquico do indivíduo.

Partindo desse entendimento do testamento vital como direito de personalidade, se estende aos mesmos os meios de proteção conferidos aos demais direitos subjetivos em caso de violação aos mesmos. De modo, que a sua violação, ainda que não haja legislação ordinária regulamentando esse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, pode ensejar danos morais, por também se constituir direito inato, extrapatrimonial, intransmissível, impenhorável e erga omnes, que por sua vez se constituem as características dos direitos da

personalidade como reconhece a doutrina, em sua maioria (BITTAR, 1994, p. 11).

De modo, que sendo admitido como direito da personalidade, como expressão desses direitos, sua violação, o seu descumprimento por parte dos médicos, pode acarretar aos mesmos efeitos jurídicos, como o pedido de indenização por danos morais, vinculando também hospitais por meio desse mecanismo de tutela.

Quanto a questão da transmissibilidade, constitui-se também direito personalíssimo, atinente a própria pessoa que realizou a sua manifestação de vontade através desse instrumento, e como tal, uma vez lesado, não respeitado, pode ser reclamado por essa pessoa, que não teve atendido o seu desejo manifestado de não ser submetida a determinados tratamentos, considerados fúteis, com a finalidade de não passar por um processo longo e sofrido de morte ante a uma doença incurável.

Morta a pessoa, assim como nos demais direitos de personalidade, os familiares, identificados pela legislação como lesados indiretos, legitimados para reclamar em nome próprio a tutela aos seus direitos da personalidade, consubstanciam se na defesa da personalidade do cônjuge ou companheiro falecido, bem como de seus parentes mortos em linha reta ou colateral até o quarto grau (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 145).

Quanto ao reconhecimento da primazia da vontade do paciente, acerca do testamento vital, apesar de não haver ainda legislação regulamentando esse instrumento, há jurisprudência favorável ao mesmo, conforme transcrição abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida, garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo

quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 46 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Desembargador Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013, Dje 27/11/2013) (grifo nosso).

Trata-se de um julgamento a uma apelação civil realizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul acerca do direito de um idoso em recusar a amputação de um membro necrosado, direito que por sua vez foi considerado constitucional, por meio da vontade do paciente manifestada através de testamento vital, em conformidade com a resolução do CFM 1995/2013.

Configura-se um acórdão que analisou diante de um caso concreto, o testamento vital. Apesar de essa decisão ter sido favorável ao testamento vital, daí a sua importância para o reconhecimento desse instrumento, foi identificado que a mesma teve aplicação inadequada, uma vez que o documento foi elaborado para recusa de tratamento médico, mais precisamente amputação de membro, sem que o paciente em questão estivesse em situação de terminalidade de vida (FERNANDES, 2015, p. 45-46).

Nada obstante a aplicação inadequada, o aresto se constituiu num importante reconhecimento do respeito ao desejo do paciente, da sua manifestação de vontade no gozo de suas faculdades mentais, de um lado, conferindo proteção a sua própria vontade e ao seu direito subjetivo acerca de atos de disposição sobre o próprio corpo e de outro, de proteção aos médicos por ação, omissão diante dessa manifestação de vontade reconhecida por esse acórdão.

A respeito da proteção dos direitos da personalidade, convém mais uma vez destacar que além do exercício desses direitos, reconhecidos através de norma, no âmbito do direito objetivo, ao seu titular, detentor desses direitos subjetivos e inatos às pessoas, é conferido o direito de defesa dos mesmos caso venham a ser desrespeitados, lesados (ROCHA; DIAS, 2015, p. 1640).

Como reconhece Carlos Alberto Bittar (1994, p. 5), a respeito dos direitos da personalidade “Esses direitos ocupam posição autônoma e distinta na relação dos direitos privados, e ora, com linhas divisórias, mas nítidas, ante o intenso labor doutrinário e jurisprudencial, vem ganhando espaço na codificação de nosso século.”

Ao reconhecimento do testamento vital como direito da personalidade, admite-se meios de proteção para o seu exercício, daí a importância dessa jurisprudência para a admissão da sua legitimidade no Brasil, apesar de inexistir legislação ordinária a seu respeito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no âmbito desta pesquisa, é incontestável a importância do testamento vital para conferir dignidade a uma pessoa no fim de sua vida. Sem dúvidas em razão do corte metodológico, há diversos aspectos que ainda permanecem em aberto para futuras pesquisas, mas da presente investigação, pode se exaurir as seguintes conclusões:

- a) a consagração do princípio da dignidade humana como um dos primados da nossa Constituição Federal de 1988 e as mudanças advindas a partir do reconhecimento desse direito e de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, a liberdade, a autonomia privada e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada assim como as mudanças que ocorreram no âmbito das relações privadas a partir do novo Código Civil de 2002 ante ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, foram propulsores de importantes mudanças que privilegiaram o ser humano, e não a propriedade privada como se deu no Código de 1916, mediante a subordinação das normas e institutos do direito privado aos princípios e valores constitucionais, sendo um divisor de águas nessa esteira de mudanças, notadamente, a proclamação de pessoa e a inserção de dispositivos relativos aos direitos da personalidade nesse novo código, possibilitando assim o reconhecimento expresso de direitos ligados à pessoa em sua essência;
- b) a partir do reconhecimento da autonomia de vontade como um dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 e de todo o processo de mudança pela qual esse direito subjetivo passou historicamente, gradativamente se mudou a relação entre médico e paciente, deixando essa de ser vertical para passar a ser horizontal, mediante a participação ativa do paciente na manifestação expressa e livre de sua vontade em sua assistência médica; dessa mudança decorreu o reconhecimento e a admissibilidade de instrumentos que permitem a uma pessoa expressar a sua vontade, como o consentimento livre esclarecido;
- c) embora não haja lei que trate sobre as diretivas antecipadas de vontade no Brasil e sobre o testamento vital, não se enxerga inadmissibilidade jurídica para sua existência no ordenamento jurídico do país. E que, todavia, essa inexistência de lei que sistematize sobre esses instrumentos, há Resolução nº1995 do Conselho Federal de Medicina, identificada como um avanço no

que se refere ao tratamento das diretivas antecipadas de vontade no Brasil, que prevê implicitamente o testamento vital, admitida como um passo importante para elaboração de futura lei regulamentando a matéria.

- d) a proteção dos direitos da personalidade, imprescindível para garantir a integridade da pessoa em seus múltiplos aspectos, tais como físico, moral, intelectual, e ainda não sendo taxativo o rol desses direitos, o que confere uma tutela mais abrangente dos mesmos, proporciona a compreensão de uma cláusula geral de proteção desses direitos, possibilitando com isso a preservação da dignidade da pessoa, haja vista a defesa de seus valores mais significativos através desses direitos, entre eles o corpo;
- e) pode-se identificar o testamento vital, pelas características dos direitos da personalidade, como expressão desses direitos, haja vista se constituir um instrumento que viabiliza atos de disposição sobre o próprio corpo mediante o exercício da autonomia da vontade sem lesão a direitos de terceiros, assim, um direito personalíssimo gozando de proteção jurídica assim como os demais direitos da personalidade.

Extraí-se então que para se conferir proteção aos direitos da personalidade de uma pessoa, no resguardo da sua dignidade, demanda também tutela à escolha pela mesma de como deseja morrer, de tomar decisões antecipadas relativas ao seu processo de morte, uma vez que seja acometida no futuro por uma doença incurável que lhe impeça de manifestar a sua vontade acerca de tratamentos que não proporcionem a sua recuperação, mas pelo contrário, prolonguem o seu sofrimento. O testamento vital reconhecido enquanto um direito da personalidade pode conferir essa proteção a uma pessoa em processo de morte e assim assegurar a própria preservação da sua dignidade humana, tendo em vista que em essência a dignidade se vincula à pessoa, ainda que essa esteja moribunda e sem capacidade de expressar a sua vontade.

A autonomia privada, por sua vez, contribui para realização dos direitos da personalidade, permitindo assim a proteção da dignidade da pessoa humana e o exercício dos valores previstos na Constituição de 1988. A autonomia é compreendida como um elemento fundamental da dignidade, haja vista que é por meio do seu exercício, as pessoas buscam as formas de efetivação da sua felicidade, de atos que proporcionem o seu bem estar e sua realização pessoal. O reconhecimento da autonomia privada no mundo contemporâneo viabilizou a admissão do direito ao corpo, o reconhecimento da titularização das pessoas sobre o seu próprio corpo, exteriorização física da personalidade, sendo essa uma importante compreensão para o testamento vital, como um instrumento

que viabiliza a manifestação antecipada de vontade de uma pessoa para obtenção do direito a uma morte digna diante de uma enfermidade sem cura no âmbito da medicina. Não se pode impedir, então, a participação de uma pessoa em tratamentos terapêuticos sob pena de não se reconhecer a sua titularidade sobre o seu próprio corpo. A vontade do paciente deve ser, portanto, respeitada, conforme tutelado pela dignidade humana, princípio fundamental constitucional que permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro, desde que essa não seja relativa a atos defesos pelo próprio ordenamento, como a antecipação da morte através do auxílio de terceiros, o que caracteriza o instituto da eutanásia, cuja prática é considerada crime no Brasil.

Pode se ainda apreender a partir desta pesquisa que o direito à vida, apesar de ser de extrema e indiscutível importância, começa a ser visto por um grupo sob outro prisma; não aquele em que esse direito é incondicional, aplicável, em qualquer circunstância, devendo-se buscar a vida de qualquer modo; ao contrário, esse direito à vida deve ser exercido de acordo com os limites, os desejos, as vontades de cada titular desse direito, com o intuito de viabilizar também efetivamente o direito a uma morte digna. O direito à vida nesse sentido, não pode ser concebido como superior aos demais direitos, não pode ser tratado como um dever que deva ser cumprido em qualquer circunstância por uma pessoa enferma a fim de ocorrer lesão à dignidade da mesma.

Refletir e pesquisar sobre esse assunto que lida com pelo menos dois direitos fundamentais, direito à vida e à morte e autonomia da vontade, sobre a correlação e embate entre esses dois direitos, é sem dúvida muito importante para avaliação do testamento vital, como instrumento que viabiliza a uma pessoa exercer um direito de personalidade participando do seu processo de morte, a fim de gozar do direito a uma morte digna, quando essa for considerada certa pela medicina.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do Testamento Vital à Luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, n. 10, p. 161-187, set/dez. 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 1. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso 12 out. 2016.