

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

ANA CAROLINA CARDOSO DA MOTA

**TESTAMENTO VITAL: JURIDICIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO SOB
UMA CONCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA**

**ARACAJU
2016**

ANA CAROLINA CARDOSO DA MOTA

**TESTAMENTO VITAL: JURIDICIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO SOB
UMA CONCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe - FANESE
como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Carlos Santos

**ARACAJU
2016**

ANA CAROLINA CARDOSO DA MOTA

**TESTAMENTO VITAL: JURIDICIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO SOB
UMA CONCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA.**

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos
para obtenção de grau de Bacharel em Direito à
Comissão julgadora da Faculdade de Administração
e Negócios de Sergipe-FANESE.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Carlos dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Ma. Daniela Ramos Lima Barreto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. José Maximino dos Santos Filho
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais, Airton e Elna, por todo amor e dedicação dispensados a mim, por estarem sempre por perto, me apoiando e me incentivando.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo divino sopro da vida, afinal sem Ele em minha vida, eu nada seria;

Aos meus pais pelo amor incondicional, por toda a luta travada para aplaudir de pé o dia tão sonhado da formatura da filha mais velha em Direito, pensando eles que os aplausos serão para mim, mero engano, os aplausos serão todos para eles e por eles.

À família maravilhosa na qual cresci, em especial à minha vizinha linda, sempre tão preocupada e toda orgulhosa dessa neta! Agradeço também aos meus tios Elvis e Eline, afinal, a força de vocês foi fundamental.

Aos meus irmãos por todas as vezes que os meus pedidos de abaixar o volume dos jogos online foram atendidos, obrigada!

Ao meu noivo, pelo apoio, paciência e dedicação de sempre, nesses 6 anos e meio, sempre me incentivando e me ajudando a crescer.

Aos profissionais com os quais tive o prazer de trabalhar no escritório de advocacia Siqueira Pinto Advogados, em especial Dr. Rodolfo Siqueira, Dr. Linus Ornelas e também do escritório de advocacia Santos e Santana, em especial Dr. William Leal (chefeinho).

Aos amigos e colegas de curso, pelo apoio incondicional para que essa conquista fosse possível, em especial a André Ricardo e Ellen Cláudia, pois com a ajuda de vocês essa caminhada tornou-se mais suave. Verdadeiros anjos que Deus colocou em meu caminho.

E, por fim, aos mestres com os quais tive o prazer de aprender nessa longa caminhada, em especial, ao meu orientador, o professor querido José Carlos Santos, o qual fora fundamental para a concretização do presente estudo. Muito obrigada!

TESTAMENTO DO HOMEM SENSATO

Quando eu morrer, não faças disparates
nem fiques a pensar: Ele era assim...
Mas senta-te num banco de jardim,
calmamente comendo chocolates.

Aceita o que te deixo, o quase nada
destas palavras que te digo aqui:
Foi mais que longa a vida que eu vivi,
para ser em lembranças prolongada.

Porém, se um dia, só, na tarde em queda,
surgir uma lembrança desgarrada,
ave que nasce e em voo se arremeda,

Deixa-a pousar em teu silêncio, leve
como se apenas fosse imaginada,
como uma luz, mais que distante, breve.

Carlos Pena Filho

RESUMO

O presente trabalho irá tratar do instituto do testamento vital, o qual recebe várias denominações, dentre elas, testamento biológico, testamento em vida, diretivas antecipadas de vontade, entre outras, sendo esta última denominação a terminologia mais correta a ser utilizada, posto que, o instituto nada mais é que um documento formal, em que o testador expressa sua vontade ante a impossibilidade de fazê-lo posteriormente, acerca dos procedimentos a serem adotados ou não, numa situação de doença terminal ou incurável. Em que pese este tema já ter sido discutido nos tempos de outrora pelo povo hebraico, pelo menos no que diz respeito ao cerne do assunto, ganhou destaque após a 2ª Guerra Mundial, sendo a partir daí tutelado no ordenamento jurídico de vários países, a saber: Estados Unidos, Espanha, Portugal dentre outros, contudo, no Brasil é um tema recente e que não possui legislação específica, embora tenha sido instituída a Resolução Federal de Medicina nº 1.995/2012 que trata das diretivas antecipadas de vontade, não possui o ordenamento jurídico brasileiro lei, nem sequer projeto de lei, a fim de disciplinar tal instituto e pôr fim a celeuma da obrigatoriedade ou não da vinculação do médico e dos familiares do doente. O ato de acatar as diretivas antecipadas de vontade do doente terminal ou que possua doença incurável, encontra respaldo jurídico na Constituição Federal, nos arts. 1º, III, 5º, *caput* e III que tratam dos princípios constitucionais da Autonomia Privada, Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, além do direito à vida também elencado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Ademais, existem teses doutrinárias com fundamentação ética ligadas à religiosidade e aos Direitos Humanos que dão fundamentação jurídica ao instituto do Testamento Vital.

Palavras-chave: Testamento Vital. Brasil. Resolução Federal de Medicina nº 1.995/2012. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

This paper will deal with the living will institute, which receives various denominations, among them, living wills, living wills, advance directives of will, the latter name is the correct terminology to be used, since the institute nothing it is a formal document in which the testator expresses his will at the inability to do so later, about the procedures to be adopted or not a terminal or incurable disease situation. In spite of this topic has been discussed in former times by the Jewish people, at least in regard to heart of the matter, he came to prominence after the 2nd World War, and from there tutored in the legal system of many countries, namely: United States, Spain, Portugal and others, yet in Brazil is a recent and no legislation specific theme, although it has been established the Federal Resolution Medical Nº 1.995 / 2012 dealing with advance directives of will, it does not have in order Brazilian legal law, not even draft law to legalize and put an end to doubt the mandatory linking of medical and family of the patient. The act to abide by the advance directives of the terminally ill will or has an incurable disease, is legal support in the Federal Constitution in arts.1º, III, 5º, caput and III dealing with the constitutional principles of private autonomy, Human Dignity and Freedom, and the right to life also part listed in the art caput, 5º of the Federal Constitution, in addition there are doctrinal theses ethical reasons related to religion and human rights which give legal basis to the Living Will institute.

Keywords: Living Will. Brazil. Federal Resolution Medical Nº 1.995 / 2012. Constitutional principles.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	09
2.	A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NOS ORDENAMENTO JURÍDICOS.....	11
2.1	O que são, e para que servem os princípios jurídicos.....	12
2.2	Princípios Constitucionais na Constituição de 1988.....	14
2.3	Princípios Constitucionais intrinsecamente ligados ao tema...	21
2.3.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	23
2.3.2	Princípio da Autonomia Privada.....	27
2.3.3	Princípio da Liberdade.....	28
2.4	Princípios no Direito Civil Pátrio.....	29
2.4.1	Princípio da Eticidade.....	30
2.4.2	Princípio da Sociabilidade.....	30
2.4.3	Princípio da Operabilidade.....	31
3.	DIREITO SUCESSÓRIO.....	32
3.1	Do conceito de Direito Sucessório.....	32
3.2	Do conceito de Herança.....	33
3.3	Do Testamento: generalidades.....	35
4.	TESTAMENTO VITAL.....	36
4.1	Uma abordagem conceitual.....	37
4.2	Testamento Vital: efetividade	40
4.3	Testamento Vital: experiências estrangeiras.....	42
5.	TESTAMENTO VITAL NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	47
5.1	Sobre o direito de morrer.....	47
5.2	Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012: uma abordagem jurídica.....	51
5.3	Testamento Vital: uma discussão entre doutrinadores pátrios.....	52

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	57

1. INTRODUÇÃO

A discussão jurídica sobre o que representa e quais as repercussões jurídico-civil do Testamento Vital ou respeito à última vontade do *de cujus* no Brasil, constitui-se uma inovação entre juristas e profissionais do Direito, desencadeada pela Resolução n.º 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina Brasileiro, cujo teor permite ao paciente registrar seu testamento vital na ficha médica ou no prontuário.

Certo é que, os princípios jurídicos dão força e efetividade às legislações nas quais são recepcionados. Nesse sentido, urge rememorar os princípios que albergam o direito constitucional brasileiro, cotejando-os com os princípios que revestem o direito civil e especialmente àqueles objetivamente relacionados ao direito sucessório.

Os defensores da referida resolução afirmam que seu mérito repousa no significativo avanço em sede de direito sucessório, na medida que esta vincula o médico à vontade do paciente. Análises preliminares sobre as repercussões da retro referida resolução, dão conta que o Judiciário pátrio a princípio conferiu e reconheceu a constitucionalidade de seu conteúdo, ainda que legislação específica não tenha sido produzida pelo legislativo nacional.

Urge destacar que, no Brasil não existe legislação específica sobre o tema e nenhuma determinação legal para formalização do testamento vital.

Em meio as discussões acima delineadas, emerge o presente estudo monográfico sob o tema “TESTAMENTO VITAL: JURIDICIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS”, trazendo como objetivo geral: a) Identificar as repercussões jurídico-civil da resolução n.º 1995/2012 no cenário jurídico brasileiro a partir dos princípios jurídicos adotados na legislação pátria; e especificamente: a) apresentar a importância dos princípios; b) identificar os princípios norteadores do instituto do Testamento Vital; c) apresentar as principais características e normas de procedimentos para o cumprimento do referido instituto; d) apresentar como o instituto se efetiva em outros países, especificamente Portugal, França, Inglaterra e Estados Unidos; e) apresentar as discussões entre os doutrinadores pátrios.

Justifica-se a realização do estudo em razão de reconhecer o aspecto inovador que a temática encerra, mesmo porque, seu uso, já se encontra efetivado e disseminado em legislações estrangeiras, sendo que, na seara brasileira, a temática sequer apresenta discussões legislativas de largo fôlego, de modo a promover as alterações e modificações que a aplicação da já mencionada Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1995/2012 requer, sempre que se fizer uso de seus ditames.

A metodologia de pesquisa adotada tem como base uma pesquisa qualitativa, respaldada numa compreensão jurídico-sociológica dos princípios constitucionais implícitos e explícitos na Constituição Federal Brasileira com a intenção de encontrar respostas acerca da juridicidade do testamento vital, pautada na pesquisa bibliográfica, valendo-se dos bancos de dados indexados em meio eletrônico, bem como a legislação pertinente e ou correlata, e a literatura técnica aplicável a espécie.

2. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Antes de adentrarmos na temática deste tópico, impõe lembrar que, no Brasil, adota-se a estrutura piramidal do ordenamento jurídico, onde a Constituição Federal representa a lei maior, devendo ser observada a norma constitucional vigente na interpretação das demais.

Necessário se faz a reafirmação de que, os que estudam esta ciência humana estão em contato com uma área do conhecimento que se caracteriza por evoluir e modificar-se de modo a sempre atender as demandas de seu tempo. Nesse sentido, adaptar-se às mudanças da sociedade é da essência do Direito, pois, ao mediar as relações entre os homens, aplicando normas de conduta para um bem-estar social, as legislações produzidas pelo saber jurídico, tem seu foco, dirimir disputas e pôr em equilíbrio, eventuais divergências surgidas entre indivíduos socialmente considerados.

Rememorando as lições de Bedaque (2010, p.11), “O Direito é, pois, um fenômeno humano e social”. Continua o mesmo doutrinador acrescentando que:

A vida em sociedade implica, necessariamente, a existência de relações entre seus membros. As pessoas mantêm umas com as outras relacionamentos de várias espécies e de natureza diversa. Imagine-se o leitor no seio de sua família, no âmbito de seus negócios ou da atividade profissional que exerce. Pense no convívio com seu grupo de amigos e com os adeptos de sua religião. Lembre-se dos inúmeros tributos exigidos pelo ente que, em contrapartida, deveria proporcionar-lhe segurança, saúde, educação, transporte, etc. Algumas dessas inúmeras relações mantidas entre os integrantes de determinada sociedade organizada são objeto de regulamentação pelo Estado, que edita normas de conduta, cuja observância é imposta a todos. Essas regras de comportamento compõem o ordenamento jurídico do país.

Resta claro, que o universo eminentemente mutável das ciências jurídicas, haja visto que a evolução destas, está umbilicalmente associada às mudanças e reclames sociais que ao final, necessitam do crivo jurídico e jurisdicional, para efetivamente pôr fim e solucionar a situação fática com as peculiaridades que lhes são apresentadas.

Em meio a essa exposição, também merece destaque o fato de que a espinha dorsal dos ordenamentos jurídicos no mundo e também no Brasil, é construída levando-se em consideração um conjunto de princípios, os quais, além de serem fontes do Direito, devem ser observados pela ordem jurídica nos casos concretos, principalmente nos casos em que não há legislação específica, servindo de base para fundamentação de discussões, processos e sentenças.

Cumprе ressaltar que, a partir da 2ª metade do século XX, surge a noção do pós-positivismo eclodindo no Constitucionalismo Moderno ou Neoconstitucionalismo, objetivando uma releitura do direito, de modo a observar a moral, imprimir normatividade aos princípios, princípios estes, alicerçados no princípio maior, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a interpretação das leis e sua aplicação ao caso completo, exige dos operadores do direito, a observância dos princípios constitucionais gerais e os específicos de forma a produzir julgados em sintonia com as determinantes constitucionais.

Assim, dentre os princípios constitucionais com repercussões em todas as áreas do Direito, merecem destaque, em especial ao tema ora estudado, os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade.

2.1 O que são e para que servem os princípios jurídicos

Etimologicamente, segundo o conceito trazido no Dicionário Houaiss da língua portuguesa, o vocábulo princípio significa o início de algo, o que vem antes, a causa, o começo e também um conjunto de leis, definições ou preceitos utilizados para nortear o ser humano. É uma verdade universal, aquilo que o homem acredita como um dos seus valores mais inegociáveis.

Princípio deriva do latim na palavra *principium* e significa, conforme assinalado acima, o começo de tudo, a nascente, aquilo que vem antes de tudo, *La Norma Primaria*.

No contexto jurídico, essa lógica se presta a qualquer dos ramos jurídicos, os princípios funcionam como as linhas mestras, a lógica maior e

primeira capaz de nortear análises, julgados e a interpretações juridicamente corretas face ao caso concreto que eventualmente se lhes apresente.

À luz dos ensinamentos de Reale (2002, p.116), que ao se manifestar sobre o que representam os princípios gerais de direito no ordenamento pátrio, expõe que:

Os princípios gerais de Direito não são preceitos de ordem moral ou econômica, mas sim esquemas que se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desse modo, em elementos componentes do Direito. Os princípios se inserem em nosso ordenamento jurídico através do processo legislativo, mas também com frequência através da atividade jurisdicional e na formação dos precedentes judiciais, bem como através dos usos e costumes e da prática dos atos negociais.

Ecoa como ideia a nortear a compreensão jurídico-conceitual sobre os princípios, o fato destes, operarem como linhas mestras capazes de ilustrar e iluminar a atuação de operadores do Direito, juízes e a todos àqueles que se propuserem a entender o processo de elaboração de leis, e aos mecanismos que conferirão efetividade àquela por meio de sua aplicação ao caso concreto.

Parafraseando os estudos de Castro (2011, p.3) que ao interpretar a função dos princípios nos ordenamentos jurídicos, informa que:

Os princípios serão o último elo a que o intérprete irá se socorrer para a solução do caso que lhe foi apresentado. São, portanto, os princípios especiais fontes secundárias para aplicação da norma jurídica, sendo fundamentais na elaboração das leis e na aplicação do direito, preenchendo lacunas da lei.

Aqui, a função de preenchimento lacunar desenvolvida pelos princípios, se apresenta como crucial ao processo de elaboração das leis, sua interpretação e realização do direito.

É da lavra de Neves (2012, p.77) que:

[...] os princípios são ferramentas que abrem e enriquecem a cadeia argumentativa, e envolvem argumentos fundamentalmente substantivos, referentes à adequação social do Direito. Eles têm um caráter reflexivo em relação às regras.

A importância dos princípios em Direito, repousa na possibilidade de adequação do que está posto na lei, ao que o caso concretamente apresenta; e qual alternativa, qual resposta jurídica poderá ser efetivada para realização da mais lúdima justiça (dirimir controvérsias e contribuir para a harmonia social e da ordem estabelecida).

Ao estudar de maneira mais aprofundada o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, constante no art.1.º da Constituição Federal de 1988, Awad (2012, p.111), realiza breve alusão sobre a importância dos princípios para o Direito Constitucional pátrio, acrescentando que:

[...] a revolução hermenêutica, surge a supremacia principiológica dos conteúdos constitucionais sobre os conteúdos legislativos ordinários da velha dogmática e, ao mesmo tempo, representam a ascensão da legitimidade material, que diminui o formalismo positivista e legalista do passado, peculiar à dogmática do século XIX.

Em suma, os princípios funcionam em termos práticos, como limite de atuação do jurista e instrumento basilar para o momento da interpretação, limitando a vontade subjetiva aplicador do direito.

Na sequência, serão apresentados os princípios gerais de matriz constitucionais constantes na Constituição brasileira.

2.2 Princípios Constitucionais na Constituição de 1988

Nas palavras de José Afonso da Silva (1998, p.36), “ o Direito Constitucional, pertence ao setor do Direito Público e, ainda, distingue-se dos demais ramos do Direito Público pela natureza específica de seu objeto e pelos princípios peculiares que os informam.”

É certo que, o Direito Constitucional, é Direito Público Fundamental, por referir-se diretamente à organização e ao funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.

Para aprofundar os estudos sobre os princípios que são inerentes ao Direito Constitucional brasileiro, importa destacar o conceito de Constituição, fundamental para compreensão de sua importância e extensão.

Mas uma vez, recorremos as lições de Silva (2014, p.40), ao conceituar Constituição como:

A palavra Constituição é empregada com vários significados, tais como: (a) “Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a constituição do universo, a constituição de corpos sólidos”; (b) “Temperamento, compleição do corpo humano: uma constituição psicológica explosiva, uma constituição robusta”; (c) “Organização, formação: a constituição de uma assembleia, a constituição de uma comissão”; (d) “O ato de estabelecer juridicamente: constituição do dote, de renda, de uma sociedade anônima”; (e) “Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a constituição de uma propriedade”; f) “A Lei fundamental de um Estado”.

Nos termos que esse estudo encerra, a Constituição refere-se a lei maior de uma país, onde se encontram elencados os regramentos essenciais: um sistema de regras jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição como um conjunto de normas que organiza os elementos constituintes do Estado.

Importa ressaltar que, as Constituições são classificadas por sua forma (o fato de possuir um conjunto de normas escritas ou costumeiras); por seu conteúdo (a conduta humana motivada pelas relações sociais, econômicas, políticas, religiosas, etc.); por sua finalidade (a realização dos valores que apontem para o existir da comunidade); entre outras.

O contexto da Constituição de 1988, indica a opção do legislador constitucional de que o Brasil é uma República soberana, guardiã dos direitos elementares dos nacionais e estrangeiros que aqui residam. Assim, os artigos 1º ao 4º, trazem em seu bojo os princípios constitucionais fundamentais vigorantes.

Em seu artigo 1ª, a Constituição informa que “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: a) soberania; b) cidadania; c) a dignidade da pessoa humana; d) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e) o pluralismo político”; ressaltando em seu parágrafo único que todo o poder emana do povo, que o

exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Numa interpretação detalhada sobre o elenco de princípios constantes do artigo primeiro da Carta Magna de 1988, é possível identificar:

a) a natureza federativa da República brasileira (princípios federativo e republicano);

b) a opção pelo Estado Democrático de Direito e por extensão, a primazia e respeito às leis, e os fundamentos da soberania (respeito ao poder supremo da nação e governo nacionais), da cidadania (com estreitas ligações com o princípio do Estado de Direito), da dignidade da pessoa humana (sendo o indivíduo enquanto ser social, o principal beneficiário das leis e ações do Estado), o valor social do trabalho (reconhecidamente instrumento de realização pessoal e social dos cidadãos brasileiros);

c) o pluralismo político (como desdobramento e representante da diversidade sócio-política presente na realidade nacional).

À guisa dos princípios jurídico-constitucionais acima destacados, os quais servem de lastro ao trabalho hermenêutico desenvolvido e ao julgamento e dicção do direito subjetivos, são, por assim dizer, os princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de normas constitucionais, desdobrando-se em outros princípios como: o princípio da supremacia da Constituição Federal, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, dentre outros; que se explicita a seguir.

O Princípio da legalidade, decorre de um princípio latino, segundo o qual, não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina; e sua aceitação se estende em diversos outros dispositivos constitucionais, no código penal entre outros documentos.

A exteriorização do referido princípio, pode ser reconhecido no contexto e realidade nos artigos da Constituição Federal, a seguir expostos,

Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
[...]

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

O regramento contido no inciso II, do artigo 5º Constitucional, vincula as ações dos cidadãos nacionais e aos que pertençam as outras nacionalidades e que residam em território nacional, ao que estiver previsto em lei.

No que tange a legalidade prevista no artigo 37 da Constituição de 1988, seu conteúdo está endereçado aos entes públicos e ao Estado juridicamente considerado, que devem pautar suas ações, à luz do que leciona Marrara (2014, p.26), “significa que o Estado não age sem suporte no Direito (relação de juridicidade necessária) e, sobretudo, na Constituição (relação de constitucionalidade necessária) ”.

O Princípio da Liberdade encontra-se insculpido no artigo 5º da Carta Magna, exteriorizado na defesa irrestrita da liberdade de pensamento que está contida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IV, considerada como um direito fundamental. Também o artigo 220 da Carta Maior, reitera que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição”.

Ao explicitar o princípio da liberdade Moraes (2014, p.45), assim se manifesta:

A manifestação do pensamento é livre a garantia em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com as consequentes e responsabilidades civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

De fato, o Estado Democrático de Direito defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição da censura.

O Princípio da Igualdade, também denominado por alguns doutrinadores como Princípio da Isonomia, espelha os valores democráticos na

medida em que impõe um tratamento justo para os cidadãos. Assim sendo, todos cidadãos têm o direito a tratamento idêntico perante a lei, consoante os critérios adotados pelo ordenamento jurídico.

Segundo Moraes (2014, p.35):

O princípio da Igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Indiscutível que o princípio da isonomia é o baluarte na defesa dos valores e direitos democráticos historicamente conquistado pelos brasileiros, e cuja inspiração remonta à Revolução Francesa e as Declarações Universais.

O Princípio da Ampla Defesa tem sua existência relacionada a três outros princípios: o do devido processo legal, o contraditório e o da celeridade processual.

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, ao incorporar o princípio do devido processo legal, que remonta à Carta Magna inglesa de 1.215, bem como ao texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que garante:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

É certo que a garantia da ampla defesa, confere aos julgamentos a lisura necessária para que suas sentenças sejam justas e tragam o equilíbrio e tranquilidade sociais tão imprescindíveis para as sociedades.

Moraes (2014, p.110), acentua que, “Por ampla defesa entende-se o asseguração que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se entender necessário [...]”.

No contexto brasileiro, figura o retro mencionado direito como uma garantia constitucional e indisponível, sua relevância se origina de épocas bastante remotas, visando a defesa, sobretudo, dos caminhos que levam a realização da justiça no seio das sociedades humanas.

No Princípio do Contraditório emergem garantias constitucionais que estão acima de qualquer lei, estabelecendo direitos e deveres do acusado. Ao argumentar sobre o conteúdo do citado princípio, Tourinho Filho (2013, p. 59), destaca que no princípio do contraditório prevalece:

Com substância na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a idéia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte ex adversa. Assim, se o acusador requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito. E vice-versa. Se o defensor tem o direito de produzir provas, a acusação também o tem. O texto constitucional quis apenas deixar claro que a defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à acusação.

Ao consagrar a defesa irrevogável da cidadania do povo brasileiro, a Constituição de 1988, tem no contraditório, princípio garantidor de que o processo seja justo, imparcial e que oportunize aos envolvidos, seguramente a parte ré, que exponha sua versão, sua defesa.

O contraditório é, pois, um princípio processual de extrema amplitude, tendo em vista que sua abrangência, se aplica às esferas civil, penal e administrativa, não comportando exceções, até mesmo nos casos em que a acusação se vale de uma medida liminar e o juiz a deferi, nestes casos, o demandado promove sua defesa após a concessão da liminar, mas sempre antes da sentença definitiva.

O Princípio da Simetria refere-se à construção principiológica produzida na seara judicial, porém com esteio na Constituição, segundo a qual,

sempre que o julgador se depare com duas ordens jurídicas abertas e, nessa medida, indeterminadas, poderá julgar conforme analogia, considerada instrumento hábil para fazer frente ao problema das lacunas que versem sobre matérias federativas, não disciplinadas pela Constituição.

Segundo Leoncy (2011, p.04),

Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da autonomia dos Estados- membros e dos poderes que em nome dessa autonomia tais entes estariam autorizados a exercer, é notável, a quantidade de julgados em que se fez uso de um postulado que a prática judicial convencionou denominar “princípio da simetria”.

Esse recurso principiológico, quando utilizado deve ser interpretado em conjunto com as demais normas jurídicas em vigor.

O Princípio da Proporcionalidade da Lei, por vezes intrínseco ao princípio da razoabilidade, pretende ao final, equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Desde suas origens germânicas, o que se pretendeu com o citado princípio, era respeitar a proporcionalidade e razoabilidade (*reasonableness*), tão significativa e importante à produção de uma justiça o mais lídima possível.

Normalmente, o princípio da proporcionalidade objetiva coibir excessos descabidos, através da compatibilização das análises jurídico-processuais, de modo que as partes sejam capazes de suportar as consequências daqueles mandamentos. Vê-se que, o referido princípio exige a adequação entre os meios e os fins, ao tempo em que proíbe obrigações, restrições e sanções superiores àquelas estritamente necessárias ao atendimento da demanda *sub judice*.

Vale destacar que, o princípio implicitamente consagrado na norma constitucional, tem por escopo, inibir e neutralizar no contexto do direito administrativo, os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

2.3 Princípios Constitucionais intrinsecamente ligados ao tema

A temática do Testamento Vital, ainda não foi ampla e concretamente albergada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas sua aplicabilidade ocorre em razão da hermenêutica jurídica de base constitucional que, arrimada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade, os quais, dão força e efetividade a essa disposição de vontade, lastreada única e exclusivamente na vontade da pessoa.

Ao se observar os princípios constitucionais que, no Brasil, legitimam as disposições de última vontade, vê-se que, apontam como ponto de partida e chegada a condição de vida digna a que todo cidadão brasileiro e ou estrangeiros que aqui resida tem direito, sendo que no contexto do testamento vital, evidenciase a existência de uma vida de sofrimento, impotência e impossibilidade de cura, justificariam o respeito aos ditames constantes num Testamento Vital.

Princípios constitucionais como o da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III) e o da Autonomia (que encontra-se subentendido no artigo 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (artigo 5º, III), representam elementos cruciais e suficientes para a defesa do testamento vital, vez que o objetivo deste instrumento, é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de condições de saúde que sejam consideradas terminais.

No que se refere à força e capilaridade do princípio da Dignidade Humana, o seu conteúdo abrange diversos valores presentes na sociedade, sendo o referido princípio, elemento norteador dos demais princípios e normas do direito brasileiro, notadamente devido à sua importância para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

A noção constitucionalmente posta sobre dignidade da pessoa humana, é que faz nascer a obrigação estatal de tratar o ser humano com respeito, inclusive quando da sua morte. Ademais, não basta apenas garantir a sobrevivência das pessoas, mas também, criar as condições para que elas possam viver e morrer dignamente.

Ao destrinchar o significado de respeito à dignidade humana presente em todo ser humano, Borges (2001, p.57) afirma que:

(...) é assegurado o direito à vida (não o dever), mas não se admite que o paciente seja obrigado a ser submetido a tratamento. O paciente tem o direito de interromper o tratamento com base do direito constitucional de liberdade (inclusive liberdade de consciência), de inviolabilidade de sua intimidade e honra, e além disso de respeito à sua dignidade humana.

A escolha pela continuidade ou interrupção de um tratamento médico-hospitalar apenas protelatório, no qual o paciente não possui chances de melhora ou cura, resguarda o seu direito de liberdade, ante a sua autonomia no sentido de lhe ser assegurado a morrer dignamente. O respeito e acatamento dessa decisão confere dignidade à pessoa humana que não deseja passar por tratamentos médicos que somente alongam o sofrimento, sem trazer chances de cura.

Outro princípio constitucional a embasar e dar efetividade ao Testamento Vital é o Princípio da Autonomia, o qual encontra-se esculpido no artigo 5º da Constituição de 1988, e em seus ditames informa que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
II – ninguém será obrigado fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

De modo implícito, o que se garante tanto no artigo quanto no inciso destacado, é o respeito à vontade do particular, desde que não estejam em conflito com as demais disposições legais (especialmente àquelas que proíbam ou pontuem determinada ação como ilícita).

Em verdade, o que se protege neste artigo, é a autonomia da vontade humana, inclusive nos casos em que essa vontade seja utilizada para garantir a dignidade inerente à condição humana.

A defesa da autonomia da vontade privada e suas correlações com o testamento vital, repousa no direito de cada paciente de ter respeitada sua razão, de forma clara e incontestável, quando, dispondo de consciência estabelece as condições a que gostaria de ser submetido em situações adversas, e assim ter sua vontade respeitada. É justamente pelo princípio da autonomia, que a escolha

de cada pessoa, prepondera sempre que estiver em discussão, as diretrizes antecipadas de vontade.

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em tempos globalizados, e em razão das atuais conquistas civilizatórias favoráveis a uma convivência justa e pacífica entre todos, norteadas pelo ideário da solidariedade, superando-se, através desse valor, o extremo egoísmo e individualismo que marcou o Estado Liberal e a sociedade de seu contexto, bem como o paternalismo tão comum no socialismo, e tendo por fundamento a pessoa humana, eis que surge o Estado Democrático de Direito.

Diante desse contexto, é prudente ressaltar que o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo que ultrapassa a simples união dos dois princípios: o princípio de Estado de Direito e o princípio de Estado Democrático.

Nesse sentido, o Professor José Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 119) leciona que:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera, na medida que incorpora um componente revolucionário de transformação de status quo.

Além das diretrizes citadas, encontradas na gênese da estrutura desse novo paradigma, novos valores agregados, os quais exteriorizam direitos de múltiplas dimensões (individuais, sociais, econômicos, culturais, coletivos, difusos, além da biotecnologia, engenharia genética e realidade virtual em geral: internet, ciberespaço, etc). Com isso, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito na realidade pátria, ainda se encontra em construção.

Pois bem, ao tratar de direitos fundamentais, mister se faz, lembrar que a Constituição de 1988, incorpora as normas internacionais de direitos fundamentais e humanos, ao consignar em seu § 2º do artigo 5º que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ao tecer comentários sobre o dispositivo supracitado, o consagrado constitucionalista, José Afonso da Silva, nos ensina que essa incorporação de normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro tem amplas consequências. A primeira diz respeito à consequente ampliação do campo constitucional dos direitos fundamentais e a segunda consiste na adoção de unidade entre o direito internacional e o direito interno constitucional. (Silva, 2010).

Ao fazer a opção de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana o legislador constitucional de 1988, externara sua clara intenção de considerar os tratados internacionais no mesmo grau normativo da legislação constitucional expressa. Com efeito, direitos humanos decorrentes desses tratados internacionais, cujo Brasil é signatário, passaram a integrar o rol dos direitos de aplicabilidade direta e imediata no âmbito do ordenamento jurídico interno.

Quando pensamos no conceito da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental, nos remetemos ao pensamento de Kant (apud Sarlet, 2010, p. 38), que defendia a ideia de que a concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, e ressaltava as qualidades da pessoa humana:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade um valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

O pensamento de Kant (apud Piovesan, 2008, p. 54) a respeito da dignidade da pessoa humana marcou o pensamento filosófico e influenciou o entendimento do conceito da dignidade humana, nos tempos atuais. Para Kant “as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito”.

Desse modo, o valor intrínseco da pessoa humana é o elemento ontológico, ou seja, engloba questões abstratas como a existência de determinadas entidades, o que se pode dizer que existe, qual o significado do ser, além da inviolabilidade de dignidade humana e está no fundamento de uma série de direitos fundamentais. Inserida nessa concepção emergem três características relevantes, quais sejam: imprescritibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade, não podendo, dessa forma, ser transferida ou ser colocada à disposição.

Nesse mesmo sentido Sarlet (2010, p. 70), discorre que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Ao enaltecer a contribuição do valor dignidade humana e tornando-o universal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 1º, proclama que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade”.

Verifica-se, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana deve nortear todas as relações em sociedade, destacando-se como valor ético a ser perseguido. O respeito à dignidade humana conduz e orienta as liberdades fundamentais.

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2008, p. 47) assevera que a Declaração Universal de 1948, “ao introduzir a concepção contemporânea de

direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo dos direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a atitude de direitos. ”

O princípio da dignidade da pessoa humana é, com efeito, o núcleo do constitucionalismo contemporâneo, sendo indissociável dos direitos fundamentais. Como afirma o Professor Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 96):

[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Os argumentos jurídico-doutrinários justificadores e em defesa do Princípio da Dignidade Humana, corrobora o posicionamento e defesa incontestada deste princípio constitucional, considerado o de maior importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais uma vez, retomemos o ponto de vista de Flávia Piovesan (2008, p. 51), ao dizer que:

A dignidade da pessoa humana, bem como os valores dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o Direito Constitucional não só como o tradicional ramo político do sistema jurídico de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça.

A defesa da dignidade da pessoa humana, representa no contexto hodierno, o reconhecimento segundo o qual, a pessoa humana é que é a destinatária de toda produção legal, desde a garantia à vida, passando pelo patrimônio, respeito ao direito adquirido, à proteção contra a prática delitiva, entre outros.

2.3.2 Princípio da Autonomia Privada

A discussão sobre o supracitado Princípio da Autonomia Privada, traz consigo dubiedade pela confusão e similitude que guarda ante o princípio da autonomia da vontade, como também em razão dos desdobramentos jurídicos advindos de sua correta e adequada contextualização.

O princípio da autonomia da vontade é, historicamente, um dos pilares do direito privado. A palavra autonomia deriva do grego e significa competência para determinar-se por si mesmo.

Etimologicamente o vocábulo vontade deriva do latim, cujo significado corresponde a voluntas / um desejo, o ato de querer. Vontade, é, portanto, a faculdade que tem o ser humano de querer, escolher praticar determinados atos, desde que, em consonância com a razão e com os ditames jurídicos impostos pela posituação das leis. Dito isto, em termos jurídicos, a Autonomia significa o poder de um indivíduo de se autogovernar.

Segundo Couto e Silva (1976 apud Ratti 2015), autonomia é um conceito que representa a:

[..] possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar, associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.

Apresentam-se como elementos caracterizadores do valor jurídico da autonomia da vontade: a) o reconhecimento da ampla liberdade contratual (liberdade de forma das convenções, livre estipulação de cláusulas, possibilidade de criação de novas figuras contratuais); b) a consagração da força obrigatória dos contratos; (c) a teoria dos vícios de consentimento, visando a um ajuste que refletisse com lealdade a fusão das vontades das partes.” (Marques, 2011).

Resta claro, que o princípio da Autonomia da Vontade versava sobre o poder e a liberdade de contratar, desde que seu exercício não entrasse em rota de colisão com o ordenamento jurídico em vigor, entretanto, em face das

mudanças sociais ocorridas após a Primeira Guerra Mundial, começou a ser superado pelo Princípio da Autonomia Privada.

Segundo Ferri (2000 apud Dadalto 2014, p.9):

[...] a autonomia de vontade está ligada a uma vontade psicológica dos sujeitos, de modo que os adeptos dessa nomenclatura entendem que essa vontade é causa dos efeitos jurídicos, enquanto a autonomia privada está ligada com a manifestação de vontade objetiva, como fonte dos efeitos jurídicos.

Desse modo, a autonomia privada diz respeito ao poder que os indivíduos possuem de tomar suas próprias decisões, estas podem ser de cunho patrimonial, existencial, dentre outras, devendo serem analisadas conjuntamente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vez que este trata da autonomia pública e àquele da autonomia privada de cada sujeito através de uma perspectiva dialógica.

No que concerne a autonomia privada nas decisões de cunho existencial, o testamento vital por si só valida e confirma tal princípio, vez que o testamento vital por si só atesta, documentalmente, uma decisão personalíssima que trata especialmente de questões existenciais.

2.3.3 Princípio da Liberdade

A Carta Magna de 1988, proclama a livre iniciativa como um dos princípios do Estado Democrático de Direito, consagrados no artigo 1º, bem como figura o referido princípio como a base da ordem econômica e dos interesses e valores de uma lei aplicada no contexto de uma economia de mercado (é o que se depreende da inteligência do art.170 Constitucional).

Frise-se no entanto, que a livre iniciativa alardeada somente encontra efetividade, quando cotejada e em sintonia com os valores de uma existência digna e da justiça social, ambos também protegidos pela letra da lei constitucional.

Em Barcelona (1996 apud Pinheiro, 2014, p.56) ao explicar o princípio da liberdade, faz uso de um raciocínio ligado à seara econômica, para apontar a função do princípio e estender sua interpretação à quaisquer tipos de negócios jurídicos, senão vejamos:

[...] função translativa-circulatória”, entrelaçando a estática e a dinâmica patrimonial. Por outras palavras, aquele princípio encontra no direito subjetivo e no negócio jurídico os veículos de sua realização. Para tanto, o contrato afirma-se como uma versão paradigmática de troca de bens, de tal modo, que a dinâmica contratual coincide com a dinâmica da autonomia privada.

Claro está, que a mente legis do citado princípio da liberdade no contexto deste estudo, refere-se ao exercício da liberdade dos atos que cada pessoa possui, de maneira que, nenhuma outra pessoa possa violentá-la, vez que, cada pessoa tem o direito de decidir sobre seu próprio corpo, sua existência, claro que, diante de aspectos objetivos que justifiquem essa escolha, como no caso do testamento vital, no qual há requisitos a serem preenchidos.

2.4 Princípios no Direito Civil Pátrio

Sob o ponto de vista conceitual, o Direito Civil corresponde a um ramo do direito privado, preocupado em estudar e resolver as relações jurídicas que ocorrem entre as relações privadas, como por exemplo, os entes familiares, as sucessões, os direitos reais as obrigações e contratos e os negócios jurídicos.

Para Rodrigues (2010, p.33), “ o direito civil é uma ciência social que regula a vida do homem na sociedade, e não seria possível essa convivência social harmônica, sem regras que regulem tal comportamento. ”

O Direito e suas ramificações existem para dirimir os conflitos e trazer o equilíbrio e paz social, necessários à vida em sociedade. Assim, para bem cumprir seu papel, o conhecimento e aplicação de princípios gerais e específicos estão no cerne da construção da melhor justiça e mais consentânea interpretação legal a ser aplicada ao caso completo.

Segundo Reinehr (2012) ao destacar em seus estudos, aspectos principiológicos relativos ao direito civil pátrio, pós código de 2002, adverte que:

[...] o direito civil traz matéria fundamental, e com ela princípios, em que os outros ramos do direito deverão obedecer e neles se orientar, o objetivo deste trabalho é abordarmos o tripé dos princípios acrescidos no código civil de 2002 que são eticidade, socialidade e operabilidade (e dentro deste a concretude) e a sua grande influência para o que se assegure os direitos

fundamentais, e com eles a justiça social e o estado democrático de direito.

Dos livros que compõe o Código Civil de 2002, a aplicabilidade de seus conteúdos se dará mediante a observância dos ditames delineados nos mesmos e nos princípios da eticidade, sociabilidade e operabilidade.

2.4.1 Princípio da Eticidade

Por esse princípio, entende-se que todo julgado há de seguir e espelhar-se num conjunto de regras, condutas e princípios que têm fundamento na moral, os quais, deverão ser seguidos tanto na vida profissional quanto na vida privada das pessoas.

Consoante as noções iniciais, a postura ética há de prevalecer, quaisquer que sejam as demandas, as partes devem velar para que a dinâmica processual entre autor e réu, esteja pautada pela ética, moral e litigância de boa-fé. Esse regramento serve para contratos, obrigações, direitos reais, casamento, herança e sucessão, e demais litígios cuja solução passe pela legislação civil codificada.

2.4.2 Princípio da Sociabilidade

Antes de tecer comentários sobre o que significa o princípio da sociabilidade, urge mencionar, a abordagem conceitual do termo sociabilidade. Desse modo, entende-se por sociabilidade, presente em diferentes dicionários, a qualidade do que pode ser sociável, os modos ou as tendências de se viver em sociedade, e, é pelo princípio da sociabilidade ou também chamado de princípio da socialidade, que existe a determinação de que os valores coletivos deverão prevalecer sobre os valores individuais, sempre se respeitando os direitos fundamentais da pessoa humana. É, por assim dizer, a forma como os indivíduos vivem em sociedade apesar das diferenças e obstáculos.

Em seu estudo sobre princípios informadores do direito civil no Brasil, Reinehr (2012), destaca que tudo leva a crer que o princípio da sociabilidade teve suas origens ainda na Revolução Francesa (século XVIII, 1781) cuja essência esteve centrada na temática da *Liberté, Égalité, Fraternité*.

Em verdade, o objetivo crucial dos revolucionários parisienses era colocar em cheque, o individualismo burguês exagerado, impondo limites aos governantes, os quais também teriam que passar pelo crivo do princípio da legalidade, e assegurar ao povo os direitos individuais, patrimoniais e sociais, etc.

2.4.3 Princípio da Operabilidade

O Princípio da Operabilidade tem sua aplicação sempre nos casos concretos, a fim de solucionar o litígio de maneira eficiente. Por este princípio, se impõe soluções viáveis, operáveis e sem grandes dificuldades na aplicação do direito. A regra tem que ser aplicada de modo simples.

Pablo Stolze Gagliano (2007 apud Reiner, 2013), afirma que:

[...] o Princípio da Operabilidade é a cessão de mais poderes hermenêuticos ao juiz, que vai averiguar a necessidades de sua prestação em cada caso concreto, a fim de que prevaleça a justiça, conforme expressa o artigo 944 do Código Civil: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. É da responsabilidade da justiça dar esse equilíbrio a lei conforme cada caso.

A razão legis para o acatamento do princípio da operabilidade no contexto do Direito Civil pátrio, repousa na busca de soluções efetivas e eficientes, de modo que o direito buscado seja satisfeito. Na prática, a regra somente cumpre sua finalidade, quando se efetiva sua finalidade.

Consoante ensina Castro (2007), pelo princípio da operabilidade:

[...] as normas devem ter efetiva operacionalidade, ou seja, busca mostrar aos profissionais do Direito que as ocorrências tratadas por eles não devem se prender tão somente a teoria, mas saltar do texto para a vida prática, uma vez que as leis objetivam servir à pessoa humana e não estas às leis.

Desta feita, o supracitado princípio, objetiva diminuir os entraves e complicações jurídicas, devendo, pois, otimizar a interpretação e aplicação das regras jurídicas como também dos princípios jurídicos pelos operadores do

Direito, a fim de, tornar o direito mais prático e abrangente, com melhor aplicabilidade nos casos concretos.

3. DIREITO SUCESSÓRIO

A seara jurídica que versa sobre os direitos inerentes e decorrentes da constituição da família, são inscritos na grande maioria dos diplomas jurídicos pátrios e estrangeiros sob o rótulo de Direito das Sucessões e ou Direito Sucessório.

Ao discorrer sobre as consequências jurídicas do casamento disciplinado pelo Código Civil de 1916, Zarias (2010, p.64), afirma que:

[...] a história do direito de família é a história dos modos de regulação da transmissão de bens e manutenção do status de determinado grupo social, evidentemente daquele que os detêm, ocupando o casamento civil um lugar central nesse processo.

Fato é que, ao longo da história, o direito de família, ao lado do direito das sucessões, teve como função principal regular a transmissão dos bens e do patrimônio das famílias daqueles que se uniam por meio do casamento civil.

3.1 Do Conceito de Direito Sucessório

Direito das Sucessões, devidamente regulado no atual ordenamento civil, nos artigos 1.784 a 2.027 do Código Civil e constitucionalmente, a Carta Magna assegura o direito de herança no rol de direitos e garantias individuais, trata das normas que dizem respeito à transferência do patrimônio do *de cujus*, em virtude de lei ou testamento.

O Código civil estabelece em sede de sucessão que uma vez aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, sendo esta aberta no lugar do último domicílio do falecido.

No que tange à forma como ocorrerá a transmissão de bens do *de cujus*, a sucessão ocorrerá em razão da lei (seguindo-se os ditames codificados)

ou por testamento (instrumento jurídico onde figuram as disposições de última vontade).

Urge mencionar que, sempre que o *de cujus* não deixar um testamento, a herança dar-se-á por transmissão aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

À luz do artigo 1.789 do Código Civil, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. As relações de uniões estáveis, quanto ao direito sucessório, também foram objeto de disciplina do Código Civil, em seu artigo 1.790, o qual dispõe que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Nesse sentido, oportuno citar o artigo 1.790 do Código Civil:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Pelo exposto, pode-se verificar que o código civil em vigor, trouxe em sede de direito sucessório, avanços jurídicos, recepcionando as uniões estáveis e criando a possibilidade concreta de resolução questões semelhantes, a exemplo das uniões de pessoas do mesmo sexo.

3.2 Do conceito de Herança

Segundo Venosa (2013, p.6), o termo herança é exclusivo do direito que ora estudamos. Daí entender-se “herança como o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido”.

O acórdão a seguir, traduz com primazia as distinções entre sucessão e herança, termos que de modo recorrente causam certa confusão, assim vê-se:

"Direito processual civil - Apelação cível - Ação de inventário - Partilha de bens - Preferência dos ascendentes ao cônjuge sobrevivente - Direito à meação - Existência de matéria predisa e alheia à hipótese dos autos -Apelação conhecida, mas improvida- 1 -Alegação de matéria preclusa ou alheia aos autos originários não merece ser analisada e enfrentada por esta Corte, em observância ao efeito devolutivo dos recursos e ao princípio da ampla defesa. 2 - A abertura da sucessão causa mortis dá-se no instante da morte (princípio do *droit de saisine*) e, neste momento, o patrimônio do *de cujus* - A herança - Incluindo passivo e ativo por ele deixados, transmitem-se aos herdeiros legítimos e testamentários. 3 -A inexistência de descendentes habilita, de imediato, os ascendentes do *de cujus* ao recebimento da herança, devendo, para tanto, ser dividido o patrimônio com o cônjuge supérstite na proporção de 50% (cinquenta por cento). 4 - Recurso conhecido, mas improvido" (TJCE - Ap. 531570-05.2000.8.06.0001/1, 16-5-2012, Rei. Des. Washington Luis Bezerra de Araujo).

Assim, resta cristalino que a herança será o conjunto de bens ativos e passivos que alguém, após seu falecimento, deixa aos herdeiros que possuir. Parafrasando as lições venosianas, a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o patrimônio do *de cujus*. Vale lembrar que, patrimônio corresponde ao conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Nesse sentido, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança.

Venosa (2013, p.10-11) leciona que:

O patrimônio transmissível, portanto, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente. Os direitos e deveres meramente pessoais, como a tutela, a curatela, os cargos públicos, extinguem-se com a morte, assim como os direitos personalíssimos.

A compreensão do que contém o direito sucessório e o direito de herança, pode ser visualizada a partir do trinômio: morte, herança e patrimônio, os quais se confluem para melhor explicitar em que momento dar-se a sucessão (evento morte) e a herança (existência de patrimônio a partilhar e herdeiro).

3.3 Do Testamento: generalidades

O Testamento constitui-se em documento escrito, de caráter público, consoante última vontade do testador (ora *de cujus*), em que este, poderá dispor da totalidade ou de parte dos seus bens, entretanto, a norma limita a liberdade de testar, vez que, não se pode incluir no testamento a legítima dos herdeiros necessários.

Segundo Gonçalves (2009, p.82), ao discorrer sobre o caráter público do testamento:

A publicidade não consiste no fato de o testamento ficar aberto ao conhecimento do público depois de o ato ser lavrado no livro respectivo. Chama-se público o testamento em razão de o notário, em nosso país, por longo tempo, ter sido chamado, também, de oficial público, bem como pela circunstância de o ato ser testemunhado pelas pessoas cuja presença é essencial para garantir a sua seriedade e regularidade.

É essencial ao testamento público a chancela do tabelião, crivando de veracidade e prova de legitimidade, a vontade última do testador. O art. 1.864 do Código Civil vigente, elenca os requisitos essenciais para o aperfeiçoamento do testamento público, assim dispondo: a) ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos; b) lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; c) ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Em seu parágrafo único, o mesmo art. 1.864 adverte sobre o fato de poder o testamento público poder ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Serrilho (2014), acrescenta que cumpre ao testamento, sempre revelar a vontade do testador, a qual deverá ser exarada ao tabelião, perante duas testemunhas, as quais devem estar presentes a todo o ato.

Deve ainda tais testemunhas ser conhecidas do testador, a fim de que possam atestar a identidade deste, não havendo, entretanto, necessidade de que haja relação de amizade entre eles. As testemunhas, diga-se, devem ser no mínimo duas, nada havendo que obste a presença de mais de duas testemunhas.

Tecidas considerações sobre direito sucessório, herança e testamento no Brasil, o tópico seguinte, aprofundará a temática que encampa o presente estudo monográfico.

4. TESTAMENTO VITAL

Estudos sobre Testamento Vital, ganharam destaque no cenário jurídico mundial, em meados do século XX com os experimentos humanos na 2ª Guerra Mundial (1939-1945), o surgimento da bioética, alicerçada em fontes principiológicas, além da implementação de novas tecnologias visando maior prolongamento da vida, inobstante, o povo hebraico já possuía essa ideia de consentimento do paciente, evidenciando-se posteriormente com o Iluminismo.

Ao reverso, enquanto a manifestação de vontade do paciente ganhava espaço nas relações entre médicos e pacientes, de outro lado, a tecnologia da medicina avançava em sentido oposto, com a intenção de prolongar a vida por tempo indeterminado, sem preocupar-se com o bem-estar e a vontade do paciente.

Pioneiro nessa discussão, os Estados Unidos lançaram o primeiro artigo científico a tratar do tema, elaborado por Luis Kutner, advogado e defensor dos direitos humanos, no qual além de defender a aplicabilidade desse instituto, propôs um documento chamando de *living will* que dispunha de características referentes ao tema, as quais servem de base até os dias atuais.

Após um intenso debate acerca do assunto, motivado por casos concretos ocorridos em New Jersey e Missouri, o *living will* ascendeu ao status de Lei Federal em 1.991, com o *Patient Self Determination Act* sendo incluído como espécie do gênero Diretivas Antecipadas de Vontade. Ocorre que, mesmo possuindo lei específica regulamentar, estas são pouco utilizadas nos Estados Unidos, sendo esse fato justificado pela ausência de conhecimento do tema,

ausência de uma relação médico-paciente, dificuldade em se expressar para falar sobre a morte, custo de confecção do documento dentre outros.

Após o *Patient Self Determination Act*, inicia-se o processo de implementação na Europa, começando por países como a Finlândia, a Holanda e a Hungria, se alargando com o advento da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviêdo, outros países como a Bélgica, a Espanha, a Inglaterra, País de Gales, França, Áustria, Alemanha e Portugal.

Na América Latina, os países da Argentina e o Uruguai já incluíram esse tema no seu ordenamento jurídico, restando evidenciado que o Brasil está nitidamente atrasado em relação aos outros países ante a falta de legislação específica sobre o assunto, limitando-se somente à Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012.

No ordenamento jurídico brasileiro, esse assunto ainda não foi legislado, não há sequer projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, em que pese haver a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012 que trata das Diretivas Antecipadas de Vontade, sendo esta terminologia utilizada como sinônimo de testamento vital, no entanto como será explicitado em oportunidade posterior, essa colocação se faz incorreta.

Malgrado a inexistência de leis sobre o testamento vital, a atual Constituição Federal traz em seu bojo, princípios norteadores, os quais devem nortear os casos concretos, principalmente naqueles em que não há legislação específica, servindo de base para a fundamentação desses casos.

No que tange ao instituto ora estudado, este encontra respaldo na Constituição Federal, nos artigos 1º, III, 5º, caput e III que tratam dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Autonomia Privada e da Liberdade, os quais serão pormenorizados nas análises seguintes.

4.1 Uma abordagem conceitual

Também conhecido como Diretivas Antecipadas de Vontade, o testamento vital e o mandato duradouro são subtipos daquela, cujos conteúdos são diferenciados.

No Testamento Vital, estão estabelecidas as determinações do paciente, o qual expressa sua vontade livre e autônoma de, diante de quadros

diagnósticos irreversíveis ou incuráveis, sua aceitação ou sua recusa a receber tratamentos e auxílios médicos cujo objetivo seja tão somente prolongar-lhe a vida, uma vida sem qualidade e marcada pela dor e sofrimentos físicos e psicológicos.

Por outro lado, no Mandato Duradouro, o paciente nomeia um procurador de saúde para decidir acerca dos procedimentos médicos e terapêuticos a serem realizados quando encontrar-se incapacitado permanentemente ou temporariamente, enquanto esta perdurar.

Acrescenta Daldato et al (2013, p.465) que, “percebe-se que o testamento vital segue o modelo de pura autonomia, enquanto o mandato duradouro segue o modelo de julgamento substituto. Ou seja, as DAV, quando contêm as diretrizes do paciente e a nomeação de um procurador, englobam ambos os modelos”.

O uso da terminologia testamento vital gera controvérsias em razão da palavra testamento, uma vez que, alguns autores, como Luciana Daldato, sustentam que o termo correto a ser utilizado seria declaração prévia de vontade.

De acordo com Daldato (2013) testamento vital conhecido no Brasil como diretivas antecipadas não é a melhor nomenclatura, pois remete ao instituto do testamento que possui eficácia causa mortis, o que, não se adequa a tal instituto.

Rememorado a visão de Mallet (2015) quando assevera que o testamento vital afasta-se do testamento sucessório, previsto no Código Civil.

Ante a ausência de legislação específica acerca do testamento vital, o Conselho Federal de Medicina regulamentou o tema, inicialmente com a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009, culminando recentemente com a Resolução nº 1.995/2012, a qual trata mais especificamente das diretivas antecipadas de vontade, valorizando a autonomia privada de seus pacientes.

Desse modo, faz-se necessário citar a Resolução Federal de Medicina nº 1.995/2012 abaixo transcrita:

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.

Em linhas gerais, o Testamento Vital é um documento personalíssimo, unilateral, revogável e gratuito, podendo ser formalizado até mesmo em prontuário médico, no qual um determinado indivíduo, gozando de suas plenas faculdades mentais, dispõe antecipadamente acerca das opções médicas e terapêuticas a serem adotadas na fase terminal de sua vida, diante de um acometimento de doença terminal ou incurável que o deixe impossibilitado de exprimir sua vontade.

Encontra-se no cerne do instituto o fato de que sua efetividade considera a liberdade e a autonomia da vontade como instrumento divisor de águas, com o condão de estabelecer momento e forma de cessação de uma vida despida de qualidade e que somente perpetua sofrimento e dor.

A efetividade de testamentos vitais está diretamente ligada ao princípio da autonomia da vontade privada, que, como já se disse neste estudo, vem a ser o direito do indivíduo de deliberar acerca de seus objetivos pessoais, garantindo a manifestação de sua própria vontade. Dentre os argumentos que

reforçam a validade e respeito à autonomia da vontade, destaca-se os de Teixeira et al (2010), quando afirma que:

Afinal, ninguém melhor do que a própria pessoa para decidir qual a melhor decisão quando estiver diante de questões afetas a si mesmo e a sua individualidade, pois num estado democrático de direito que tem como fundamentos o pluralismo jurídico e a dignidade humana, cada um tem a ampla liberdade para construir o próprio projeto de vida dentro daquilo que considera bom para si.

Neste passo, o atrelamento do médico a vontade expressa do paciente no testamento vital, encontra respaldo na referida Resolução Federal de Medicina nº 1.995/2012, já mencionada, e nos princípios constitucionais delineados em tópicos anteriores, pois que, conforme já mencionado, não há legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro, fato este, que põe a prova a sua real efetividade.

4.2 Testamento Vital: efetividade no ordenamento jurídico brasileiro

A abordagem do instituto no contexto nacional, eclode de uma Resolução editada em 2012 pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução n.º 1.995/2012, a qual Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CFM – Conselho Federal de Medicina, recentemente optou pela nomenclatura Diretiva Antecipada de Vontade, a qual entende-se como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre os cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. (Dadalto et al, 2015).

A lógica contida nas diretivas antecipadas de vontade, estão relacionadas às situações fáticas segundo as quais, o paciente tem o direito, a autonomia, a liberdade de se recusar a ser submetido a tratamento médico cujo objetivo seja, estritamente, prolongar-lhe a vida, diante de um estado clínico irreversível ou encontrar-se em estado vegetativo, sem possibilidade de recobrar suas faculdades, conhecido atualmente como estado vegetativo persistente.

Segundo Nunes e Anjos (2014), o conceito de diretivas antecipadas de vontade emergiu em resposta ao avanço tecnológico e ao tratamento médico agressivo empregados em situações ambíguas, como no caso de um prognóstico ruim, sendo o cerne do presente documento a defesa do exercício da autonomia (da vontade) do paciente.

O surgimento das Diretivas Antecipadas de Vontades, deu-se pelo fato de, em razão dos avanços científicos e tecnológicos das várias áreas do saber terem contribuído para estigmatizar a morte, que, longe de ser vista como algo natural, passa a ser classificada como inimiga a ser vencida a qualquer preço (Nunes e Anjos, 2014); mesmo que isso signifique sacrifícios e dores infindáveis infligidas ao paciente, que muito dificilmente se curará de sua enfermidade e se livrará do evento morte iminente.

Por seu significado, conteúdo e abrangência das ações que disciplina, denota-se a profunda influência do tema, com os valores e princípios do biodireito e de respeito à dignidade humana, dada a sua importância.

A efetivação dos ditames e a realização concreta das citadas Diretivas Antecipadas de Vontade, tem seu ponto inicial quando o paciente solicita que se inclua em seu prontuário, ficha médica e ou documento análogo, autorização para que não se prolongue a vida, caso sua situação clínica se apresente como incurável, e quando a utilização dos melhores e os mais sofisticados recursos médicos, só assumam a função protelatória.

O procedimento a ser adotado não reclama grandes formalidades, a exemplo de testemunhas e assinaturas, pois, segundo a resolução, o médico, por força de sua profissão, tem fé pública o que torna seus atos profissionais legais e juridicamente perfeitos.

Concretamente, tais diretivas, em quaisquer de suas modalidades, correm o risco de não serem observadas e atendidas pelos médicos, seja quando a situação concreta indicar conflitos éticos que estejam em desacordo com o que preceitua o Código de Ética Médica ou quando houver conflitos familiares.

As divergências entre os profissionais médicos e as famílias de pacientes em estado terminal, pode ocasionar, segundo Martinez (2007, p.87-102):

[...] o desacordo entre os profissionais de saúde e o paciente pode alongar a intervenção médica indefinidamente, prolongar a vida a qualquer preço, provocar confusão moral entre os profissionais, o doente e a família.

Assim, sempre que, situações como a supracitada aconteça, tem cabimento a aplicação das diretrizes antecipadas de vontade, desde que o paciente não reúna mais condições de autodeterminar-se e tenha manifestado seu desejo previamente, conforme a sua autonomia, anteriormente revelada ao médico ou documentada através do testamento vital.

Nesse sentido, importa ressaltar a lição de Nunes e Anjos (2014, p.245) quando afirmam que, “A autonomia em medicina, mais concretamente na ética médica e bioética, expressa o direito do paciente em definir o que seja ou não uma necessidade de saúde”.

Vale dizer que, as Diretrizes Antecipadas de Vontade, expressas por um paciente e verbalizadas ao seu médico, são revogáveis e não possuem prazo determinado. As informações sobre registro profissional do médico que assiste ao outorgante, somente constarão dos documentos com a aceitação do respectivo profissional de saúde.

4.3 Testamento Vital: experiências estrangeiras

Conquanto o Brasil ainda não possua experiências e nem legislação que discipline as Diretrizes Antecipadas de Vontade, em nenhuma de suas possibilidades de aplicação, é certo que em outros países, a exemplo dos Estados Unidos, Portugal, Espanha e Alemanha já foram incorporadas tais práticas, incluindo-se uma legislação especificamente elaborada para que a autonomia de vontade do paciente seja levada em consideração e seu conteúdo levado a termo.

Nesse tópico, serão trazidas breves discussões de como as Diretrizes Antecipadas de Vontade se efetivam nos Estados Unidos da América, Espanha e Portugal.

➤ Estados Unidos da América

Mallet (2015, p.17) ao estudar o tema, informa que Nos Estados Unidos, o testamento vital, chamado de *living will*, é reconhecido legalmente, havendo previsão de sanções disciplinares ao médico que desrespeitar a vontade expressa do paciente. Sua regulamentação em âmbito federal denomina-se *Patient Self Determination Act* (PSDA), de 1991, sendo “a primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente”.

Em que pese haver lei federal sobre as diretivas antecipadas de vontade, é importante salientar que os 35 Estados norte-americanos possuem suas próprias legislações, e que todos já legislaram sobre o *living will*, tomando como base as diretrizes estabelecidas na *Patient Self Determination Act*.

Alguns procedimentos são exigidos, como os apresentados pelo estudo de Mabtum e Marchetto (2015, p.95), quais sejam:

A norma exige que seu subscritor seja uma pessoa maior e capaz, portanto exige capacidade e discernimento. São necessárias também duas testemunhas, que devem presenciar o ato. O documento ganha eficácia catorze dias após sua lavratura. A diretiva tem validade limitada ao prazo de cinco anos, período a partir do qual necessita ser renovada. Ela não será válida durante o período de gravidez.

Vê-se que, o óbice mais evidente para não aceitação das Diretivas Antecipadas de Vontade é o evento gravidez, pois a mãe não apenas estaria dispondo da própria vida, mas “condenando” seu filho ao não-nascimento. Importante destacar, que a revogação do documento pode ser efetuada a qualquer tempo.

No que tange às testemunhas, estas não podem ter vínculo de parentesco sanguíneo, parentesco por afinidade, nem tão pouco serem beneficiárias de quinhão sucessório de qualquer natureza. Também está proibido de figurar como testemunha o médico e pessoas vinculadas a esse profissional ou ao estabelecimento de saúde em que o declarante é paciente.

Outra exigência legal é que o paciente que outorga a diretiva seja maior de idade e com capacidade plena de discernimento, pra dirimir sua vontade de modo livre e desimpedido, para instruir ao médico e a equipe que o

auxilia, a manter ou suspender o tratamento de suporte a vida diante de doenças terminais.

Com relação a experiência norte-americana, Dadalto (2014, p.114-115) pontua:

Todavia, a experiência norte-americana é de grande valia para o estudo aqui proposto, vez que, como os EUA foram o primeiro país a positivar o testamento vital, as discussões estão sedimentadas, o que propicia aos operadores do direito brasileiro ter uma visão de quais são as vantagens e desvantagens deste instituto, bem como os problemas que surgem com a sua implementação.

Contudo, há de se considerar as distinções entre os Estados Unidos e o Brasil, entre elas, o sistema legal dos dois países são distintos, a sociedade e a realidade brasileira em muito se diferencia da americana.

➤ Espanha

A princípio, urge dizer que fora a partir da Convenção de Oviêdo (a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e a Biomedicina na Espanha), realizada em janeiro de 2000 que ocorrera o marco legal a disciplinar as diretrizes antecipadas.

Regulada pela Lei n. 41/2002, as diretivas antecipadas de vontade recebem a denominação de instruções prévias, documento no qual, pessoas maiores de idade que possuam capacidade, manifestam sua vontade prévia para que esta se cumpra quando não se acharem capazes, bem como a possibilidade de designar um representante para que se faça cumprir a sua vontade.

Também o Código de Ética Médica espanhol, que vigora desde 1.999, em seu art. 27, já dispunha que “quando o paciente não é capaz de tomar decisões referentes à procedimentos médicos, a equipe médica deverá respeitar os desejos manifestados anteriormente por ele ou por seus representantes e responsáveis legais”.

Mabtum e Marchetto (2015, p. 96-97) acrescentam que:

[...] mesmo com a previsão das *instrucciones previas* no ordenamento jurídico espanhol, as diretivas precisaram ser

normatizadas por meio de leis locais, com vigência e competência determinada por cada uma das comunidades autônomas espanholas.

Considerando-se as vicissitudes políticas, éticas e regionais presentes na conjuntura espanhola, seguiu-se a implementação de dezesseis normatizações locais, relativas às comunidades autônomas a respeito das instruções prévias, estas passaram a ser chamadas de *voluntades antecipadas*, sendo que, outras cinco comunidades mantiveram o uso do termo *instrucciones previas*.

Apresentam pontos em comum com o testamento vital, quais sejam: a vontade do paciente de ser submetido ou não a tratamentos que sirvam somente para prolongar a vida, sem a menor perspectiva de melhora do seu quadro clínico, mediante enfermidades incuráveis e a nomeação de um procurador, e difere quanto a possibilidade do paciente poder versar sobre doação de órgãos.

Em 2002, foi editada a já mencionada Lei n. 41/2002, que dedicou os cinco itens do seu art. 11 às *instrucciones previas*, estabelecendo as linhas gerais do instituto.

Quanto a formalização do ato, este exige a forma escrita, sendo optativo fazer-se através de instrumento público ou particular, podendo sua elaboração ser efetivada perante notário, em cartório, ou por meio do Registro Nacional ou da Administração Pública. (Dadalto, 2013).

Segundo Mabtum e Marchetto (2015, p.98),

O paciente, em comunidades autônomas em que o instituto não está regulamentado, deverá recorrer à autoridade de sua comunidade, requerendo que seu documento de *instrucciones previas* seja remetido ao Registro Nacional, onde será feita uma inscrição provisória e, posteriormente, a sua notificação à comunidade autônoma.

Claro está, que os regramentos precursores inaugurados e cristalizados pela legislação norte-americana sobre o tema, se reproduzem nas legislações estrangeiras, sempre para reafirmar o primado da autonomia da vontade do paciente e a situação clínica de terminalidade da vida.

➤ Portugal

A produção legislativa lusa em matéria de diretrizes antecipadas de vontade, encontra esteio na Resolução da Assembleia da República n. 01/2001, a qual, levou Portugal a ratificar a Convenção Internacional de Direitos Humanos e Biomedicina. No ano de 2008, a edição de novo Código Deontológico, aplicado à área médica, demonstrou a preocupação do país com as diretivas antecipadas de vontade.

As conquistas legislativas envolvidas na incorporação ao ordenamento jurídico português, das disposições antecipadas de vontade, contaram com um número significativo de associações profissionais de saúde, com foco nas discussões bioéticas e do biodireito, culminando com abordagens que ora fixavam as bases sobre as quais se fundavam as diretrizes antecipadas de vontade, ora delimitavam conceitos e limitavam a aplicabilidade do instituto.

Consta do Código Deontológico português de 2008, em seu art.46, que a conduta médica deve obedecer à autodeterminação do paciente, em especial se houver um documento escrito em que seu desejo esteja registrado.

Recentemente em 2012, o instituto foi normatizado por meio da Lei n. 25/2012, a qual, recepcionou determinações contidas nas legislações norte-americana e espanhola.

Consoante Mabtum e Marchetto (2015, p.103):

A grande inovação da lei portuguesa foi a criação do Registro Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (Rentev), responsável por centralizar o armazenamento dos documentos e facilitar sua eficácia. O médico responsável pelo tratamento do paciente pode consultar a sua base de dados e saber da sua existência. Após tomar conhecimento do conteúdo da diretiva, a equipe médica deve atuar de modo a atender à vontade dele.

Em suma, tanto a legislação portuguesa como a brasileira, embora aquela de modo mais sutil, possui resistência a inovações, podendo tal fato ser explicado por razões históricas, culturais, religiosidades.

5 TESTAMENTO VITAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

A temática das diretrizes antecipadas de vontade, comumente associada à ideia de Testamento Vital, como já demasiadamente explanado, não possui uma legislação específica. No entanto, o Conselho Federal de Medicina, apresenta duas resoluções, as quais funcionam como os primeiros passos bioéticos ligados ao biodireito nacional, com vistas a oferecer alternativas lícitas e encaminhar discussões, no afã de que seja produzida legislação específica.

Inicialmente, a Resolução n.º 1.805/2006 de 28 de novembro de 2006, permitiu ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem a vida de pacientes em fase terminal, com enfermidades graves e incuráveis, respeitando sua vontade ou a do seu representante legal.

Num segundo momento, a Resolução n.º 1.995/2012, de 31 de agosto de 2012, manteve as disposições estabelecidas anteriormente e regulamentou de modo mais completo as diretivas antecipadas de vontade, não impondo regras aos particulares, apenas diretrizes éticas e morais aos médicos, que devem ser observadas no exercício da profissão.

5.1 Sobre o Direito de Morrer

A discussão sobre Diretrizes Antecipadas de Vontade traz em seu bojo a necessária compreensão de que uma pessoa adulta e no gozo de suas faculdades mentais, possa, num dado momento de sua vida, motivada por diagnóstico médico de uma enfermidade incurável, optar por abreviar seu sofrimento, não autorizando a continuidade de tratamento e utilização de recursos médicos para prolongar sua vida.

O contexto do qual emerge a farta discussão sobre o direito do paciente morrer em paz com suas dores, sentimentos e em companhia de familiares, amigos e pessoas outras que lhes sejam importantes, em contrapartida, há um significativo aparato tecnológico que envolve os tratamentos médicos, notadamente àqueles estritamente relacionados ao tratamento de doenças graves, crônicas, degenerativas e terminais.

Tal direito, está intrinsecamente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vez que, este princípio assegura a todas as pessoas o direito

de viver e morrer dignamente, conforme suas crenças religiosas, pessoais e convicções, no entanto, a maior parcela da sociedade brasileira segue valores religiosos que colocam que a vida é o valor supremo, que apenas pode ser cessada por vontade divina, dessa forma, cria um óbice a ser enfrentado pelos defensores do Testamento Vital.

No atual contexto, conforme Dadalto (2014, p.51) tem-se que:

Hodiernamente, as discussões jurídicas em torno do “direito de morrer” têm se materializado nos institutos da eutanásia, da ortotanásia, da distanásia, da mistanásia e do suicídio assistido.

Os institutos que circulam em meio a opção consciente do paciente de morrer, como consequência do entendimento daquele, já que não é possível a cura e a retomada de sua vida com qualidades mínimas, destacam-se: a) Eutanásia; b) Ortotanásia; c) Suicídio assistido.

➤ Eutanásia

A morte está longe de ser um tema de fácil abordagem e manejo, sobretudo nos dias atuais – mas não somente hoje (Elias, 2001). Freud já mencionava um dos grandes dilemas da condição humana, repousa no fato de sermos os únicos seres que tem consciência de sua finitude, senão vejamos: “A morte é a indelével certeza da condição humana, embora quase sempre recalçada, constituindo intrínseca peculiaridade do Homo sapiens sapiens, o único vivente que tem a consciência da sua própria finitude.” (Freud, 1974).

O termo eutanásia significa boa morte ou morte digna, vez que, ocorre uma morte rápida e sem dor derivada de uma conduta ativa, em que um paciente em estado terminal ou portador de enfermidade incurável é submetido.

Em sua forma ativa, a eutanásia, ocorre com assistência ou a participação de terceiro – quando uma pessoa mata intencionalmente o enfermo por meio de artifício que force o cessar das atividades vitais do paciente. Já a sua forma passiva, chamada de ortotanásia, consiste em não realizar procedimentos de ressuscitação ou de procedimentos que tenham como fim único o prolongamento da vida.

Tipificada no Brasil como crime de homicídio, o argumento utilizado pelos defensores consiste no fato de minimizar a dor e o sofrimento de um paciente terminal, bem como utilizar os meios menos dolorosos e traumáticos para realizá-lo.

Ainda para reforçar os elementos conceituais no contexto da eutanásia, urge citar os estudos de Neukamp (1973 apud Batista e Scharamm, 2004, p.34), para esclarecer as motivações que ensejam procedimentos para abreviação do momento da morte, assim temos:

1) eutanásia ativa, ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários (como no caso da utilização de uma injeção letal); 2) eutanásia passiva, quando a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivência (por exemplo, deixar de se acoplar um paciente em insuficiência respiratória ao ventilador artificial); 3) eutanásia de duplo efeito, quando a morte é acelerada como consequência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas sim ao alívio do sofrimento de um paciente (por exemplo, emprego de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito).

Eis pois, os critérios definidores das práticas de eutanásia reconhecidas na literatura médica e na jurídica.

➤ Ortotanásia

Em linhas gerais, ortotanásia não é eutanásia, embora por vezes possa ser erroneamente entendida como apressamento da morte. A diferença entre elas, reside nos objetivos de uma e outra. O principal objetivo da eutanásia é levar à morte para abreviar a dor, o da distanásia é impedir a morte a qualquer custo, a ortotanásia busca a morte com dignidade no momento correto, com controle da dor e sintomas físicos, psíquicos, bem como questões. (Kovács, 2004).

Segundo lições de Martinelli (2010, p.1) ao debruçar-se sobre as implicações jurídico-penais da ortotanásia, assim se manifesta:

No campo jurídico, a definição de ortotanásia tem imensa relevância na configuração do fato como criminoso ou não. Ao

definir ortotanásia, deve ficar claro que o sujeito não possui dolo de atingir o bem jurídico vida e, ainda, evidenciar a existência de circunstâncias que excluam qualquer delito. De preferência, para não restarem dúvidas sobre a legitimidade da ortotanásia, mais eficiente é demonstrar a atipicidade da conduta.

Merece lembrar que a ortotanásia, é ato exclusivo de médico em razão do saber técnico que esse profissional possui, que o habilita, e que tal instituto traz em seu bojo o ideário de que a morte do paciente, ocorra respeitando a dignidade da pessoa, usando dos recursos técnicos para minimizar o sofrimento, possuindo uma métrica multidisciplinar que atua no preparo da família para a separação do ente querido pelo evento morte.

➤ Suicídio Assistido

Entende-se por suicídio assistido, o pedido feito por uma pessoa a outra, pra que esta a ajude a concretizar sua morrer, caso aquela não seja capaz de perpetrar o ato. Neste caso, é preciso que o doente esteja consciente e manifeste explicitamente sua opção pela morte.

Monteiro (2013, p.2) ao destrinchar o significado do suicídio assistido, assim se manifesta:

O suicídio assistido só pode ser concebido por manifestação expressa do paciente em virtude de enfermidade física ou mental comprovada por médico. A morte deve ser iminente, a orientação ou auxílio dado por profissional da área médica e haver total ausência de interesse por parte do médico. Todos os casos devem ser analisados nas suas particularidades, de acordo com a relevância das questões, aplicando-se o princípio que melhor convenha à situação no caso.

O debate em torno da disposição da vida em situações de saúde indicativas de incurabilidade, tem como centro das discussões, a verificação exhaustiva do estado de lucidez e plena consciência das consequências do pedido (qualquer que seja a prática utilizada na consecução da abreviação da vida).

5.2 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012: uma abordagem jurídica

Entra em cena, em agosto de 2012, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012, figura no cenário legislativo da corporação médica pátria, como ponto de partida no afã de promover debates, incitar a sociedade médica e a sociedade como um todo da necessidade de falar, discutir, debater sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Em suas considerações iniciais, a citada resolução expõe um conjunto de motivos justificadores da medida, enfatizando que a resolução somete obriga aos profissionais médicos, pois que editada pelos seus órgãos de classe; senão veja-se as considerações iniciais da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012:

CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;
CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;
CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;
CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;
CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

Ademais, é de extrema importância, elucidar que esta resolução se aproxima do conceito de ortotanásia, e não da eutanásia, pois que, esta última constitui ato ilícito penal.

Conforme os ensinamentos de Dadalto (2014, p. 164):

[...] o CFM afirmou que esta resolução respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia e não possui qualquer relação com a prática de eutanásia, esclarecimento este que teve o condão de reafirmar um limite inerente ao instituto: a impossibilidade de conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico do país em que são propostas.

Dentre as disposições contidas na referida Resolução, merece atenção o §4.º do artigo 5º, o qual, orienta que, quando o médico desconhecer as diretivas antecipadas de vontade do paciente, e não existir representante previamente designado, familiares ou haver discordância entre estes, o médico poderá recorrer 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 os conflitos éticos existentes, quando entender ser esta a medida necessária e conveniente.

Cumprе ressaltar que as diretivas antecipadas de vontade não foram legalizadas, visto que trata-se de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina e está longe de sê-lo, pois que o tema ainda é pouco discutido tanto pela sociedade civil, como também entre os profissionais médicos.

Para que o conteúdo da já mencionada Resolução seja reconhecido como norma inderrogável, necessário se faz sua transformação em lei, resultado de ampla discussão com a sociedade civil e com os membros das casa legislativa federal.

5.3 Testamento Vital: uma discussão entre doutrinadores pátrios

No Brasil, a força da Constituição de 1988, em imprimir seu caráter e opção pela afirmação da cidadania do povo brasileiro, possui, nos direitos e garantidas fundamentais individuais, seu foco principal.

Nesse passo, o respeito ao princípio da Dignidade Humana, eclode como baluarte da defesa da pessoa e dos recursos socioeconômicos e sócio-jurídicos que contribuam para que todos se tornem cidadãos conscientes e comprometidos com os valores de seu tempo, e com àqueles que direta e ou indiretamente afetem o equilíbrio e harmonia social.

O referido princípio, ao valorizar a primazia do ser humano, como indivíduo livre e capaz de assumir as responsabilidades dos atos da vida civil, chancela inclusive a vontade humana livre e consciente como instrumento revelador de seu pensamento face ao evento morte, decorrente de uma enfermidade de natureza terminal.

É fato que, no Brasil, as diretivas antecipadas de vontade somente encontram respaldo jurídico-administrativo na Resolução n.º 1995/2012

originária do Conselho Federal de Medicina, pois a citada resolução traz orientações ao profissional médico, de como proceder sempre que um paciente, de forma plena e consciente, expresse seu desejo de, ante seu estado de saúde terminal, não sejam tomadas medidas médico-hospitalares que somente alongam seu sofrimento.

Segundo Bussinguer e Barcellos (2013, p.01):

A edição da Resolução vem no sentido justamente de tentar suprir essa lacuna legislativa, apesar de não possuir força de lei, ou seja, apenas vincule os médicos na área de sua atuação profissional. Portanto, os familiares ficam de fora do âmbito normativo. Até mesmo o médico, embora não no âmbito do Conselho, possui defesa legal, no sentido de não acatamento das diretivas antecipadas do paciente.

O texto contido na resolução supra, revela os dilemas cotidianos de médicos que lidam com pacientes terminais, e que atuam num ambiente de trabalho, em que o sentimento de terminalidade da vida, compromete a cada dia, o maior ou menor desejo daquele paciente em continuar vivendo sobre certas condições (as quais não oferecem qualidades mínimas de uma existência digna).

O que se prevê nas diretrizes antecipadas de vontade, visualizadas na Resolução n.º 1995/2012, é “que se deixe claramente registrado que o indivíduo se encontra lúcido, orientado e plenamente consciente das decisões que toma e dos desdobramentos dela” Bussinguer e Barcellos (2013).

Outro aspecto gerador de discussões reside no fato de que, ao garantir-se a autonomia da vontade do cidadão, essa máxima se aplica sem reservas, especialmente quando, nos termos da resolução, segundo a qual o paciente terminal deve ter respeitada sua vontade pretérita, mesmo quando não mais estiver em condições de tomar decisões.

Parafraseando os estudos Bussinguer e Barcellos (2013),

Esta Resolução põe por terra uma cultura centrada no poder médico e no paternalismo do profissional, que reduz o indivíduo doente a um paciente que deve aguardar, resignada e submissamente, que deliberações acerca de sua vida sejam tomadas por outros sem que ele possa se manifestar ou decidir autonomamente como quer ser tratado ou que tipo de práticas de intervenção está disposto a aceitar.

A Constitucionalidade do conteúdo da aludida resolução, não representa a melhor forma de legislar sobre a matéria, haja visto que sua prevalência é de ordem administrativa, tendo seu conhecimento e efeitos ainda muito limitados.

É, também, da lavra de Bussinguer e Barcellos (2013), a análise segundo a qual, a teoria dos direitos fundamentais é sempre exposta com muita ênfase na relação entre Estado e particular, haja vista o critério de classificação das gerações dos próprios direitos fundamentais: prestações negativas e prestações positivas, no que concerne às duas primeiras gerações. Ou seja, a primeira é caracterizada pelo dever de abstenção (prestações negativas) do Estado em face do particular; a segunda, pelo dever de intervenção (prestações positivas), igualmente do Estado, em face do particular. Dessa forma, é nítida a ênfase da relação vertical (Estado-particular) dada pela teoria dos direitos fundamentais.

A Resolução n.º 1995/2012 não fere princípios constitucionais, nem sua utilização, representa ameaça a vida das pessoas, nem oferece risco à relação médico-paciente, mas contrariamente, sua fundamentação jurídica de base constitucional, supri, na ausência de previsão legal de natureza infraconstitucional, situações cotidianas que potencialmente possa envolver à manifestação antecipada de pacientes terminais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário que subsidia a discussão aqui desenvolvida em torno do instituto do Testamento Vital e a sua busca por um amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro demanda maior empenho e análise dos princípios constitucionais, sobretudo àqueles mais valorosos a temática abordada, quais sejam: o da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da liberdade, sob ponto de vista da Lei Maior.

Contudo, as discussões amparadas pelo Código Civil, como o direito à vida; o direito de testar; o direito de fazer-se representar; do Código de Ética Médica, no afã de compreender a finalidade da Resolução n.º 1995/2012 oriunda

do Conselho Federal de Medicina, também constituem arcabouços, no sentido de subsídios à validade do Testamento Vital.

Consoante, Dadalto (2014, p.179):

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 do testamento vital, vez que o objetivo deste instrumento é possibilitar o indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos em caso de terminalidade da vida.

De matriz Constitucional, o direito a defesa da liberdade da pessoa humana e de sua capacidade de autodeterminação, como forma de permitir pleno exercício da autonomia da vontade, e das consequências desse fato configura o esteio maior a dar lugar ao pleno exercício da sua vontade autônoma. Seguindo-se esse raciocínio é crível que ao ser humano, seja então, concedido o direito de como conduzir a sua vida, e também o fim dela.

Abominada em todo ordenamento pátrio, a ideia de pôr fim a vida recebe do ordenamento jurídico em vigor, reprimendas exteriorizadas pela tipificação penal de algumas condutas, a exemplo do homicídio (artigo 121, Código Penal); a prática do aborto (artigos 124 a 128 do Código Penal), da prática da eutanásia que equivale à prática de homicídio.

O esforço da ciência médica e de seus profissionais de forma a permitir que as pessoas vivam mais e melhor, tem despertado, em razão de situações em que o paciente não tem perspectiva de cura, o prolongamento, por vezes, exacerbado de uma existência marcada pelo sofrimento, angústia, dor.

A efetivação das diretivas antecipadas de vontade, esboçadas no contexto nacional, quer sob a forma de testamento vital, quer sob a forma de mandato duradouro, representam ao final, o instrumento de que dispõe o cidadão brasileiro, para, diante de um quadro de diagnóstico de doença terminal, solicitar ao médico que o assiste, que consigne em seu prontuário, seu desejo de não ver prolongado seu tratamento.

A omissão legislativa, torna o tema polêmico e pouco disseminado, desse modo, o operador do direito é compelido a buscar respostas tanto no direito comparado, como, na jurisdição, nos princípios constitucionais que protegem o pleno exercício da autonomia da vontade e dignidade humanas,

ambos basilares ao Estado Democrático de Direito, para melhor conferir segurança e validade jurídica ao ato exteriorizado nas disposições antecipadas de vontade.

Uma das máximas a serem observadas quando da análise jurídico-doutrinária acerca do testamento vital, é o fato deste, repousar no direito ao pleno exercício da vontade do paciente em recusar-se a ser submetido à tratamento cujo objetivo seja, apenas, prolongar-lhe a vida, condenando-o a uma vida vegetativa.

O acatamento das retromencionadas disposições antecipadas de vontade, emerge do estado de consciência inequívoca que uma pessoa possui, de que seu corpo não mais resiste aos embates decorrentes de enfermidades incuráveis.

Em razão desse estado de coisas, é lícito lançar-se mãos dos instrumentos jurídicos disponíveis, respaldado tanto na Resolução 1995 / 2012, quanto principalmente em princípios constitucionais que consagram a Dignidade Humana como garantidor de uma vida com qualidade, ainda que a vida humana deva ser protegida, deve-se frisar que vida digna é aquela em que há uma qualidade mínima.

REFERÊNCIAS

AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: <http://seer.upf.br>. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

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

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 de Set, de 2016.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. **O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade**. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 26 de Outubro de 2016.

CASTRO, José de Ribamar. **Código civil: eticidade, sociabilidade, operabilidade, conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais**. 2007. Disponível em: <http://familiarizando.blogspot.com>. Acesso em 20 de Outubro de 2016.

CASTRO, Carem Barbosa de. **Teoria geral dos princípios**. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 24 de Novembro de 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br>. Acesso em 19 de Outubro 2016.

_____. Resolução CFM nº 1.638/2002. **Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde**. 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br>. Acesso em 19 de Outubro de 2016.

_____. Resolução CFM nº 1.805/2006. **Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal**. 2006. Disponível em: www.portalmedico.org.br. Acesso em 18 de Outubro de 2016.

DADALTO, Luciana. **Sobre os três anos da resolução CFM 1995/2012**. Disponível em: www.testamentovital.com.br. Acesso em 19 de Outubro de 2016.

_____, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 19 de Outubro de 2016.

_____, Luciana. **Testamento Vital**. 3º ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

ELIAS, N. **A solidão dos Moribundos**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2001.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de processo penal**. 16º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FREUD, Sigmund. **O mal está na civilização**. Tradução Jaime Salomão. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1974.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VIII: direito das sucessões**. 3º ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HOUAISS A. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

KOVÁCS, Maria Julia. **A caminho da morte com dignidade no século XXI**. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 28 de Novembro de 2016.

LEONCY, Léo F. **Uma proposta de releitura do “princípio da Simetria”**. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 27 de Novembro de 2016.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico**. 2015. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em 27 de Outubro de 2016.

MALLET, Miguel T. **TESTAMENTO VITAL**. 2015. Disponível em: <http://www3.pucrs.br>. Acesso em 27 de Outubro de 2016.

MARRARA, Thiago. **As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade**. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em 25 de Novembro de 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 29 de Outubro de 2016.

MARTÍNEZ, K. **Los documentos de voluntades anticipadas**. Anales Sis San Navarra. 2007.

MARQUES, Claudia L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2011. São Paulo. Revista dos Tribunais.

MICHAELLIS. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em 24 de Novembro de 2016.

MONTEIRO, Marli Piva. **Suicídio assistido mar adentro....** 2013. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org>. Acesso em 29 de Outubro de 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. **Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites**. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 28 de Outubro de 2016.

PINHEIRO, Rosalice F. **A Proibição de discriminação nos contratos no Direito brasileiro em face da experiência europeia**. 2014. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br>. Acesso em 28 de Outubro de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 41-56.

RATTI, Fernanda C. **Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?** 2015. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em 19 de Outubro de 2016.

REALE, Miguel. Civil. **Visão Geral do Novo Código** Jus Navigandi, Teresina, a.6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: www1.jus.com.br. Acesso em 21 de Outubro de 2016.

REINEHR, Rosemeri. **OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO NOVO CÓDIGO CIVIL**. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br>. Acesso em 27 de Novembro de 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. Vol. I. 34º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SERRILHO, Arthur. **Sucessão Testamentaria: Testamento Público**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em 25 de Outubro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 1998.

_____, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7º ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2010.

_____, José Afonso da. **Curso De Direito Constitucional Positivo**. 37º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2014.

SARLET, Ivo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8º ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

_____. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 10, janeiro/2002. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em 24 de Novembro de 2016.

SCHRAM, Fermin R; BATISTA, S. Rodrigo. **Eutanasia pelas veredas da morte e da autonomia**. 2004. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em 28 de Novembro de 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana Dadalto. **Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro**. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachael Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Coord) Vida, morte e dignidade humana. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

ZARIAS, Alexandre. **A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça**. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 26 de Outubro de 2016.

ZIMMERMANN, Rafael. **APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL: Fatos Políticos e Histórico-Sociais**. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br>. Acesso em 23 de Outubro de 2016.