

O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE: O TESTAMENTO VITAL NO DIREITO BRASILEIRO

Fabiana C. Almeida Probst Salgado¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Experiência Estrangeira. 2.1 O art. 9º da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina. 3. O Testamento Vital no Brasil. 3.1 A autonomia da vontade, as diretivas antecipadas e seus questionamentos. 3.2 A ponderação dos direitos em conflito. 4. A validade da declaração. 5. Conclusão. 6 Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da bioética está relacionado ao “morrer com dignidade” e respeitar a vontade daquele que se encontra já sem qualidade de vida e “nas mãos” de seus familiares / cuidadores. Até quando devemos colocar os desejos do paciente em segundo plano e privilegiar àqueles que dizem que amam o ente agonizante, porém não permite que este exercite seu direito de morrer? Vejamos o caso do testamento vital. O Testamento Vital é utilizado para dispor sobre a assistência médica a ser prestada ao paciente terminal. O Testamento Vital (“testamento biológico, living will ou testament de vie”), paralelamente à figura do consentimento informado tem sido discutido em vários países.

A professora Maria Celeste Cordeiro aponta como seu fundamento legal o chamado direito à intimidade. A autonomia (do grego = faculdade para se auto-governar) como direito moral e legal, como dever. “A capacidade de auto-governo é a capacidade para pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom”. O testamento vital visa influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou,

¹ Advogada no escritório Arruda Alvim & Thereza Alvim Consultoria e Acessória Jurídica. Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença.²

O bem da vida e a dignidade humana, ambos protegidos pela Constituição Federal são patrimônios e valores supremos. Ao confrontá-los, qual deles deve preponderar sobre o outro? A resposta a esta interrogação não pode ser genérica ou cartesiana, mas relativa ao mérito individual. No Brasil, o tema ganha relevância quanto o Congresso Nacional avança nas discussões em torno do Projeto de Lei do Senador Gerson Camata (PMDB-ES), que retira a ortotanásia do rol das ilicitudes penais. De acordo com o relatório do Projeto “não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.”³

O texto, que seguiu para a Câmara dos Deputados, para nova e decisiva votação, dá ao cidadão enfermo grave o direito de morrer com dignidade, sem a obrigatoriedade de uso de meios desproporcionais em respeito a sua vontade, dando-lhe tão somente conforto físico, psíquico e até mesmo espiritual, segundo a lógica dos chamados cuidados paliativos.

Essa proposta se harmoniza com a Resolução nº 1805 do Conselho Federal de Medicina que, desde 2006, procura – sob o prisma ético – disciplinar o uso de tratamentos fúteis ou obsessivos em pacientes na fase terminal da vida.

Na medicina moderna, se tornou possível prolongar de maneira indefinida o processo de morte, à custa de transformação do direito a vida em dever de sofrimento. A descontinuidade dessas condutas, com o objetivo de evitar o sofrimento sem razão de ser, não deve ser interpretada como crime. O processo de ortotanásia significa a morte no momento certo, nem apressada, como no caso da eutanásia, e nem prolongada, como no caso da distanásia. Seu advento garante a humanização do processo de morte ao evitar prolongamentos irracionais e cruéis da vida do paciente, poupando-o e a sua família de todo o desgaste que essa situação envolve.

² CORDEIRO apud PESSINI, L. *Distanásia. Até quando prolongar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2001. p. 65.

³ PL do Senado nº 116/2000. O Projeto foi remetido à Câmara dos Deputados em 22.12.2009 (PL CD 06715/2009), e aguarda votação

De forma geral, as religiões não são contrárias a ortotanásia. Na Igreja Católica, há manifestações favoráveis em três bulas papais. Na encíclica *Evangelium Vitae*, de 1995, o papa João Paulo II opõe-se ao “excesso terapêutico”, afirmando ainda que a renúncia a “meios extraordinários ou desproporcionados” para alongar a vida não equivale ao suicídio ou à eutanásia. Para ele, essa renúncia exprimiria “a aceitação da condição humana defronte à morte”.⁴

Efetivamente, este tema ultrapassa o saber teórico e atinge a prática. Todos os dias utilizamos noções do que é justo e do que não é; do que é bem e do que é mal. A fundamentação das escolhas com base em concepções é o exercício bioético, conceituado hoje como o principal alicerce de construção da ética na convivência humana. Em meio a um universo de técnicas de mecanização da vida, a preservação da dignidade humana no processo de morte por doença constitui um imenso desafio ético.

O que aqui se desponta é o direito a vida e o direito à dignidade. A Constituição Federal alçou ao *status* de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso I. Sinteticamente, é possível perceber que o Estado Democrático de Direito se caracteriza pela articulação do poder político legitimado pelo povo com limitação do poder estatal. Deste modo, o indivíduo torna-se o centro da Constituição, que agora volta-se à proteção das liberdades individuais da vida digna. Entretanto, os projetos individuais de vida, expressão da autonomia privada, não podem sobrepor-se aos demais indivíduos, razão pela qual HABERMAS afirma 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.”⁵

Nesta perspectiva, saltam aos olhos do operador do direito brasileiro questões afetas aos direitos do paciente terminal. Tema que, apesar de ainda ser pouco debatido no Brasil, tem sido objeto de estudos médicos e jurídicos nos Estados Unidos da

⁴ http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html. Acesso em 27.05.2013.

⁵

América e em países europeus, a ponto de em alguns países já haver legislação específica sobre as diretivas antecipadas.

Assim, o presente trabalho visa, de maneira preliminar, analisar os pontos principais da discussão sobre o testamento vital no direito estrangeiro, as contribuições da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, da legislação espanhola sobre as diretivas antecipadas e das discussões na Itália sobre o tema, o Código de Ética Médica, além das disposições legais existentes no direito brasileiro. Tal análise é de suma importância para o estudo da legitimidade do testamento vital no plano constitucional brasileiro, pois o entendimento dos fundamentos e das discussões deste instituto em possibilitará a verificação de ser este garantidor e concretizador da dignidade do paciente terminal.

2. A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

A expressão “*living will*” foi cunhada nos Estados Unidos da América no final da década de 1960. A idéia era propor um documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar o seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida. Um modelo de testamento vital foi proposto pelo advogado Louis Kutner que, segundo URIONABARRENETXEA era tido como um meio de solução de conflitos entre médicos, pacientes terminais e familiares acerca da tomada de decisão dos tratamentos a que o paciente em estado de terminalidade deveria ser submetido.⁶ Segundo o autor, o testamento vital deveria satisfazer a quatro finalidades: a) em processos judiciais notar a diferença entre o homicídio privilegiado por relevante valor moral (a compaixão) e o homicídio qualificado por motivo torpe; b) necessidade legal de permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; c) a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer, ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; d) para satisfazer as três primeiras finalidades, dever-se-ia dar aos pacientes as garantias necessárias de que sua vontade seria cumprida.

⁶ Cf URIONABARRENETXEA, K. Martinez. Reflexiones sobre el testamento vital (I). *In*: Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria, ISSN 0212-6567, Vol. 31, Nº. 1, 2003, pags. 52-54.

Contudo, foi em 1976, com o caso Karen Ann Quinlan⁷, que o primeiro caso de *living will* chegou aos tribunais norte-americanos.⁸ Karen entrou em coma por causas nunca reveladas e seus pais adotivos, após serem informados pelos médicos da irreversibilidade do caso solicitaram a retirada do respirador, entretanto, o médico responsável pelo caso se recusou a realizar tal ato, alegando razões morais e profissionais. Assim, os pais de Karen Quinlan acionaram o Poder Judiciário de Nova Jersey, estado no qual a paciente residia, em busca de autorização judicial para a suspensão do esforço terapêutico, alegando que a jovem havia manifestado o desejo de não ser mantida viva por aparelhos.

O pedido foi negado em primeira instância sob o argumento de que a declaração da paciente não tinha respaldo legal. Em segunda instância, a Suprema Corte de Nova Jersey designou o “Comitê de Ética do Hospital St. Clair” para avaliar a paciente e o prognóstico de seu quadro clínico. Ocorre que, nesta época, inexistiam em quase todos os hospitais norte-americanos comitês de ética, razão pela qual o Comitê designado pelo juiz da corte estadual de Nova Jersey teve de ser criado. O parecer concluiu pela irreversibilidade do quadro e, em 31/03/1976, este tribunal concedeu à família de Karen o direito de solicitar o desligamento dos aparelhos que mantinham a paciente viva. Após o desligamento dos aparelhos, Karen viveu mais nove anos e faleceu em decorrência de uma pneumonia, sem respirador externo e com o mesmo quadro clínico de antes.

Neste mesmo ano, 1976, o Estado da Califórnia, segundo Armando ANDRUET (2002)⁹, aprovou o *Natural Death Act*, que foi elaborado pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Esta lei foi o primeiro diploma legal a reconhecer textualmente o testamento vital. Após sua aprovação foi feito um documento intitulado “*Guidelines and Directive*” por membros de algumas associações médicas californianas com a finalidade de auxiliar os médicos no uso dos métodos artificiais de prolongamento de vida.

As diretivas dispostas neste documento são: a) procurar ajuda de um advogado ou registrar em cartório a Diretiva Antecipada; b) solicitar ao seu médico que

⁷ Cf: http://www.ascensionhealth.org/index.php?option=com_content&view=article&id=253&Itemid=173. Acesso em 21.05.2013.

⁸ *Idem*, p. 53.

esta diretiva faça parte de seu histórico clínico; c) as duas testemunhas que assinarem a diretiva não podem ter nenhum parentesco sangüíneo com o paciente nem ser casado com ele, não pode ainda estar beneficiado em seu testamento e nem ter alguma demanda sobre bens de sua propriedade; d) o médico do paciente não pode ser testemunha nem ninguém que trabalhe com ele. Se a pessoa assinar a diretiva antecipada dentro do hospital nenhum dos empregados deste estabelecimento poderá ser testemunha.

Além disso, o “*Guidelines and Directive*” estabelece que apenas maiores de 18 anos e capazes podem redigir uma diretiva antecipada; que esta será válida por cinco anos, quando será possível fazer outra; que esta não é válida durante a gravidez; que a feitura do documento deve ser feita de forma livre. Por fim, quanto à vinculação do médico à diretiva antecipada, dispõe que o médico está limitado ao documento se ele tiver certeza da sua validade, se outro médico certificou o estado terminal e se o paciente estiver informado a, pelo menos 14 dias, de sua condição.

A partir da aprovação da lei californiana, vários estados norte-americanos aprovaram leis regulamentando o testamento vital. O caso Nancy Cruzan¹⁰ que chegou à Suprema Corte Americana em 1990, foi decisivo para a feitura de uma lei federal acerca do tema nos Estado Unidos da América. Em 1983, Nancy Cruzan uma americana de 25 anos, casada, sofreu um acidente automobilístico no interior do estado de Missouri. Após ser diagnosticado o estado de coma permanente e irreversível, seus pais solicitaram aos médicos a retirada dos aparelhos que a mantinham viva, baseando-se em uma conversa que ela teve com uma colega aos 20 anos, na qual afirmou que não gostaria de ser mantida viva quando tivesse menos da metade de suas capacidades normais, todavia, tal solicitação foi negada em primeira instância. O caso chegou à Suprema Corte americana em 1990 que, em novembro deste ano, deferiu o pedido, ordenando que o hospital cumprisse o desejo da família da paciente. Este caso é apontado como o mais emblemático na luta do “direito de morrer” porque gerou nas pessoas, um temor de que caso ficassem em situação similar, fosse exigido judicialmente prova do desejo de interromper o tratamento.

Assim, sob forte clamor público, em 1991 foi aprovada a *Patient Self-Determination Act* (PSDA), a primeira lei federal dos EUA a reconhecer o direito à

⁹ ANDRUET, Armando. Breve exégesis del llamado "Testamento Vital". In: DS : Derecho y salud, Vol. 10, N°. 2, 2002, p. 183-196.

autodeterminação do paciente. O testamento vital adquiriu seu esplendor com a aprovação nos Estados Unidos da chamada Lei de Autodeterminação do paciente, tendo sua base com o conhecido caso Nancy Cruzan. Em novembro de 1990, o Tribunal Supremo dos Estados Unidos reconheceu o direito dos pacientes capazes de recusar um tratamento médico não desejado e fixou um procedimento para a tomada de decisões por parte dos representantes legais dos pacientes não competentes.¹¹

A PSDA é uma lei que ordena às instituições médicas a dar informações aos indivíduos adultos, no momento de sua admissão na instituição, acerca de seus direitos baseados nas leis estaduais incluindo o direito de participar diretamente das decisões sobre os cuidados a ser despendidos; o direito de aceitar ou recusar medicamentos e tratamentos cirúrgicos; o direito a preparar uma diretiva antecipada. Apesar de ser uma lei federal, Estados norte americanos possuem legislação própria sobre *living will*, de modo que a PSDA é apenas uma diretriz e algumas questões específicas, como por exemplo, o conceito de paciente terminal, são tratadas de modo diferente por cada estado da federação estadunidense pois neste país cada estado da federação tem autonomia para legislar sobre assuntos específicos.

2.1 O ARTIGO 9º DA CONVENÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E BIOMEDICINA.

Em 4 de abril de 1997 foi redigida em Oviedo, Espanha, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina – também conhecida como Convênio de Oviedo -, cujos signatários são os Estados Membros do Conselho da Europa¹². Apesar do Conselho da Europa possuir 47 Estados Membros, apenas 35 assinaram a convenção e, destes, apenas 23 a ratificaram. Dentre os países que a ratificaram estão Portugal, Espanha e Suíça.

Para o presente trabalho, o artigo 9º do Convênio de Oviedo é de suma importância, inclusive no que tange à construção legislativa sobre o tema, pois há expressa menção à relevância da vontade do paciente. Assim dispõe o artigo 9º: “*A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no*

¹⁰ Disponível em: <http://www.libraryindex.com/pages/3143/Courts-End-Life-CASE-NANCY-CRUZAN.html>

¹¹ Cf: URIONABARRENETXEA, K. Martinez. Reflexiones sobre el testamento vital (I). In: Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria, ISSN 0212-6567, Vol. 31, Nº. 1, 2003, pags. 52-54.

¹² Disponível em: <http://hub.coe.int/>

*momento da intervenção, não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomado em conta”.*¹³

O ponto 62 do relatório explicativo assim estabelece:

“62. The article lays down that when persons have previously expressed their wishes, these shall be taken into account. Nevertheless, taking previously expressed wishes into account does not mean that they should necessarily be followed. For example, when the wishes were expressed a long time before the intervention and science has since progressed, there may be grounds for not heeding the patient's opinion. The practitioner should thus, as far as possible, be satisfied that the wishes of the patient apply to the present situation and are still valid, taking account in particular of technical progress in medicine.”

Ponto de grande relevância, eis que os desejos expressados anteriormente não serão necessariamente seguidos, pois deve atentar para o avanço da medicina. Tal orientação é fundada na possibilidade de se decorrer um longo período entre a manifestação expressa da vontade do paciente e o momento em que esta tenha que ser usada, quando o paciente não possa mais exprimir sua vontade.

Essa nota explicativa é relevante principalmente para as discussões brasileiras acerca de um possível prazo de eficácia da diretiva antecipada da vontade.

Insta salientar que o Convênio de Oviedo é posterior às leis norte-americanas sobre o tema e que o movimento de positivação de leis acerca dos direitos dos pacientes terminais, na Europa, foi um movimento internacional, vez que capitaneado por uma organização da qual fazem parte 47 países europeu, ao contrário dos EUA, em que o movimento surgiu primeiramente em nível estadual, para depois se tornar federal. Nenhum país da Europa havia positivado os direitos do paciente terminal até 1997. Foi com o Convênio de Oviedo que os Estados europeus começaram a elaborar legislações sobre o tema.

¹³ Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>

Este Convênio é uma iniciativa capital, pois diferentemente das declarações internacionais que o precederam, é o primeiro instrumento internacional com carácter jurídico vinculante para os países que o subscrevem. Sua especial valia reside no fato de que estabelece um marco comum para a proteção dos direitos humanos e da dignidade humana na aplicação de biología e da medicina.¹⁴ Observa-se pela Lei do Governo Espanhol nº 41/2002.

¹⁴ Pode-se observar da Exposição de Motivos da Lei Espanhola nº 41/2002: La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración universal de derechos humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones. Últimamente, cabe subrayar la relevancia especial del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. Dicho Convenio es una iniciativa capital: en efecto, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. El Convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias ; en este sentido, es absolutamente conveniente tener en cuenta el Convenio en el momento de abordar el reto de regular cuestiones tan importantes. Es preciso decir, sin embargo, que la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido por el artículo 43 de la Constitución de 1978, desde el punto de vista de las cuestiones más estrechamente vinculadas a la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios, es decir, la plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud, ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. De otra parte, esta Ley, a pesar de que fija básicamente su atención en el establecimiento y ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, dedica a esta cuestión diversas previsiones, entre las que destaca la voluntad de humanización de los servicios sanitarios. Así mantiene el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, de un lado, y, del otro, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud, que debe asegurarse en condiciones de escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación. A partir de dichas premisas, la presente Ley completa las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales. En este sentido, refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado. Asimismo, la Ley trata con profundidad todo lo referente a la documentación

Essa norma tem especial importância nas discussões estrangeiras sobre o testamento vital, pois foi a primeira legislação elaborada por uma organização internacional a reconhecer o direito do paciente de recusar tratamento médico. Surge a questão, que não cabe desenvolver com mais afinco no presente estudo, se apenas a ratificação da referida Convenção tornaria desnecessária a feitura de leis em cada um dos países que a ratificaram. Primeiramente, é importante ressaltar que o testamento vital é denominado na legislação federal da Espanha de *instrucciones previas*.

Em linhas gerais, as instruções prévias na Espanha devem conter instruções à equipe médica sobre o desejo de que não se prolongue artificialmente a vida, não utilização dos chamados tratamentos extraordinários, a suspensão do esforço terapêutico e a utilização de medicamentos para diminuir a dor, entre outras.

clínica generada en los centros asistenciales, subrayando especialmente la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto. En septiembre de 1997, en desarrollo de un convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo, tuvo lugar un seminario conjunto sobre información y documentación clínica, en el que se debatieron los principales aspectos normativos y judiciales en la materia. Al mismo tiempo, se constituyó un grupo de expertos a quienes se encargó la elaboración de unas directrices para el desarrollo futuro de este tema. Este grupo suscribió un dictamen el 26 de noviembre de 1997, que ha sido tenido en cuenta en la elaboración de los principios fundamentales de esta Ley. La atención que a estas materias otorgó en su día la Ley General de Sanidad supuso un notable avance como reflejan, entre otros, sus artículos 9, 10 y 61. Sin embargo, el derecho a la información, como derecho del ciudadano cuando demanda la atención sanitaria, ha sido objeto en los últimos años de diversas matizaciones y ampliaciones por Leyes y disposiciones de distinto tipo y rango, que ponen de manifiesto la necesidad de una reforma y actualización de la normativa contenida en la Ley General de Sanidad. Así, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, califica a los datos relativos a la salud de los ciudadanos como datos especialmente protegidos, estableciendo un régimen singularmente riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión. Esta defensa de la confidencialidad había sido ya defendida por la Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre, en la que, además de reafirmarse la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos, en especial de su intimidad relativa a la información relacionada con su salud, se apunta la presencia de otros intereses generales como los estudios epidemiológicos, las situaciones de riesgo grave para la salud de la colectividad, la investigación y los ensayos clínicos que, cuando estén incluidos en normas de rango de Ley, pueden justificar una excepción motivada a los derechos del paciente. Se manifiesta así una concepción comunitaria del derecho a la salud, en la que, junto al interés singular de cada individuo, como destinatario por excelencia de la información relativa a la salud, aparecen también otros agentes y bienes jurídicos referidos a la salud pública, que deben ser considerados, con la relevancia necesaria, en una sociedad democrática avanzada. En esta línea, el Consejo de Europa, en su Recomendación de 13 de febrero de 1997, relativa a la protección de los datos médicos, después de afirmar que deben recogerse y procesarse con el consentimiento del afectado, indica que la información puede restringirse si así lo dispone una Ley y constituye una medida necesaria por razones de interés general. Todas estas circunstancias aconsejan una adaptación de la Ley General de Sanidad con el objetivo de aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias. Se trata de ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínicas las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución. (Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188)

Pela lei 41/2002, é possível ainda que, no documento de instruções prévias o outorgante nomeie um representante para que, quando o outorgante esteja impossibilitado de manifestar sua vontade, este terceiro possa fazê-lo em nome do subscritor do documento. Percebe-se que essa disposição é, na verdade, o mandado duradouro.

Além disso, é possível que neste documento o outorgante expresse sua vontade acerca da doação de órgãos e do destino que gostaria que fosse dado ao seu corpo morto. Na Espanha, assim como no Brasil existe uma legislação específica sobre doação de órgãos, todavia, a inclusão desta possibilidade na lei 41/2002, é uma busca de expressão explícita da vontade do outorgante porque, na prática espanhola, assim como na brasileira, é respeitada a posição da família, vez que inexistente uma manifestação expressa de vontade do paciente.

Quanto a critérios formais, as instruções prévias na Espanha devem ter forma escrita e podem ser feitas em um cartório, perante o notário; perante um funcionário do Registro Nacional ou da Administração Pública (dotados de fé pública) ou perante três testemunhas. Ressalte-se que a justificativa para a segunda possibilidade é “evitar ter que recorrer a terceiros, como testemunhas ou notários, para um ato que se situa na esfera de autonomia pessoal e da intimidade das pessoas”.¹⁵

Ademais, disposições contrárias ao ordenamento jurídico e que não correspondam com a manifestação de vontade do outorgante não serão levadas em conta. Por fim, pela lei espanhola, as instruções prévias devem ser incluídas no histórico clínico do paciente e podem ser revogadas a qualquer tempo pelo outorgante, enquanto capaz.

Em 2 de fevereiro de 2007 foi publicado o Real Decreto 124/2007,¹⁶ instrumento que regula o ponto 5 desta artigo lei, pois cria o Registro Nacional de Instruções Prévias e o correspondente arquivo automatizado de dados de caráter pessoal. Segundo este decreto, o acesso ao Registro Nacional de Instruções Prévias é restrito ao autor das instruções prévias, aos seus representantes legais ou a quem o outorgante tenha designado nestes documentos, aos responsáveis dos registros autônomos, e às pessoas

¹⁵ BLANCO, Jaime Zabala. Autonomía e Instrucciones Previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español.

¹⁶ Disponível em:

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/normativa_estatal/common/pdfs/RD_124_2007_sanidad.pdf

designadas pela autoridade sanitária da comunidade autônoma correspondente ou pelo *Ministerio de Sanidad y Consumo*.

A Itália ratificou o Convênio de Oviedo em 2001, mas ainda não promulgou uma lei específica. Há grande discussão sobreveio com o caso de Eluana Englaro, de 37 anos que se encontrava em estado vegetativo há 17 anos por conta de um acidente. A decisão de permitir o fim da vida de Eluana gerou um imenso debate na Itália, com o Vaticano apoiando os adversários do “direito de morrer”. Em 21.01.2009, o Tribunal de Milão derrubou uma decisão de autoridades regionais que impedia os hospitais da região de cooperar com o fim da vida de Eluana.

O advento da decisão definitiva no sentido de possibilitar a interrupção da alimentação e da hidratação artificiais provocaram reações diversas. De um lado a Igreja Católica que, de um modo geral, ainda tem bastante influência sobre as decisões judiciais e políticas tomadas na Itália. À época, o Cardeal Javier Lozano Barragan, qualificou a decisão de retirar a alimentação e hidratação da paciente como assassinato. O cardeal, fazendo referência ao direito natural assim se manifestou sobre a decisão: "*noi proponiamo, non imponiamo, di seguire la legge naturale che si trova espressa nel quinto comandamento: non uccidere. Salvo il caso dell'accanimento terapeutico non è assolutamente lecito staccare la spina.*"¹⁷

A Corte de Apelação de Milão tentou responder algumas questões, tais quais: a) pode o paciente recusar tratamento médico de forma a possibilitar a ocorrência de morte natural? Em que condições é possível a recusa? Se positiva tais indagações, o caso Eluana apresenta uma dificuldade adicional: o fato dela estar inconsciente e não poder expressar a sua vontade de recusar-se a tratamento médico. Assim, é juridicamente possível se inferir a presumível vontade do paciente em estado vegetativo de rejeitar o tratamento médico? É suficiente a revelação dessa vontade pelo tutor? Ocorre que Eluana morreu após a interrupção dos alimentos e hidratação, acarretando entrave político entre aqueles que defendiam o direito de morrer e aqueles que entendiam que o ocorrido não passava de um assassinato.

Até a presente data não há uma legislação específica que regulamente a questão do testamento vital. pesar da inexistência de uma lei italiana sobre testamento vital

¹⁷ Cf: Jornal *La Repubblica*, Ano 33, número 271, 14 de novembro de 2008.

as discussões sobre o tema ganharam força após 2003, quando o Comitê Nacional de Bioética editou um documento intitulado *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, motivado pela crescente literatura nacional e internacional sobre questões afetas aos documentos de manifestação de vontade de pacientes, bem como pela Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, da qual a Itália é signatária. Este documento é tido como a principal recomendação feita por um órgão de alcance nacional da Itália, todavia, trata amplamente das diretivas antecipadas – não apenas dos testamentos vitais - por indicarem as várias formas de autodeterminação, seguindo o disposto pelo artigo 9º do Convênio de Oviedo.

3. O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL.

O sujeito tornou-se centro do ordenamento jurídico a partir da Constituição da República de 1988, o que confere à pessoa humana uma esfera de atuação jurídica no âmbito do Direito Privado. Tal fato, atrelado à recepção da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito pode ser entendido como legitimador do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, entendido este instituto como instrumento protetor da dignidade da pessoa humana dos pacientes terminais e da autonomia privada.

Todavia, a análise da forma com que os Estados Unidos da América, a Espanha e a Itália têm tratado o testamento vital gera algumas dúvidas quanto à implementação deste instituto no Brasil, para as quais o presente trabalho ainda não conseguiu respostas: 1. É necessário uma lei específica sobre testamento vital no Brasil? 2. Quais as disposições que o testamento vital deveria conter? 3. A disposição sobre doação de órgãos feita no testamento vital poderia ser considerada válida, mesmo diante da negativa da família? 4. Há necessidade de se criar um “Banco de Testamentos Vitais” no Brasil, ou o simples registro no cartório de títulos e documentos bastaria? Seria necessário escritura pública para sua validade? 5. Seria necessário implementar no Brasil a história clínica do paciente? 6. Quem, ou que órgão, seria responsável por interpretar o testamento vital, quando existissem dúvidas?

A sociedade, como se verifica está em constante evolução. Tais modificações exigem que o Direito se adapte cada vez mais rapidamente para atender às

demandas sociais. A mudança mais significativa no Brasil foi promovida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, que rompeu com o paradigma liberal fulcrado na defesa do patrimônio e inaugura uma postura promocional de valorização da pessoa. Os avanços da tecnologia também trazem novas situações ainda não pensadas pelo Direito. Dentro dessa visão personalista, o testamento vital é uma dessas questões. Entendido como um instrumento capaz de efetivar a autonomia de uma pessoa em fase de terminalidade, existe dúvida sobre sua aplicação no Direito Brasileiro. Pode aquele que não tem perspectiva de cura determinar que não seja submetido a nenhum tratamento? Para tanto, convém analisarmos um pouco a questão da autonomia privada.

3.1 AUTONOMIA PRIVADA, AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE E SEUS QUESTIONAMENTOS.

Para o universo jurídico, a discussão sobre a autonomia ganhou especial contorno após as revoluções burguesas na Europa do século XVIII. Até então, a sociedade européia vivia em um sistema social rígido, que não permitia ascensão social, como também privilegiava o clero e a nobreza. Insurgindo-se contra esse sistema, o povo e a burguesia se uniram e depuseram o Antigo Regime, instalando uma nova forma de Estado, o Estado Liberal. Como resposta aos privilégios feudais, a nova sociedade baseou-se no individualismo, o qual passou a ser o fundamento ideológico que conferiu ao homem uma posição central nas sociedades européias.¹⁸

A partir de então, todos os homens passaram a serem iguais, não havendo mais, a priori, a submissão de uns a outros. Só por meio de um acordo de vontades que as obrigações se transformariam em um dever juridicamente exigível. A vontade individual passou a ser entendida como fonte de deveres.¹⁹ Cada um passou a gozar de autonomia para decidir se deseja ou não contratar, determinar o objeto desse contrato e com quem deseja se obrigar, sendo essa liberdade denominada autonomia da vontade.

¹⁸ Cf. FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 56.

¹⁹ RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 5.

Tal instituto vinha ao encontro das necessidades da burguesia, que almejava facilitar a circulação de riquezas. Quanto menos o Estado interviesse, melhor fluiria o comércio.²⁰ Para promover este comércio, foram definidas hipóteses, nas quais determinadas pessoas não poderiam exercer autonomamente os atos da vida civil. Entretanto, a exacerbação da autonomia individual conduziu a uma profunda desigualdade social, permitindo que aqueles que possuíam o poder econômico dominassem a grande massa de não proprietários.

A igualdade formal não conseguiu garantir uma sociedade justa. A partir daí, inicia-se a busca pela igualdade material. Com o aumento da industrialização, na Europa pós Primeira Guerra, o Estado aumentou sua intervenção na esfera privada, objetivando a justiça material, de modo que essas relações começaram a ser regidas por princípios como a função social. O Estado passou a atuar de forma ativa para garantir a igualdade material, pautando-se na busca do bem-comum. “A autonomia individual passa a sofrer limitações, mas não desaparece²¹. A autonomia da vontade ganha novas balizas, como a função social e a boa-fé, sendo esse novo paradigma de Estado denominado Estado de Bem-estar Social. Se no Estado Liberal a autonomia individual tinha posição de destaque, no Estado de Bem-estar Social a balança passa a pender para a vontade coletiva. Essa supremacia do interesse público causou uma nova distorção, qual seja o desrespeito às individualidades.

Buscando-se o equilíbrio entre o público e o privado, surge um novo paradigma constitucional, o do Estado Democrático de Direito. Ele busca garantir o bem-estar coletivo e, ao mesmo tempo, valorizar as potencialidades individuais de seus cidadãos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) inaugura esse novo paradigma no direito brasileiro. A dignidade da pessoa humana passa a ser fundamento da República brasileira (art. 1º III) e os reflexos desta previsão emanam para todo o ordenamento jurídico. O indivíduo volta a ser o centro do sistema e sua proteção e promoção, passam a ser o novo objetivo do Direito.

²⁰ FARIA, 2007, p. 56.

²¹ FARIA, 2007, p. 57.

As minorias passam a ter voz. O Direito Privado, tradicionalmente patrimonialista, passa a ser relido e interpretado sob o prisma personalista. Essa releitura provoca a superação da autonomia da vontade e sua substituição pela autonomia privada.²²

A autonomia da vontade passa a ser um conceito histórico ligado ao Estado liberal, traduzida na liberdade sem condicionantes externos e fundada na defesa do patrimônio. Já a autonomia privada está em consonância com o Estado Democrático de Direito e sua atuação ocorre numa perspectiva relacional, isto é, todos os agentes se reconhecem mutuamente como sujeitos e não agem isoladamente do meio social.²³

A autonomia privada não se restringe apenas às situações patrimoniais. Ela ganha destaque nas relações existenciais, principalmente nas que envolvem os direitos da personalidade. Cada um passa a ser responsável pela elaboração de seu projeto de vida, de acordo com aquilo que lhe satisfaça mais. Dentro desse viés relacional, os limites dessa autonomia se encontram tanto na lei, quanto no respeito ao outro. A intervenção do Estado nesse projeto passa a ser excepcional e só se legitima para a promoção e proteção dos direitos de todos os cidadãos e, mesmo assim, deverá ser realizada respeitando o máximo possível da vontade da pessoa.

Esse respeito à pessoa repercute na relação médico-paciente. Até então, esse relacionamento era embasado na autoridade técnica do médico, o que o colocava em posição de superioridade em relação ao paciente. Contudo, reconhecendo-se o paciente como ser autônomo e como principal interessado na cura passou-se, cada vez mais, a reconhecer seu papel de protagonista no processo curativo.

Conforme já mencionado acima, o testamento vital²⁴ seria, em resumo, um documento no qual um indivíduo manifesta como se daria seu tratamento, caso viesse a se tornar um paciente terminal.

²² A concepção de superação da autonomia privada não é consenso. Bruno Naves e Danúbia Rezende defendem que autonomia da vontade é um gênero do qual autonomia privada é uma espécie. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho. *Autonomia Privada do paciente terminal*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 94. Já André Rüger e Renata Rodrigues entendem que autonomia da vontade liga-se a vontade subjetiva (interno) e a autonomia privada é seu aspecto objetivo (externo), este sim, interessa ao direito. In: RÜGER, RODRIGUES, 2007, p. 10.

²³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. *Autonomia Privada e o Direito de Morrer*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey: 2009. p. 44-45.

²⁴ Luciana Penalva critica a nomenclatura “testamento vital ou biológico” adotada pelos doutrinadores brasileiros. Para a autora, a expressão é uma tradução equivocada do termo inglês “living will” e não

Consideramos, na esteira de YVON KENIS, que as diretivas antecipadas são “instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas aos tratamentos que deseja ou (mais frequentemente) que recusa receber no fim da vida, para o caso de se tornar incapaz de exprimir as suas vontades ou de tomar decisões por e para si própria”²⁵. São fundamentalmente duas as formas que estas diretivas podem revestir: a de testamento de paciente e a de nomeação de procurador de cuidados de saúde.

O testamento de paciente, por vezes denominado “testamento de vida (*living will*²⁶)” ou “testamento biológico”, é um “documento escrito no qual uma pessoa consigna as suas vontades quanto aos cuidados médicos que pretende ou não pretende receber se perder a capacidade de se exprimir ou se se encontrar em estado de já não ser capaz de tomar ela própria uma decisão”.²⁷ À semelhança do que ocorre na sucessão testamentária o testamento de paciente é um ato pessoal, unilateral e revogável pelo qual a pessoa expressa claramente a sua vontade. No entanto, as disposições nele inseridas são, ao contrário do que ocorre naquela forma de sucessão, apenas de caráter não patrimonial e destinam-se a ser válidas no período anterior à morte do testador²⁸.

identifica corretamente o instituto. Ela apresenta o termo “declaração prévia de vontade do paciente terminal (Cf. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2009. p. 12-15)

²⁵ Cf. KENIS, Yvon (2003), “ Diretivas Antecipadas” in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, p. 235; NYS, Herman (1997), “ Emerging Legislation in Europe on the Legal Status of Advance Directives and Medical Decision-making with Respect to Incompetent Patient (‘ Living-wills’)” , *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997, p. 179 e ss., e BROWNE, Alister, e SULLIVAN, Bill (2006), “ Advance Directives en Canada” , *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 15, n.º 3, pp. 256 e ss.

²⁶ A expressão “ *living will*” parece ter sido utilizada pela primeira vez no artigo que LUIS KUTNER, jurista em Chicago, publicou no *Indiana Law Journal*, em 1969, que se intitulava “ Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal” . *Vid.*, na matéria, KENIS, Yvon (2003a), “ Testamento de Vida” in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, p. 622, e ROBERTSON, John A. (2001), “ Second Thoughts on Living Wills” in *Medical Law and Ethics* (coord.: Scheila McLean), Burlington: Ashgate Publishing Company, p. 451 e ss.

²⁷ KENIS, Yvon (2003a), p. 621.

²⁸ Exatamente por esse motivo alguns autores consideram inapropriada a utilização da expressão “ testamentos de vida” . Somos de parecer que se trata verdadeiramente de um “ testamento em vida” ou mesmo de “ cláusulas testamentárias sobre a vida” . *Vid.*, NUNES, Rui (1996), “ Humanização na Doença

A outra forma que podem assumir as diretivas antecipadas é a nomeação de um procurador de saúde (*durable power of attorney* ou *health care proxy*). Esta nomeação é também feita através de um documento que atribui poderes a um “procurador” para tomar decisões em matéria de saúde em nome da pessoa que o nomeia quando esta deixe de estar em condições de expressar a sua vontade. Por vezes esta nomeação pela pessoa de alguém que tomará decisões por ela encontra-se associada à elaboração de um testamento de paciente²⁹.

Desde 1976 – data em que o Estado da Califórnia adotou o *Natural Death Act* – que vários Estados americanos e diversos países europeus adotaram legislação que regula uma ou ambas as formas de diretivas antecipadas aludidas. Não é esse o caso de Portugal onde apenas existe, com aplicação específica na matéria, o disposto no aludido artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, segundo o qual “a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção não se encontra em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”. Em que termos deverá, *de iure constituto*, ser essa vontade atendida? Ou, dizendo de outra forma: Que validade atribuir a um testamento de paciente ou a uma nomeação de procurador de saúde redigidos no nosso País?

Neste caso em que o indivíduo declara que consentirá na realização de um determinado tratamento se vier a encontrar-se incapaz para nele consentir, e se tal se verificar, há que atender se o tratamento ou intervenção em questão se mostra indicado, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da Medicina, para o seu tratamento ou cura.

Terminal” , in *Comissões de Ética: Das Bases Teóricas à Actividade Quotidiana*, Ponta Delgada: Centro de Estudos de Bioética, e GAFO, Javier (1999), *Eutanasia y Ayuda al Suicidio*, ‘ *Mis Recuerdos de Ramón Sampedro* ’ , Bilbao: Desclée de Brouwer, p. 140.

²⁹ Vid., na matéria, KENIS, Yvon (2003), “ Procuração com Poderes em Matéria de Saúde” in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, p. 542, e KOCH, Hans-Georg, BERNAT, Erwin, e MEISEL, Alain (1997), “ Self-Determination, Privacy, and the Right to Die. A Comparative Law Analysis (Germany, United States of America, Japan)” , *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997, p. 137 e ss.

Com efeito, embora o consentimento não seja prestado no momento da realização da intervenção a decisão de a realizar pode fundar-se numa causa de justificação autônoma e excludente da ilicitude: o consentimento presumido.

A eficácia justificativa do consentimento presumido radica assim, como salienta MANUEL DA COSTA ANDRADE, na “*vontade hipotética* que é possível referenciar, por mais irracional e incompreensível que ela possa parecer”. Não obstante esta sua orientação para a vontade hipotética do paciente o consentimento presumido pode “representar o *triumfo da heteronomia sobre a autonomia*”³⁰ se aquele entretanto tiver alterado as suas intenções – nada impede que o testador, no momento que se aplica o conteúdo do *living will*, se fosse chamado a decidir sobre se consente na realização do tratamento, declarasse que a sua vontade actual já não era a de os receber. Ou seja, que a sua verdadeira vontade no momento em que a intervenção está a ser realizada já era outra. No entanto e como referimos, a ilicitude poderá encontrar-se excluída pela invocação pelo agente, do consentimento presumido.

Outra situação possível é aquela em que a intervenção ou tratamento que o testador declara desejar receber no caso de não ser possível obter, ou obter em tempo útil, a sua vontade atual, não se mostra indicado, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da Medicina, para o seu tratamento ou cura. Neste caso o médico não tem o dever de sujeitar o paciente a um encarniçamento terapêutico que considera trazer-lhe maiores riscos e sofrimentos do que benefícios. O médico tem, aliás e pelo contrário, a obrigação deontológica de não prescrever tratamentos supérfluos, fúteis ou inúteis³¹, devendo limitar-se à prestação de cuidados paliativos ao paciente, quando a sua cura e tratamento não se afiguram mais possíveis, que assegurem o respeito do direito deste a morrer em paz e com dignidade. Como o direito constitucionalmente reconhecido à

³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa (2004), “ Consentimento em Direito Penal – O Consentimento Presumido” , *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.ºs 1 e 2 (Janeiro-Junho de 2004), Coimbra, pp. 132 e 134.

³¹ Cf. o art. 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, publicado na *Revista da Ordem dos Médicos*, n.º 3/85, Março de 1985, p. 1 e ss. *Vid.*, sobre esta questão, GRUBB, Andrew (1997), “ The Persistent Vegetative State: A Duty (Not) to Treat and Conscientious Objection” , *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997, p. 157 e ss., e HENDIN, Herbert (1998), *Seduced by Death, Doctors, Patients, and Assisted Suicide*, 2.ª ed. rev., London: W W Norton & Company, p. 215 e ss.

proteção da saúde não abrange no seu conteúdo um direito a uma pretensa imortalidade clinicamente sustentada, o desejo do doente de receber meios extraordinários de tratamento embora possa ser tomado em consideração pelo médico no momento em que decide que cuidados prestar-lhe não prevalece sobre a liberdade de prescrição deste³².

De muito mais difícil solução no plano jurídico são as questões suscitadas pelo testamento de paciente no qual o testador declara que se se encontrar definitiva ou temporariamente incapacitado, recusa a realização do tratamento ou intervenção X ou Y.

A recusa de uma terapêutica imediata ou não imediatamente salvadora pode ocorrer em diferentes situações e ter consequências não apenas para o próprio que a formula, mas também para uma criança *in utero*, para um grupo ou para toda a sociedade.

Exatamente por o indivíduo se encontrar inconsciente ou incapaz de expressar de forma autônoma a sua vontade real e efetiva, parece-nos que o problema da validade das cláusulas contidas num testamento de paciente não poderá ser resolvido apenas ao nível da doutrina penalista do consentimento.

Não estabelecendo a nossa ordem jurídico-constitucional uma hierarquia entre os direitos protegidos, também não nos parece que os conflitos eventualmente existentes entre os bens jurídicos vida e integridade pessoal, por um lado, e liberdade e autonomia, por outro, se possam solucionar sempre a favor da vida.

Parece-nos sim que a solução terá de ser encontrada, caso a caso, através de um esforço de concordância prática dos direitos fundamentais e interesses juridicamente protegidos em conflito. Regressaremos a esta questão após analisarmos, nas suas linhas gerais, uma outra: a da validade da nomeação de um procurador para cuidados de saúde.

Outra questão que aqui se coloca e que é específica desta forma de directiva antecipada de vontade é a de saber se, *de iure constituto*, é admissível a representação voluntária em matéria de consentimento para a realização de tratamentos e intervenções médico-cirúrgicos.

³² Cf. os art.s 33.º e 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos. *Vid.*, sobre este problema, ABIVEN, M., CHARDOT, C., e FRESCO, R. (2000), *Euthanasie, Alternatives et Controverses*, Paris: Presses de la Renaissance, p. 248 e ss., e GONÇALVES, Ferraz (1999), “ Cuidados Paliativos e os Princípios da Bioética” , Cadernos de Bio-Ética, n.º 19, Abril de 1999, Coimbra: Edição do Centro de Estudos de Bio-Ética, p. 53 e ss.

Parte da Doutrina considera que não o é, atento o caráter pessoal e intransmissível dos poderes jurídicos relativos aos direitos de personalidade, que implica como sublinha RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, o “seu normal exercício pelo respectivo titular” e a insusceptibilidade “de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico”.³³ Logo, quer o exercício destes poderes se traduza no mero e direto gozo dos bens da personalidade humana (a vida, o corpo, a liberdade, a honra) através da produção de fatos jurídicos não negociais, quer se traduza na celebração de negócios jurídicos que introduzam limitações voluntárias ao exercício dos direitos de personalidade, devem ser entendidos como “negócios jurídicos pessoais insusceptíveis de representação voluntária, dada a inerência dos correlativos direitos de personalidade à pessoa do seu titular”.³⁴

No mesmo sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE qualificando a concordância do paciente como “um acordo-que-exclui-a-tipicidade” preconiza que “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma *liberdade pessoal* que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante”³⁵. Segundo esta posição doutrinal apenas se admite, portanto, no que concerne aos poderes jurídicos relativos aos direitos de personalidade, a possibilidade de representação legal.

Outra corrente doutrinal, mais recente, é a defendida por JOÃO LOUREIRO e ANDRÉ PEREIRA. Entende o primeiro destes Autores poder enquadrar-se, por analogia, a noção de um procurador de cuidados de saúde na disciplina civilista do instituto da procuração. Assim sendo, esta nomeação constitui “uma forma de exercício da autonomia pelo cidadão que não será posta em causa se observados certos requisitos, proibindo-se que se passe um cheque em branco, de forma a obstar que a decisão seja entendida como uma decisão do representante, sem qualquer referência às orientações do representado”.³⁶

De igual modo ANDRÉ PEREIRA partindo do entendimento do consentimento para tratamentos médicos como uma “autorização para a realização de uma ação fática, que

³³ SOUSA, Rabidranath V. A. Capelo de (1995), *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 402 e 403.

³⁴ SOUSA, Rabidranath V. A. Capelo de (1995), p. 403.

³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa (1999), pp. 381 e 383. No mesmo sentido, referindo-se no entanto ao Direito Inglês, cf. BIGGS, Hazel (2001), *Euthanasia, Death with Dignity and the Law*, Oxford: Hart Publishing, pp. 92-93.

³⁶ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1994), p. 41.

deve ser qualificada como um ato jurídico *stricto sensu*, de natureza quase negocial”, defende que satisfeitos determinados requisitos formais e substanciais se pode “avançar paulatinamente no reconhecimento desta faceta da personalidade humana” que é a “autodeterminação preventiva e a delegação do exercício dos direitos de personalidade”.³⁷

O problema fundamental para nós nesta matéria – a validade da nomeação de um procurador de cuidados de saúde – continua a ser o da não satisfação do requisito da atualidade do consentimento prestado pelo paciente. Atenta a referida impossibilidade de o solucionarmos consideramos que apenas podemos contribuir para a resposta à pergunta relativa à validade das diretivas antecipadas de vontade no nosso ordenamento jurídico, através da ponderação dos direitos, interesses e valores que se podem encontrar em conflito numa situação em que tenha sido feito um testamento de paciente e/ou nomeado um procurador de cuidados de saúde.

3.2 A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS EM CONFLITO.

É assim necessário recorrer ao princípio da harmonização ou da concordância prática para encontrar uma solução de equilíbrio entre os direitos fundamentais eventualmente em conflito: o direito à vida, o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, o direito à organização da própria morte, o direito à liberdade de consciência e o direito a morrer em paz e com dignidade.

O direito à vida é prioritário de cada ser humano, dado que o dano da morte é o dano mais grave e irreversível que lhe pode ser causado, o direito à vida consagrado na Constituição Federal, apresenta uma dimensão negativa e uma dimensão positiva.

Significa assim e desde logo o direito a não se ser morto. Associado ao direito a não se ser privado da vida encontra-se ainda o direito à proteção e ao auxílio em caso de grave necessidade que ponha em perigo a vida. O bem jurídico vida humana é pois e em regra indisponível para terceiros, impondo-se contra todos, perante o Estado e perante os outros indivíduos. Jurídico-constitucionalmente não existe, portanto, um direito ou dever de matar.

³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), pp. 250 e 251.

A Professora Maria Celeste acrescenta que o direito à vida constitucionalmente, não é um direito sobre a vida. Constitui-se “direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. O direito à vida, no âmbito privatístico, confere o direito de personalidade as características de indisponibilidade e não interferência de terceiros.”³⁸

No direito brasileiro, esse direito é tratado de duas formas distintas: é considerado tanto como um direito fundamental como um direito da personalidade. Os direitos fundamentais são aqueles eleitos por uma determinada sociedade como valores essenciais para aquele país. Eles são, geralmente, previstos nas constituições nacionais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º *caput*, inseriu o direito à vida no rol dos direitos fundamentais. Ele inclui tanto o direito de continuar vivo como o direito de ter uma vida digna. Em razão do primeiro desdobramento (direito de não se ver privado da vida de modo artificial), é proibida a pena de morte em tempo de paz. Já em decorrência do direito à vida digna, deve ser garantido o mínimo para a subsistência do cidadão, colocando-o a salvo de qualquer tratamento degradante.

Os direitos da personalidade são “aqueles indispensáveis ao pleno desenvolvimento das virtudes biopsíquicas da pessoa.”³⁹ Ou seja, são aqueles direitos cuja figura central deve “ser a defesa da pessoa humana como tal”.⁴⁰ Possuem um aspecto protetivo e um aspecto promocional da pessoa. Por isso, pode-se falar que são direitos existenciais. A vida é um desses direitos, já que sem ela não há de se falar em pessoa. O Código Civil atual possui um capítulo específico sobre os direitos da personalidade. Esses direitos são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitação voluntária (art. 11 do CCB). O direito da personalidade à vida foi previsto no art. 15, o qual enunciou que “ninguém será obrigado a se submeter com risco de morte a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

³⁸ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 36

³⁹ JABUR, Gilberto Haddad. Breve leitura dos Direitos da Personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e a sua interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2004. p. 402.

⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte-MG: Associação Mineira do Ministério Público/ Magister, v. 22, 2009. p.26.

Além disso, a vida também é tutelada como bem jurídico penal. O Código Penal pune o homicídio com pena de reclusão de seis a vinte anos (art. 121). Em se tratando de paciente terminal, deve-se trabalhar com o conceito de ortotanásia. O juiz federal Roberto Luis Luchi Demo entende que:

(...) a ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia, os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família.⁴¹

A ortotanásia seria, portanto, o óbito natural ocorrido pela suspensão dos tratamentos extraordinários ou fúteis após recusa do paciente a se submeter a eles. A partir de todo o exposto, indaga-se: no direito brasileiro é possível que o titular do direito à vida disponha dela, por meio de um documento, em caso de terminalidade?

O direito à vida assume ainda um conteúdo positivo que se traduz no direito à sobrevivência *i.e.*, no direito a dispor das condições de subsistência mínimas.

Quanto ao problema de saber se este direito implica um dever de viver tende a entender-se que não. Com efeito, e como refere TERESA PIZARRO ainda “ninguém demonstrou que o dever constitucional de proteção da vida se imponha ao próprio titular”. O bem jurídico vida é disponível para o próprio titular situando-se o suicídio consciente e livre num espaço vazio de direito, pelo que não configura um ato ilícito.

No entanto e como salienta aquela Autora, a “circunstância de o suicídio não ser um acto ilícito está muito longe de permitir concluir que se traduza num direito”, constatando-se apenas “uma ‘tolerância’ da ordem jurídica relativamente ao suicídio *desde que efectuado sem intervenções alheias que contribuam para a sua promoção*”.⁴² Se essas intervenções existirem estaremos perante o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio, pelo que o direito à vida não abrange no seu conteúdo o direito a exigir a provocação da morte por parte de outrem.

⁴¹ DISTRITO FEDERAL. *Processo n. 2007.34.00.014809-3*, Brasília, 23 out. 2007. Disponível em: http://www.df.trf1.gov.br/inteiro_teor/doc_inteiro_teor/14vara/2007.34.00.014809-3_decisao_23-10.2007.

⁴² BELEZA, Teresa Pizarro (1983), *Direito Penal*, vol. 2, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 295.

A única questão que se coloca na matéria é a de saber se existe um dever de socorro ou de auxílio do médico. Como referimos parte da Doutrina defende manter-se a posição de garante do médico não obstante as diretivas antecipadas de vontade indicarem no sentido de que o paciente se consciente e capaz recusaria o tratamento, enquanto outra parte da Doutrina considera que essa posição de garante cessa por o paciente haver recusado, livre e conscientemente, naquelas diretivas, o tratamento.

Como também dissemos o problema que aqui se coloca e que é insolúvel é o das consequências a atribuir à falta de atualidade do consentimento. Como também referimos não existe uma hierarquia entre os direitos constitucionalmente consagrados que permita dar uma prevalência automática ao respeito pelo direito à vida com sacrifício integral do conteúdo do direito que a seguir consideraremos: o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde.

O reconhecimento deste direito de última geração constitui uma das mais importantes dimensões da proteção da integridade pessoal e da liberdade do indivíduo, na medida em que através do seu exercício este consente ou recusa a prestação de cuidados de saúde que lhe é proposta pelo médico. Ao afastar a possibilidade de qualquer tratamento coercivo o exercício deste direito à livre determinação da pessoa sobre o seu corpo assegura a proteção do bem jurídico liberdade de “dispor do corpo e da própria vida”.⁴³ A defesa desta liberdade pessoal implica, portanto, que um tratamento ainda que seja medicamente indicado, seja qualificado como uma agressão ilícita se a pessoa nele não consentir.

A recusa pelo tratamento concreto não deve ser interpretada pelo pessoal de saúde como uma recusa de prestação de outros cuidados. Com efeito, o paciente em estado terminal é também titular do direito a receber cuidados apropriados ao seu estado de saúde.

O traço mais importante do testamento vital é o consentimento do paciente. Para o direito privado, o consentimento sempre se ligou ao conceito de capacidade civil. A capacidade se divide em capacidade de direito (aptidão de se adquirir direitos) e a capacidade de fato (possibilidade do titular exercer por si mesmo tais direitos). A primeira é

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo (1973), “ O Problema da Ortotanásia: Introdução à sua Consideração Jurídica” in *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teológico-Morais e Jurídicos*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, p. 33.

inerente a todas as pessoas e a segunda pode ser restringida pelo ordenamento jurídico.⁴⁴ Essa restrição é feita pelos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Tal sistema foi criado para:

*“(...) atribuir segurança jurídica às relações de caráter patrimonial. Assim, as pessoas que não tinham discernimento – menores de 18 anos e maiores com problemas psicofísicos que impeçam o autogoverno – precisam de uma terceira pessoa que os represente ou assista, de modo a garantir que o conteúdo do que foi pactuado seja cumprido”.*⁴⁵

Tratando-se de relações patrimoniais, não se discute a aplicação desse sistema. Todavia, nas relações existenciais tal regime jurídico não se mostra tão adequado. Isso porque em tais relações não se busca a proteção dos bens patrimoniais, mas sim o desenvolvimento da pessoa e, nesse processo, o indivíduo é o protagonista de sua formação.

A bioética, disciplina que aborda aspectos éticos na atuação de profissionais de saúde e da Biologia e os reflexos dessa atuação na sociedade, trabalha não com a noção de capacidade civil, mas sim com a noção de discernimento.⁴⁶ O requisito de validade do consentimento, em qualquer atividade que envolva bioética; desde a transfusão de sangue, pesquisa com seres humanos até a suspensão de tratamentos extraordinários, não seria a capacidade civil. O que deve ser levado em consideração é se no momento em que foi manifestada a vontade do paciente, ele tinha condições de apreender as informações, compreender sua situação e escolher de forma consciente se submeter à prática bioética oferecida. Não importaria, portanto, se é um adolescente, um usuário de entorpecentes ou uma pessoa interdita. O que importa é se essa pessoa é capaz de entender sua situação e optar pelo tratamento que deseja que seja realizado. Sua aferição se daria no caso concreto.

Para garantir que as escolhas realmente traduzam a vontade do indivíduo, esse consentimento deve ser livre e esclarecido. Para tanto, os profissionais de saúde devem transmitir ao paciente, em linguagem que ele entenda, os dados de sua atual situação, os

⁴⁴ - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Volume 1 – introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2009. p. 225-226

⁴⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima de. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 79.

tratamentos disponíveis com explicitação dos benefícios, riscos, tempo de duração e possíveis efeitos colaterais. O médico deve ser claro e imparcial, além de esclarecer todas as eventuais dúvidas do paciente.⁴⁷

O direito ao esclarecimento está inserido dentro do contexto dialogal da relação médico-paciente já tratada neste trabalho, e também deve se traduzir no direito de não saber, ou seja, quando o paciente se recusa a conhecer o seu estado de saúde. A adoção desse novo modelo de relação médico-paciente pode ser visualizada no Código de Ética Médica atual. Nele consta a obrigação do médico de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir sobre sua pessoa ou seu bem-estar e de esclarecê-lo, antes de obter o seu consentimento, ressalvado no caso de risco de morte (art. 22 e 24). Esse consentimento tem que ser prévio. Isso significa que este deve ser dado antes de o paciente se tornar incapaz de decidir por si próprio e não antes de ser diagnosticado como paciente terminal. A priori, ele poderia ser elaborado tanto por uma pessoa saudável, que quisesse resguardar sua vontade, como por uma pessoa já diagnosticada como paciente terminal, que tivesse discernimento.

Todavia, conforme já explicitado, a questão central deste debate é atualidade do consentimento.

4. A VALIDADE DA DECLARAÇÃO.

Não obstante a inexistência de norma específica acerca da declaração prévia de vontade do paciente terminal no Brasil 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.

Os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) e da Autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III) são arcabouços suficientes para a defesa da declaração prévia de vontade do paciente terminal, vez que o objetivo deste instrumento é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de terminalidade da vida. Isto porque, a declaração prévia de vontade do paciente terminal é expressão de

⁴⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey: 2009. p. 6.

⁴⁷ - NAVES, REZENDE, 2007, p. 101.

autonomia do sujeito, garantidor da dignidade deste, pois ao garantir ao indivíduo o direito de decidir sobre os tratamentos a que deseja ser submetido caso se torne um paciente terminal, preserva sua vontade e evita que ele seja submetido ao esforço terapêutico – prática médica que visa manter a vida mesmo que não haja condição de reversibilidade da doença – que é considerado pela presente pesquisa um tratamento desumano, já que está comprovado que este esforço não causará nenhuma vantagem objetiva ao paciente, vez que não impedirá a morte deste.

O artigo 15 do Código Civil preceitua que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica e, este artigo deve ser lido à luz da Constituição. Assim, a declaração prévia de vontade do paciente terminal é instrumento garantidor deste dispositivo legal, vez que evita o constrangimento do paciente ser submetido a tratamentos médicos fúteis, que apenas potencializam o risco de vida, e os procedimentos médico-hospitalares sempre representam risco.

No Estado de São Paulo há a Lei nº 10.241/99, popularmente conhecida como “Lei Mário Covas”, por ter sido promulgada pelo então governador Mário Covas, que dispõe sobre os direitos dos usuários de serviços e das ações de saúde. O inciso XXIII do artigo 2º desta lei assegura aos usuários do serviço de saúde do Estado de São Paulo o direito a recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. Apesar de ser legislação estadual, representa grande avanço no respeito aos direitos dos pacientes terminais, vez que conferem a eles o poder de decisão sobre seus tratamentos.

Todavia, esta disposição não terá efeito quando o paciente estiver inconsciente, pois, nesta situação estará impossibilitado de manifestar sua vontade. Por esta razão, é necessária a feitura de uma declaração prévia de vontade do paciente terminal, a fim de que a vontade do indivíduo seja respeitada mesmo quando este estiver impossibilitado de manifestá-la em determinado momento. Ressaltamos a discussão existente quanto a atualidade do consentimento.

Não obstante tais disposições há que ressaltar a Resolução 1995/2012, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, que coloca o paciente, parente e médico no palco das decisões. Embora não tenha força de lei, encontra respaldo no sistema jurídico. A resolução, ao tempo em que dá mais conforto para o médico agir, possibilita a ele estabelecer com o doente os limites terapêuticos. Define as diretivas como o conjunto de

desejos, prévia e expressamente manifestados pela pessoa, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente sua vontade. Acentua que o médico deve registrá-las no prontuário quando lhes forem comunicadas diretamente pelo paciente e dispõe que prevalecerão sobre qualquer parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares e terceiros acatando-as, porém, desde que de acordo com os ditames do Código de Ética Médica.

Inexistindo determinações do paciente, na falta de familiares ou de consenso entre eles e nem havendo representante designado pelo doente para falar em seu nome, se surgirem conflitos éticos o médico, caso entender necessário e conveniente, recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição onde estiver atendendo o enfermo ou à Comissão de Ética Médica do hospital ou, então, ao Conselho Regional e Federal de Medicina.

5. CONCLUSÃO.

Constatou-se aqui, que a declaração prévia de vontade do paciente terminal é ainda tema pouco debatido no Brasil, a despeito da importância cada vez maior deste instituto como garantidor da autonomia privada do paciente terminal. O paciente terminal é sujeito de direito no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, deverá ter sua autonomia privada respeitada, a fim de que se garanta a coexistência dos projetos individuais de vida, conforme preceitua o modelo democrático adotado pela Constituição da República de 1988.

É nesse contexto que a declaração prévia de vontade do paciente terminal faz sentido, ou seja, é a partir da verificação da necessidade de se efetivar o respeito à autonomia privada do paciente terminal que esta declaração desponta como instrumento válido no ordenamento jurídico brasileiro, amparada pelos fundamentos éticos que regem a ciência médica – da qual não se pode olvidar –, tendo em vista as implicações da validade da declaração prévia de vontade do paciente terminal na prática diária dos médicos que lidam com situações de terminalidade da vida.

Concluiu-se que a declaração prévia de vontade do paciente terminal é válida no Brasil, mesmo com a inexistência de legislação específica, a partir de uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico pátrio, com ressaltos referente ao momento da declaração. Entretanto, há que se observar e, quanto a isso há necessidade de

regulamentação, os requisitos formais e materiais que hão de compor essa declaração, a fim de evitar controvérsias futuras.

Desde 1988, o direito brasileiro passou a enfatizar as questões de caráter existencial. Contudo, a mudança é relativamente recente e estamos ainda no início do processo de enraizamento dessa cultura. Velhos institutos são relidos, à luz do prisma da valorização da personalidade, e outros são trazidos de direitos alienígenas, para suprir a ausência de instrumentos próprios em nosso direito pátrio. Entretanto, a utilização desses institutos deve ser feita com cautela, sendo necessária uma adaptação para que não gere distorções no sistema jurídico.

Em suma, percebe-se que as discussões sobre a legitimidade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro devem ocorrer de modo mais efetivo, pois, se para muitas perguntas este trabalho ainda não encontrou respostas, da realidade não se pode fugir: o avanço da medicina provocou o prolongamento da vida humana por meios artificiais e, a maneira com que cada indivíduo encara tal fato deve ser levada em consideração pelo operador do direito, a fim de que se verifique, frente ao caso concreto, o conceito de vida digna.

É chegada a hora de sonhar com uma nova época capaz de oferecer uma educação verdadeiramente inter e transdisciplinar, ecológica, sistêmica, que leve em conta as diferentes relações presentes no processo de construção do conhecimento e a importância da intuição, da imaginação, da sensibilidade e do corpo nos processos de construção do conhecimento. Como instrumento para atualização do passado e repositórios fluxos vitais que nos impulsionam em direção ao futuro. Buscar o bom e o melhor para a humanidade, nos preparar para a velhice desde o nascimento e encarar a morte como mais uma das etapas da vida.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABIVEN, M., CHARDOT, C., e FRESCO, R. (2000), *Euthanasie, Alternatives et Controverses*, Paris: Presses de la Renaissance

ANDRADE, Manuel da Costa (2004), “Consentimento em Direito Penal – O Consentimento Presumido”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.ºs 1 e 2 (Janeiro-Junho de 2004), Coimbra.

ANDRUET, Armando. Breve exégesis del llamado "Testamento Vital". *In: DS : Derecho y salud*, Vol. 10, Nº. 2, 2002, p. 183-196.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. *In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.155-178.

_____. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte-MG: Associação Mineira do Ministério Público/ Magister, v. 22, 2009.

BELEZA, Teresa Pizarro (1983), *Direito Penal*, vol. 2, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

BLANCO, Jaime Zabala. Autonomía e Instrucciones Previas: um análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español. Disponível em: <http://www.tesisenred.net/TDX/TDR_UC/TESIS/AVAILABLE/TDR-0123108-125532//TesisJZB.pdf>

DIAS, Jorge de Figueiredo (1973), “O Problema da Ortotanásia: Introdução à sua Consideração Jurídica” *in As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teológico-Morais e Jurídicos*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária. *In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 56.

GONÇALVES, Ferraz (1999), “Cuidados Paliativos e os Princípios da Bioética”, *Cadernos de Bio-Ética*, n.º 19, Abril de 1999, Coimbra: Edição do Centro de Estudos de Bio-Ética.

GRUBB, Andrew (1997), “The Persistent Vegetative State: A Duty (Not) to Treat and Conscientious Objection”, *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997.

HENDIN, Herbert (1998), *Seduced by Death, Doctors, Patients, and Assisted Suicide*, 2.^a ed. rev., London: W W Norton & Company.

KENIS, Yvon (2003), “Procuração com Poderes em Matéria de Saúde” in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget

KOCH, Hans-Georg, BERNAT, Erwin, e MEISEL, Alain (1997), “Self-Determination, Privacy, and the Right to Die. A Comparative Law Analysis (Germany, United States of America, Japan)”, *European Journal of Health Law*, vol. 4, Junho de 1997.

JABUR, Gilberto Haddad. Breve leitura dos Direitos da Personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e a sua interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2004.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (1994), “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crônico”, *Cadernos de Bioética*, n.º 8, Dezembro de 1994, Coimbra: Edição do Centro de Estudos de Bio-Ética.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; RESENDE, Danúbia Ferreira Coelho de.. A Autonomia Privada do paciente em estado terminal. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: Atualidades*.

NUNES, Rui (1996), “Humanização na Doença Terminal”, in *Comissões de Ética: Das Bases Teóricas à Actividade Quotidiana*, Ponta Delgada: Centro de Estudos de Bioética, e GAFO, Javier (1999), *Eutanasia y Ayuda al Suicidio, ‘Mis Recuerdos de Ramón Sampedro’*, Bilbao: Desclée de Brouwer

PENALVA, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Volume 1 – introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2009.

PESSINI, L. *Distanásia*. Até quando prolongar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2001.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007. p. 5.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

SOUSA, Rabidranath V. A. Capelo de (1995), *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima de. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey: 2007.

URIONABARRENETXEA, K. Martinez. Reflexiones sobre el testamento vital (I). *In: Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria*, ISSN 0212-6567, Vol. 31, Nº. 1, 2003, pags. 52-54.