

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À AUTONOMIA DA VONTADE: UMA ANÁLISE DICOTÔMICA DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

CONTEMPORARY CHALLENGES TO THE AUTONOMY OF THE WILL: A DICOTOMIC ANALYSIS OF THE VITAL TESTAMENT IN THE BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGAL ORDINANCE

Cristian Reginato Amador¹
Cristiane Penning Pauli Menezes²

Resumo

O presente artigo possui como escopo a análise do instrumento jurídico do testamento vital (TV) através de um estudo de direito comparado entre a legislação portuguesa e a legislação brasileira, a fim de avaliar as possibilidades em adotar um dispositivo legal que regule tal instrumento dentro do ordenamento brasileiro. Tal pesquisa emerge da atual necessidade em obter um aparato normativo, no Brasil, que vise garantir que a vontade de um indivíduo seja respeitada ao se encontrar em situações limite, tal como doenças terminais. Para explorar tais aspectos é necessário ponderar a complexa ligação entre a autonomia da vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988. Após esta abordagem principiológica será feita análise da legislação portuguesa, com propósito de averiguar de que forma o instrumento jurídico em evidência é aplicado e se esta aplicação encontra alguma dificuldade em sua legitimação, bem como estudar as possibilidades de sua aplicação e legitimação dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, a pesquisa será feita em duas partes. Na primeira parte será feita uma ponderação acerca dos princípios jurídicos/éticos que se destacam diante do tópico abordado, bem como no que consiste o instituto do Testamento Vital. Na segunda parte serão analisadas as legislações vigentes no ordenamento português e brasileiro, para que assim, ao final deste trabalho, seja possível responder o seguinte problema: em que medida a ausência de dispositivos legais que versem sobre o Testamento Vital obstam sua legitimação dentro do ordenamento brasileiro? Para tanto, utilizou-se como método de abordagem o método dedutivo e, como método de procedimento, o método monográfico, comparativo e estruturalista, bem como, enquanto técnica de pesquisa, análises bibliográficas e legislativas.

¹Acadêmico do curso de direito na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. cristianreginato031@gmail.com

²Pesquisa científica orientada pela Prof^a Cristiane Penning Pauli Menezes, Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional (NEDI) da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Professora de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Processos e Manifestações Culturais - Universidade Feevale. Mestre (2016) pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Graduada (2014) no Programa Especial de Graduação de Formação de Professores para a Educação Profissional da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Graduada (2010) pela FADISMA. Advogada. Email: cristiane.pauli@fadisma.com.br

Palavras-chaves: Autonomia. Brasil. Dignidade da pessoa humana. Ordenamento jurídico. Testamento Vital.

Abstract

The present article has as scope the analysis of the legal instrument of the living will through a study of comparative law between the Portuguese legislation and the Brazilian legislation, in order to evaluate the possibilities in adopting a legal device that regulates such instrument within the Brazilian system. Such research emerges from the current need to obtain a normative apparatus aimed at ensuring that the will of an individual is respected when encountering limit situations such as terminal illnesses. In order to explore these aspects, it is necessary to consider the complex relationship between the autonomy of the will and the principle of the dignity of the human person, provided for in the Federal Constitution of 1988. After this theoretical approach, an analysis will be made of the Portuguese legislation, with the purpose of ascertaining how the a legal instrument in evidence is applied and if this application encounters any difficulty in its legitimation, as well as studying the possibility of its application and legitimation within the Brazilian legal system. To do so, the research will be done in two parts. In the first part will be made a pondering about the legal / ethical principles that stand out in front of the topic covered, as well as in what consists the institute of the Vital Testament. In the second part, the legislation in force in Portuguese and Brazilian law will be analyzed so that, at the end of this work, it is possible to answer the following problem: to what extent the absence of legal provisions that deal with the Living Testament obstruct its legitimation within the order Brazilian? For that, the deductive method was used as method of procedure, as the method of procedure, the monographic, comparative and structuralist method, as well as, as research technique, bibliographical and legislative analyzes.

Keywords: Autonomy. Brazil. Dignity of human person. Legal order. Living Will.

Considerações Iniciais

O presente trabalho, através de uma pesquisa de revisão bibliográfica e legislativa, tem como objetivo analisar o instrumento jurídico do testamento vital e o seu papel como dispositivo que garante o respeito à autonomia do paciente, sobretudo no que tange ao direito de ter uma morte digna à luz do princípio da dignidade humana contido no texto constitucional. Do mesmo modo, objetiva-se também abordar a possibilidade em acolher o dispositivo dentro da norma brasileira, assim como também serão abordadas as dificuldades que obstam a legitimação do mesmo. Para tanto, a fim de estabelecer um comparativo acerca da temática, analisar-se-á também o texto normativo português que versa sobre o instituto jurídico em questão. Esta reflexão está dividida essencialmente em duas partes.

Primeiramente, discorre-se acerca do princípio da autonomia e o princípio da dignidade humana, ambos sob a ótica legislativa, sobretudo no que se refere aos princípios constitucionais. Em uma segunda seção, será feita análise comparativa entre o texto normativo que aborda o instrumento jurídico do Testamento Vital dentro do ordenamento português e as possibilidades e dificuldades encontradas no texto normativo brasileiro, que dificultam o acolhimento e a legitimação do dispositivo. Para isso, será abordado também o debate acerca das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), onde reforça-se a possibilidade do sujeito manifestar sua vontade de forma prévia a respeito das decisões a serem tomadas nos momentos em que o paciente se encontrar incapacitado.

Tal reflexão emerge da falta de dispositivos legais que visem garantir a vontade do paciente em estado terminal, sobretudo no que se refere ao desejo do indivíduo em preservar sua dignidade até mesmo no final de sua existência. Diante disso, para que o tema seja abordado de forma clara, utilizou-se como método de abordagem o método dedutivo e, como método de procedimento, o método monográfico, comparativo e estruturalista. Para tanto, enquanto técnica de pesquisa, serão feitas análises bibliográficas e legislativas, para que ao final do trabalho seja possível responder o seguinte questionamento: em que medida a ausência de dispositivos legais que versem sobre o Testamento Vital obstam sua legitimação dentro do ordenamento brasileiro?

1 O liame existente entre a autonomia do paciente e a dignidade da pessoa humana: da celeuma à criação do instituto do testamento vital

Diante de uma sociedade democrática, com uma diversidade de identidades e indivíduos, emerge uma consciência moral individual, que por si só é relativamente autônoma. Conforme destaca Morin (2005), o “pensar individual” provoca uma emancipação dos indivíduos acerca das limitações sociais. O autor trata o individualismo como uma fonte da responsabilidade pessoal pelas suas condutas de vida. Essa situação, positiva ou não³, “favorece

³ O autor faz uma breve ponderação no que tange aos pontos positivos e aos pontos negativos acerca do individualismo. Ao mesmo tempo em que o desenvolvimento de um individualismo relativamente autônomo

não apenas o primado do prazer ou do interesse em relação ao dever, mas também o crescimento de uma necessidade individual” (MORIN, 2005, p. 26), uma necessidade que transgride influências externas a fim de sobrepor necessidades pessoais em prol da sua vontade autônoma.

Nesse sentido, o desenvolvimento positivo de um individualismo relativamente autônomo pode garantir não apenas o primado de sua vontade ao estabelecer “critérios” para adequar-se a uma vida de acordo com seus anseios, mas também estabelecer o que deverá ser feito ao final dessa vida, assegurando assim uma morte digna em prol de sua vontade autônoma. Nesse mesmo sentido, conforme defende Dadalto (2015), é inviável analisar a autonomia da vontade sem levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que este encontra-se alçado na Constituição Federal de 1988 como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁴. Essa imposição alude ao entendimento de Habermas acerca da distinção entre “autonomia privada” e “autonomia pública”. A autora ainda alega que a autonomia privada está direcionada a liberdade de agir em conformidade com seus desejos, enquanto a autonomia pública está ligada a leis coercitivas que restringem o agir individual (DADALTO, 2018, p. 8-9).

Para Habermas (1997), é necessário superar a dicotomia “público” x “privado” quando pleiteia-se o princípio da autonomia, uma vez que estes são princípios co-origenários⁵, onde se complementam e se relacionam harmonicamente e não de forma excludente. É através da ideia do diálogo que o autor entende a autonomia privada, onde o princípio se apresenta como o poder

auxilia na autodeterminação das vontades pessoais, esse individualismo também fortalece um egocentrismo que potencializa atitudes egoístas e diminuem a consciência acerca das responsabilidades sociais do indivíduo como sujeito em uma sociedade democrática e diversa. (MORIN, 2005, p. 24-28)

⁴ 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

⁵ Dessa forma, Habermas diz que “a co-origenariedade da autonomia privada e pública só se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos (HABERMAS, 1997, p. 139).

do sujeito de direito de tomar suas decisões através de ações comunicativas com outros sujeitos. Dessa forma, Habermas (1997) trabalha com o conceito de “liberdade comunicativa”, que é a “possibilidade de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo” (HABERMAS, 1997, p. 155).

Posto isto, Rieg (2007, p. 54) alega que é somente mediante a vivência da intersubjetividade que se pode estabelecer relações com “o outro”, tornando possível que o sujeito tome decisões através de ações comunicativas. Nesse caso, Dadalto aduz que

a autonomia deve ser entendida sob uma perspectiva dialógica, conformada pela dignidade da pessoa humana e, portanto, dirigida a aspectos públicos e privados, patrimoniais e existenciais. [...] Nota-se assim, a necessidade de conformação da alteridade e da dignidade da pessoa humana na autonomia. A alteridade esta na intersubjetividade, no que Habermas nomeou de ação comunicativa; a dignidade, por sua vez, está na relação consigo mesmo (DADALTO, 2018, p. 8).

Através do que foi exposto, é possível analisar a função da Constituição do Estado Democrático de Direito, vez que, de acordo com Habermas (1995, p. 107), os princípios constitucionais devem orientar o exercício da autonomia privada do sujeito de direito, o que, conforme Dadalto (2018), “reforça a necessidade de se coadunar o seu exercício com a dignidade da pessoa humana - princípio fundamental da Constituição Federal do Brasil” (DADALTO, 2018, p. 8).

Nota-se que a Constituição Federal representa um marco diante da autonomia privada, uma vez que coexistem no texto constitucional normas de direito público e direito privado, salvaguardando direitos coletivos e direitos individuais. Nesse modelo, conforme destaca Oliveira (2017, p. 10), o indivíduo “torna-se o centro do ordenamento jurídico, que agora se volta à proteção das liberdades individuais e, por consequência, das diversas concepções de vida digna”. Assim,

o conceito de dignidade humana implica o reconhecimento de um valor originado dos princípios morais da natureza finita dos seres humanos, que inclui manifestações de racionalidade e liberdade, fazendo com que os seres humanos sejam inseridos em um processo constante de evolução, envolvendo aspectos éticos, filosóficos, jurídicos,

religiosos, econômicos e biológicos, entre outros (SILVA JÚNIOR; HOSSNE; SILVA, 2008, p. 51).

Sartre (1973), nesse mesmo sentido, alega que o existencialismo⁶ é a única teoria a dar dignidade ao homem, visto que esta não considera o indivíduo um mero objeto, ou seja, a dignidade se encontra como um direito que não os trata como coisas (p. 13). Em que pese Sartre recusar a existência de uma dignidade inata ao ser humano, o autor preocupa-se com uma “moral de ação e compromisso”, isto é, ao contrário das coisas que já possuem existência pré determinada, o sujeito possui plena liberdade para construir sua existência e aí reside a dignidade inerente a ele (SILVA JÚNIOR *et al.*, 2008, p. 58). Diante disso, é possível entender a “moral de ação e compromisso” a luz da autonomia privada verificando um papel mais ativo do sujeito com a finalidade de propor-se uma vida (ou, na temática em debate, uma morte) digna.

A autonomia, enquanto autodeterminação da pessoa, “fundamenta-se no princípio da dignidade da natureza humana, acatando-se o imperativo categórico kantiano que afirma que o ser humano é um fim em si mesmo” (TORRES, 2007). Desta forma, o princípio da Dignidade Humana não assegura a intangibilidade de valores básicos tão somente, mas também assegura a possibilidade de afirmação social do humano de acordo com suas vontades autônomas.

Ainda que existam princípios constitucionais que visam garantir ao indivíduo uma vida digna, respeito a sua vontade e liberdades de escolha, é necessário adotar um dispositivo legal que assegure uma maior segurança jurídica nesse contexto, para que desta forma a vontade da pessoa, expressa antecipadamente, seja respeitada em situações limítrofes à morte. Diante disso,

⁶ Na percepção de Sartre, o pensamento existencialista é, sobretudo, um humanismo, ou seja, uma doutrina que, apesar de ser antropocêntrica, nunca toma o homem como fim, pois este está sempre por fazer-se. É através dessa ideia que a vida humana se torna potencialidade. O homem se torna sujeito ativo diante da verdade e da ação. Contudo, muito identifica-se o existencialismo com o pessimismo, alegação fortemente contestada por Sartre. Desta forma, torna-se necessário clarificar as verdades acerca dessa doutrina. Ouve, diante das críticas, e até mesmo de uma má interpretação da doutrina, uma vulgarização do termo existencialismo, o que dificultou a propagação dos ideais e da verídica leitura existencial. Sartre, dessa forma, vê o existencialismo não como um pessimismo, mas sim um otimismo, e afirma que “o que amedronta os que a criticam é, única e exclusivamente, o fato de deixar ao homem a possibilidade de escolha” (MOURA, 2019). “Temos, pois, uma visão técnica do mundo, na qual se pode dizer que a produção precede a existência” (SARTRE, 1978, p. 5).

destaca-se os debates acerca das diretivas antecipadas de vontade, sobretudo no que tange ao testamento vital, não permitindo, dessa forma, que a pessoa se torne objeto da vontade de outros. Nesse sentido, Nunes alega que

após ter sido claramente definida uma concepção biológica e antropológica de pessoa humana, a dignidade lhe confere o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético, não podendo nunca ser considerado como um objeto do desejo ou da manipulação de terceiros (NUNES, 2016, p. 24).

Em que pese o avanço da relação médico-sociedade, o respeito a vontade do paciente encontra-se diante de uma inconsistência normativa, sendo necessário, portanto, um dispositivo normativo que permita uma interpretação adequada da vontade das pessoas. Isto posto, as Diretivas Antecipadas de Vontade, sobretudo o Testamento Vital, apresentam notável importância nesse debate.

Bennemann (2018) conceitualiza as Diretivas Antecipadas de Vontade como um “conjunto de vontades, prévia e expressamente manifestadas pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que deseja, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar sua vontade, de forma livre e autônoma”, ainda destaca que não deve-se confundir as Diretivas de Vontade com o Testamento Vital. Enquanto as DAV se dão de forma ampla, estabelecendo a vontade do paciente acerca de doação de órgãos, destinação do próprio corpo etc, o TV versa apenas sobre tratamentos médicos que o paciente deseja ou não receber diante de momentos de terminalidade (BENNEMANN, 2018).

Nas palavras de Roxana borges,

o testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de expressar sua vontade. Visa-se, com o Testamento Vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que possa vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença (BORGES, 2001, p. 295-296).

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito, é indispensável assegurar ao paciente uma vida digna, onde, neste sentido, é importante superar a ideia de que “vida” se sobressai a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Habermas, por exemplo, entende que depende de cada indivíduo os critérios para levar uma “boa vida”, independente assim da convicção de terceiros (HABERMAS, 2004, p. 34).

Ainda aduz que

naturalmente, os projetos individuais de vida não se formam independentemente dos contextos partilhados intersubjetivamente. [...] num Estado Constitucional Democrático, a maioria não pode prescrever às minorias a própria forma de vida cultural - na medida em que estas se distanciam da cultura política comum do país - como uma suposta cultura de referência (HABERMAS, 1995, p. 5).

Importante entender que o respeito à autonomia do paciente não confronta à autonomia pública, pelo contrário, complementam-se, como já visto anteriormente a partir da tentativa de Habermas em superar essa dicotomia público x privado, acrescenta ainda que

não há como ignorar [...] que não cabe mais aos cidadãos a livre escolha do *medium* em que eles mesmos podem tornar efetiva sua autonomia, no papel de co-legisladores. No processo legislativo os cidadãos só podem tomar parte na condição de sujeitos do direito; não podem mais decidir, para tanto, sobre a linguagem de que se devem servir. A ideia democrática da autolegislação não tem opção senão validar-se a si mesma no *medium* do direito. Não há direito algum sem a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente [...] (HABERMAS, 1996, p. 193-194)

Por fim, dessa maneira, é preciso compreender o Testamento Vital como um instrumento que irá garantir uma morte digna ao paciente. De forma simples e transparente percebe-se a relação do TV e a alegação de Habermas de que autonomia privada e autonomia pública complementam-se, uma vez que há autonomia privada no momento em que o sujeito estabelece, através do dispositivo, suas vontades acerca de sua vida, mas também autonomia pública, visto que é função do Estado oferecer meios que legitimem tal vontade. Afinal, como percebe-se no discurso de Habermas (1996, p. 293-294), o cidadão só pode fazer um uso

adequado de sua autonomia pública quando este possuir independência em razão de sua autonomia privada, que deverá ser garantida e preservada pelo Estado.

2 Aplicação e legitimação do testamento vital no ordenamento jurídico português e a necessária regulamentação do dispositivo no ordenamento brasileiro

A autonomia privada e a autonomia pública, reitera-se, complementam-se diante da vontade da pessoa a ação do Estado, conforme destaca Habermas (1996, p. 293), fato este que evidencia a necessidade em adotar dispositivos legais que assegurem que a autonomia do paciente, no caso das Diretivas Antecipadas de Vontade, sejam protegidas e que estas tenham respaldo legal. Inexiste, no Brasil, dispositivo legal que legitime o instituto do Testamento Vital, no entanto isso não gera e nem pode gerar um entendimento de que tal documento seja inválido no ordenamento brasileiro, isso porque, conforme entendimento de Dadalto (2018), “uma interpretação integrativa das normas constitucionais e infraconstitucionais concede aparato para a defesa da validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal no ordenamento jurídico brasileiro”.

A Constituição Federal prevê expressamente a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como estabelece que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, sendo assim motivações suficientes para a validação do instituto, vez que “o objetivo deste é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos extraordinários em caso de terminalidade da vida” (DADALTO, 2018).

Nesse mesmo sentido, Dadalto aduz que

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

se mais a imposição de vontades individuais vez que o papel do Estado é possibilitar a coexistência dos diferentes projetos individuais de vida (DADALTO, 2018).

Da mesma forma, o Código Civil (art. 15), ao versar sobre os direitos de personalidade, diz que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Desta forma, Ribeiro (2015, p. 113) menciona que o dispositivo deve ser lido como um direito onde ninguém, nem mesmo com risco de vida, deve ser submetido a tratamento ou a intervenção cirúrgica para que sua autonomia seja respeitada em prol de sua dignidade. A declaração prévia de vontade de um paciente terminal, através do Testamento Vital, garante que o direito contido no artigo 15 seja assegurado, uma vez que evita o constrangimento do paciente diante de tratamentos fúteis (DADALTO, 2013).

Outrossim, o Conselho Federal de Medicina, através da resolução n° 1.995/2012⁷, dedicou-se a definir alguns pontos acerca desse debate. Além de conceituar, através do dispositivo, as Diretivas Antecipadas de Vontade como um “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

⁷ RESOLVE:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

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

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

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

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

vontade”, a Resolução também assegura que o médico levará em consideração as direitas do paciente, em respeito aos princípios contidos no Código de Ética Médica (CFM, 1998).

Em que pese a existência de normas que justifiquem a existência das Diretivas Antecipadas de Vontade, a ausência de um dispositivo legal obsta a legitimação das DAV, sobretudo o Testamento Vital. Ainda assim, muito embora o texto da “Resolução nº 1.995/1998 do CFM regulamenta as diretivas antecipadas de vontade, não houve a legalização destas, uma vez que o Conselho Federal de Medicina, sendo autarquia, não possui competência para legislar” (OLIVEIRA, 2017, p. 25). Pode-se dizer, porém, que a matéria foi disciplinada através de um enunciado aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, onde versa que

as diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito (CFM, 2014).

Nesse mesmo sentido, reforça Oliveira (2017), que apesar da previsão acima referida, houve ausência de discussão acerca dos procuradores, prazos de validade das diretivas ou do Testamento Vital, as pessoas capazes a tomar decisões em determinados casos, como também não evidencia os tratamentos que podem ser recusados (OLIVEIRA, 2017, p. 26). Nesse caso, Dadalto (2017) reforça que “é necessária a edição de uma lei específica para evitar questionamentos sobre a validade desses documentos e regulamentar questões específicas sobre o registro, prazo de validade, idade mínima do outorgante, entre outros”. Posto isso, de forma diversa ao Brasil, Portugal já estabeleceu esses critérios através de dispositivos legais, especialmente a lei nº 25/2012 de 06 de junho, onde assim conceitua as diretivas antecipadas de vontade:

As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (PORTUGAL, 2012).

Além de apresentar uma definição, a lei também traz as disposições que podem ser expressas através do documento, quais sejam: não ser submetido a tratamentos artificiais, fúteis, inúteis ou desproporcionais ao seu quadro clínico, receber cuidados paliativos adequados e, também, não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental. Acerca dos requisitos para outorgar o instrumento, a lei determina que a pessoa seja maior de idade, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica e que possa expressar suas vontades de forma livre e esclarecida (PORTUGAL, 2012). A lei também versa no que tange a forma e eficácia do documento⁸, e prevê a possibilidade de revogação e modificação do

⁸ Artigo 3.º - Forma do documento

1 — As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste:

- a) A identificação completa do outorgante;
- b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;
- c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos;
- d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;
- e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam.

2 — No caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

3 — O ministério com a tutela da área da saúde aprova, mediante pareceres prévios do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) e da Comissão Nacional de Proteção de Dados, um modelo de diretivas antecipadas de vontade, de utilização facultativa pelo outorgante.

Artigo 6.º - Eficácia do documento

1 — Se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei.

2 — As diretivas antecipadas de vontade não devem ser respeitadas quando:

- a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;
- b) Se verifique evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;
- c) Não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

3 — O responsável pelos cuidados de saúde regista no processo clínico qualquer dos factos previstos nos números anteriores, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde, quando exista, bem como ao RENTEV.

4 — Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante.

5 — A decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante.

Artigo 7.º - Prazo de eficácia do documento

1 — O documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura.

documento, parcial ou totalmente, em qualquer momento. A lei estabelece, inclusive, alguns pontos a serem levados em consideração no que concerne ao envolvimento do médico e do estabelecimento de saúde. Em seu artigo 9º da lei 25/2012, o legislador traz o que chama de “Direito a objeção de consciência”, que assim é conceituado por Buzanello

A objeção de consciência, como espécie do direito de resistência, é a recusa ao cumprimento dos deveres incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas. A escusa de consciência significa a soma de motivos alegados por alguém, numa pretensão de direito individual em dispensar-se da obrigação jurídica imposta pelo Estado a todos, indistintamente (BUZANELLO, 2001, p. 174).

Dessa forma, o médico, ao justificar sua conduta e evidenciar quais disposições das diretivas esta em desacordo, poderá não cumprir o desejo em questão. O estabelecimento de saúde deve, porém, providenciar pela garantia a aplicação do disposto no Testamento Vital, adotando formas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com outros médicos que sejam legalmente habilitados (PORTUGAL, 2012). Ressalta-se que a justificativa usada pelo médico ou pelo estabelecimento não pode ser originária de razões discriminatórias, uma vez que tal conduta é vedada pela lei.

Restam do mesmo modo estabelecidos alguns critérios acerca dos procuradores. Além de apresentar os requisitos já mencionados no art. 4 (ser maior de idade, não ser inabilitada por anomalia psíquica e ser capaz de expressar seu consentimento de forma livre e esclarecida), o legislador apresenta alguns requisitos que causam o impedimento da pessoa, são eles:

CAPÍTULO III - Artigo 11.º - Procurador de cuidados de saúde

1 — Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo -lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

[...]

3 — Não podem ser nomeados procurador de cuidados de saúde:

2 — O prazo referido no número anterior é sucessivamente renovável mediante declaração de confirmação do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 3.º

3 — O documento de diretivas antecipadas de vontade mantém -se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1.

4 — Os serviços de RENTEV devem informar por escrito o outorgante de DAV, e, caso exista, o seu procurador, da data de caducidade do documento, até 60 dias antes de concluído o prazo referido no n.º 1.

- a) Os funcionários do Registro previsto no artigo 1.º e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela presente lei;
 - b) Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde.
- 4 — Exceção -se da alínea b) do número anterior as pessoas que tenham uma relação familiar com o outorgante. (PORTUGAL, 2012)

Para uma melhor organização das diretivas, foi criado um Registro Nacional de Testamento Vital, a fim de “recepção, registrar, organizar e manter atualizada a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde” (PORTUGAL, 2012). A criação do RENTEV reforçou a participação do Estado, uma vez que cabe a ele atribuir ao RENTEV recursos humanos, técnicos e financeiros, bem como regulamentar seu funcionamento.

A regulamentação desse dispositivo apresenta, no atual contexto, uma conquista aos direitos civis, dado que permite o cidadão efetuar escolhas de forma livre e legítima, evidenciando, dessa forma, a relação entre a autonomia pública e privada. Pesquisas feitas em 2018 revelam que o número de cidadãos com Testamento Vital registrado legalmente já chega a quase vinte mil, sendo que a maior parte é composta por pessoa das faixas etárias entre os 65 e os 80 anos, seguidos das pessoas entre 50 e os 65 anos (CASTRO, 2018).

De fato, na prática individual de cada pessoa, os pacientes em estado terminal, no Brasil, expressam sua vontade de forma extraoficial, conversando com familiares, confiantes de que suas vontades serão respeitadas. É necessário assegurar ao paciente uma vida digna, assegurar que a autonomia de cada um seja respeitada em momentos de incapacidade. É indispensável a criação de um dispositivo que possibilite esses direitos. Regulamentar o Testamento Vital no ordenamento brasileiro significa um avanço na relação paciente-médico-Estado, sobretudo uma legitimação da autonomia privada implícita na Constituição Federal. Por fim, entende-se que a vida, sendo um direito de todo cidadão, não deve se sobrepor ao direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, uma vez que ambos são direitos relativos e que não são, ou não deveriam, ser tratados de forma absoluta.

Considerações Finais

O Testamento Vital apresenta-se como um meio de assegurar um maior respeito à dignidade humana, mormente nos casos em que a pessoa se encontra em estado terminal. De fato, não se pode alegar que esse é um instrumento ilícito, mas há, no entanto, uma inexistente legitimação do mesmo. Dessa forma, embora a Resolução nº 1.995 de 2912 do Conselho Federal de Medicina apresenta breves concepções acerca da temática, esta não possui força normativa, servindo assim para nortear os próximos debates tão somente.

Como exposto ao longo do presente trabalho, por vezes a autonomia privada está intimamente ligada a autonomia pública, isto pois, conforme Habermas, estas se apresentam como complementos. Uma vez previsto na Constituição Federal o direito às liberdades individuais, bem como a autonomia de vontade de cada um, mesmo que implicitamente, é necessário que o Estado os torne legítimos através de dispositivos que garantam uma segurança jurídica no que tange as diretivas de vontade. Supera-se, em tese, a dicotomia público - privada da autonomia, evidenciando a necessidade em criar uma relação de cooperação entre Estado e indivíduo.

Destaco, contudo, que a discussão deve ser levada para além da prática legislativa. Há também a necessidade em debater a temática dentro de um contexto ético-moral dos profissionais responsáveis por colocar em prática a vontade do paciente.

Ainda que o objetivo dessa pesquisa seja o de evidenciar as dificuldades encontradas na legitimação do Testamento Vital dentro do ordenamento brasileiro, o mesmo encontra como obstáculo o conservadorismo, cultural e normativo, que por vezes colocam determinados direitos acima de outros (direito a vida acima da liberdade, por exemplo), que por sua vez gera uma constante insegurança jurídica.

Por fim, destaco que, de fato, o campo da discussão é extremamente delicado e inconsistente, devendo o legislador, mais que nunca, definir lei que regulamente e legitime tal direito. Ainda assim, a legalização do Testamento Vital no ordenamento brasileiro não significa apenas a afirmação do direito à autodeterminação, mas uma vitória do sujeito enquanto cidadão em um Estado Democrático de Direito que, em tese, preza pela pluralidade de identidades e vontades, exercendo assim uma profunda relação no sentido ético de responsabilidade.

Referências

BENNEMANN, Ana Carolina Kotinda. **Diretivas Antecipadas de Vontade: tudo o que você precisa saber.** 2018. Disponível em: <https://pubmed.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade-tudo-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. **Lei nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 jun. 2019.

BUZANELLO, Carlos José. Objeção de consciência: uma questão constitucional. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 38, n. 152, p. 173-182, 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/730/r152-13.pdf?sequence=4>. Acesso em: 23 jun. 2019.

CASTRO, M. B. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-dignidade-da-pessoa-humana-na-constituicao-federal-de-1988,55853.html>. Acesso em: 18 jun. 2019.

CFM. **Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012.** Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 23 jun. 2019.

CASTRO, Leonel de. **Perto de 20 mil portugueses têm Testamento Vital Registrados.** Diário de Notícias, Portugal. Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/perto-de-20-mil-portugueses-tem-o-seu-testamento-vital-registrado-9182986.html>. Acesso em: 22 jun. 2019.

DADALTO, Luciana. Aspectos Registrais das Diretivas Antecipadas de Vontade. **Revista Civilística,** Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, 2013. Disponível em: <http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

_____. **Testamento Vital.** 3. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

_____. **Testamento Vital.** 4. ed. São Paulo: Foco. 2018.

_____. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista Bioética e Derecho,**

Barcelona, n. 28, maio 2013. Disponível em:
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872013000200006. Acesso em: 22 jun. 2019.

FABRO, R. E.; MASSAROLI, F. **As Diretivas Antecipadas de Vontade da jurisprudência brasileira**. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257492,51045-As+diretivas+antecipadas+de+vontade+na+jurisprudencia+brasileira>. Acesso em: 22 jun. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber. São Paulo: Loyola, 2012.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

MOREIRA, Márcia Adriana Dias Meirelles. Testamento vital na prática médica: compreensão dos profissionais. **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 168-178, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n1/1983-8042-bioet-25-01-0168.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MORIN, Edgar. **O método: ética**. 6. ed. Porto Alegre: Sulina. 2005.

MOURA, Pedro Henrique Guimarães de. **O existencialismo sartriano: uma filosofia otimista da possibilidade e da potencialidade humana**. Disponível em: <http://pensamentoextemporaneo.com.br/?p=2421>. Acesso em: 13 jun. 2019.

NUNES, Rei. Testamento Vital. **Nascer e Crescer**, Portugal, v. 21, n. 4, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-07542012000400010. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. **Diretivas Antecipadas de vontade**. Brasília: CFM / Universidade Federal de Medicina do Porto, 2016.

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. **O testamento vital no Brasil e as dificuldades para sua legitimação**. 2017. Artigo científico (Graduação em direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora. 2017.

PORTUGAL. Ministério Público. **Convenção para a protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina:** convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf. Acesso em: 12 jun. 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan; RIDOLPHI, Alencar Cordeiro. **Morte digna à luz do princípio da dignidade da pessoa humana:** o direito a morrer. *Âmbito Jurídico*, set. 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19566&revista_caderno=6. Acesso em: 10 jun. 2019.

RIBEIRO, Diaula Costa. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 13, n. 2, p. 112-120, 2015.

SILVA JUNIOR, W. J; HOSSNE, W. S; SILVA, F. L. Dignidade humana e bioética: uma abordagem filosófica. **Revista Bioethikos**, São Camilo, v. 2, n. 1, p. 50-64, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/5562738/dignidade_humana_e_bio%C3%A9tica_uma_abordagem_filos%C3%B3fica_Human_dignity_and_bioethics_a_philosophical_approach_Dignidad_humana_y_bio%C3%A9tica_un_acercamiento_filos%C3%B3fico. Acesso em: 12 jun. 2019.

TESTAMENTO VITAL. **Registro Nacional de Testamento Vital.** Disponível em: <https://testamentovital.com.br/>. Acesso em: 12 jun. 2019.

TORRES, A. F. **Bioética:** o princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido. *Jornal do CRM-PB*, n. 72, abr./jun. 2007. Disponível em: http://www.crm-pb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21917:bioetica-o-principio-da-autonomia-e-o-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=46:artigos&Itemid=483. Acesso em: 18 jun. 2019.