

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

AS FORMAS DE SE ENFRENTAR A MORTE E O TESTAMENTO VITAL

DIFFERENT WAYS TO FACE DEATH AND THE LIVING WILL

Najla Lopes Cintra
Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos

Resumo

Com os avanços da medicina as pessoas têm vivido cada vez mais. Estes mesmos avanços têm servido para prolongar artificialmente a vida de pessoas com algum tipo de doença incurável. Alguns indivíduos, contudo, optam por estabelecer diretrizes a serem seguidas caso não sejam capazes, futuramente, de opinar sobre o tratamento médico a ser adotado quando os avanços da medicina não forem suficientes para curá-los. A utilização deste mecanismo é questionada por profissionais da área médica justamente em face da possibilidade de surgirem tratamentos novos. Tendo em vista o fato de o ordenamento jurídico brasileiro não dispor sobre o tema, tem-se utilizado as Resoluções do Conselho Federal de Medicina de forma subsidiária. O presente artigo abordará as formas como a morte pode ser encarada, a utilização do testamento vital e os questionamentos existentes acerca desta nomenclatura e o instituto do testamento.

Palavras-chave: Eutanásia, Ortotanásia, Testamento vital, Formalidades, Nomenclatura

Abstract/Resumen/Résumé

The progresses in the medical field have made people live longer. Those same progresses have been able to artificially extend the lives of those with some kind of incurable disease. Some choose to establish directives to be followed in case they are no longer capable to decide about the medical treatment to be followed when medicine's breakthrough isn't able to cure them. This mechanism's usage is questioned by some physicians due to the possibility of new treatment's emergence. Considering that the Brazilian legal system does not dispose about this issue, the resolutions from the Federal Medical Council have been used in a subsidiary way. This article will talk about the ways to face death, the usage of the living will and the questions that rise around its nomenclature and the institute of testament.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Euthanasia, Orthothanasia, Living will, Formality, Nomenclature

INTRODUÇÃO

O artigo abordará o testamento vital e as formas do ser humano de enfrentar o fim da vida.

Inicialmente serão apresentadas breves considerações acerca do instituto do testamento, que apesar de já existir no ordenamento pátrio há bastante tempo, ainda encontra resistência na sua utilização por parte de muitos brasileiros.

As características do testamento serão tratadas, tendo em vista a necessidade de seu conhecimento para o desfecho do artigo.

No segundo tópico serão abordadas as formas de se enfrentar a morte, seja através da sua busca de forma mais rápida (eutanásia), do desejo de retardá-la a qualquer custo (distanásia) ou da decisão de deixar a vida seguir seu curso natural, sem interferências inúteis para o seu prolongamento (ortotanásia).

Por fim, chega-se ao tema central do artigo, que é a análise do testamento vital, passando por suas formas de utilização, pelas manifestações do Conselho Federal de Medicina e culminando no questionamento acerca da nomenclatura utilizada.

1 O TESTAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Em que pese o testamento não ser um instituto novo no ordenamento jurídico pátrio, uma parcela da população resiste à sua utilização. Alguns por acreditarem que fazer o testamento é mau agouro. Outros por dizerem que ainda estão longe da morte, razão pela qual deixam o tema para abordagens futuras.

A formalização de um testamento, contudo, pode evitar diversos problemas *post mortem*. Para que este testamento seja considerado válido ele deverá preencher uma série de requisitos – a depender da espécie de testamento escolhida.

Algumas características, entretanto, dizem respeito a todas as formas de testamento, e elas serão aqui abordadas de forma sucinta. O conhecimento destas características será fundamental para a análise do chamado "Testamento vital".

1.1 Unilateralidade e Ato Personalíssimo

No testamento constará a vontade apenas do testador, sendo vedada, por lei, a realização de testamento de forma conjunta – ou seja, com mais de uma declaração de vontade¹. Tem-se, desta forma, que duas pessoas não podem se valer do mesmo instrumento para efetuar suas disposições de última vontade.

Isto não significa, contudo, que o testador não possa ser auxiliado por um advogado em sua elaboração².

1.2 Não receptício

Para que o testamento produza seus efeitos ele independerá da vontade dos seus destinatários.

O herdeiro ou legatário poderá recusar o que lhe foi designado, mas isto não retirará o efeito do testamento.

¹Cf. ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2013, p. 1675.

²Cf. DINIZ, 2012, p. 1357.

1.3 Solenidade

Apenas a título de recordação, enumeram-se as formas de testamento possíveis:

- a) Formas ordinárias: público, cerrado e particular ou hológrafo;
- b) Formas especiais: marítimo, aeronáutico e militar.

Cada espécie de testamento trará formalidades específicas quanto ao número de testemunhas necessárias, idioma de sua realização, leitura e assinatura, momento de sua abertura, entre outras.

A não observância das formalidades estabelecidas no Código Civil para cada forma de testamento acarretará a decretação de sua nulidade.

1.4 Revogabilidade

Um testamento pode ser revogado a qualquer momento, nos termos do art. 1.858 do Código Civil.

A revogabilidade é uma das características do testamento, pois este deverá retratar, da forma mais fiel possível, a vontade do testador. Desejando este modificar suas disposições de última vontade, poderá fazê-lo quantas vezes desejar³.

Importante destacar que não há hierarquia entre as várias formas de se testar, de tal maneira que um testamento público pode ser revogado por um testamento particular ou por um testamento cerrado, por exemplo.

A reserva, aqui, fica a cargo da disposição testamentária que reconhece filhos. Uma vez havendo o seu reconhecimento, tal situação não poderá ser revogada posteriormente, permanecendo esta disposição como válida ainda que haja testamentos elaborados depois⁴.

1.5 Disposições patrimoniais

O testador poderá utilizar seu testamento como forma de dispor de seus bens como melhor lhe aprouver.

³ Cf. DINIZ, 2012, p. 1357.

⁴ Cf. ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2013, p. 1676.

Ressalva-se, todavia, a situação de existência de herdeiros necessários, quando o testador terá que respeitar a legítima (parte indisponível) e se valer do testamento apenas para tratar dos bens da metade disponível⁵.

1.6 Disposições extrapatrimoniais

Além das disposições acerca do seu patrimônio, o testador poderá se valer do testamento para outros fins, tais como o reconhecimento de filhos, nomeação de tutores para filhos menores, reabilitação de filho indigno, modificação do beneficiário de seguro de vida⁶...

Não há qualquer vedação ao fato de o testador se valer do testamento apenas para disposições extrapatrimoniais, conforme estabelece o art. 1.857, §2º do Código Civil.

1.7 Efeitos

Em que pese ser um instrumento elaborado durante a vida do testador, e cuja validade dependerá de estar ele em plena capacidade de suas funções mentais, o testamento apenas gerará efeitos *post mortem*.

Isto gerará apenas uma expectativa de direito para os herdeiros ou legatários, tendo em vista que o testamento pode ser revogado/modificado a qualquer momento antes da morte do testador⁷.

⁵ Cf. *Ibidem*.

⁶ Cf. ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2013, p. 1676.

⁷ Cf. DINIZ, 2012, p. 1358.

2 AS FORMAS DE SE ENFRENTAR A VIDA E A MORTE

Ao se abordar assunto tão delicado quanto as disposições *post mortem*, fundamental se mostra tratar as formas como os seres humanos optam por enfrentar a morte e/ou a manutenção da vida.

Serão analisados: a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia.

2.1 Eutanásia

Também chamada de "boa morte", a eutanásia é o termo aplicado para aquelas situações em que o indivíduo não deseja prosseguir com sua vida por entender que o sofrimento pelo qual vem passando tornou-se insustentável.

Diferentemente do suicídio, no qual o indivíduo pratica atos atentatórios contra a própria vida, na eutanásia ele se valerá da ajuda de terceiros para pôr fim àquela situação que por ele é considerada extremamente dolorosa. Isto se mostra necessário devido, muitas vezes, à condição física em que a pessoa se encontra, impossibilitada de, ela mesma, praticar os atos que poderiam terminar sua vida.

A eutanásia entra em rota de colisão, portanto, com o direito à vida assegurado à pessoa humana.

Surge, por parte de seus defensores, o seguinte questionamento: uma vez garantida a dignidade da pessoa humana, e considerando que ela tem direito a viver uma vida de forma digna, não seria lógico o entendimento de que, na morte, sua dignidade também deva ser respeitada?⁸

O tema é assunto recorrente no cinema. Os filmes "Menina de Ouro" e "Mar Adentro" abordam pessoas que lutam pelo direito de morrer, cada qual à sua forma, tendo em vista o estado de dependência em que se encontram e a insuportabilidade da perpetuação daquela condição (sem perspectiva de melhora, vez que em ambos os casos os personagens são acometidos pela tetraplegia).

Esta prática, contudo, é rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que veda o auxílio daqueles que desejam encerrar a própria vida.

⁸Cf. TERNES, out./nov.2011, p. 27.

2.2 Distanásia

Enquanto que na eutanásia o indivíduo busca uma forma de findar a própria vida com a ajuda de terceiros, na distanásia tem-se um processo de prolongamento a qualquer custo da vida daqueles que padecem de enfermidade incurável⁹.

Vê-se, claramente, a dificuldade por parte de certas pessoas – em geral, familiares – em aceitar o fim da vida. Elas tentam, assim, se valer de todos os procedimentos tecnológicos disponíveis para manutenção da vida, ainda que isto resulte em sofrimento ao paciente¹⁰.

Também chamada de obstinação terapêutica, a distanásia coloca em xeque a dignidade da pessoa humana ao tratar mais da doença do que do doente em si¹¹.

Nas palavras de Vívian Boechat Cabral, a distanásia é marcada "pela fixação em salvar uma vida cujo titular já não mais deseja tê-la 'salva'"¹².

2.3 Ortotanásia ou Paraeutanásia

A ortotanásia (conhecida como morte correta) é caracterizada pela decisão de não se prolongar, de forma artificial e inútil, a caminhada natural para a morte, e "consiste na atuação omissiva do médico que deixa de empregar os recursos clínicos disponíveis, objetivando apressar o falecimento do doente incurável"¹³.

Para a aplicação da ortotanásia necessária se faz a observância de alguns requisitos: paciente em estágio terminal ou com doença incurável e cujo prolongamento artificial da vida não se mostra viável, bem como vontade do indivíduo ou daquele por ele responsável¹⁴.

Sua observância leva em consideração tanto a dignidade da pessoa do paciente, pois evita que ele seja submetido a tratamentos inúteis à manutenção de sua vida, quanto da família, poupando-a do desgaste de acompanhar o sofrimento de seu ente querido sem que haja perspectiva de melhora.

Apesar de ainda haver debate acerca da sua aplicação, a sociedade se mostra mais receptiva a ela. Tal fato pode ser observado no Anteprojeto do Código Penal que tramita no Congresso Nacional¹⁵ e que em seu artigo 122 claramente trata a eutanásia como crime e traz a ortotanásia como uma excludente da ilicitude em seu parágrafo 2º:

⁹Cf. TERNES, out./nov.2011, p. 22.

¹⁰Cf. TARTUCE, 2011, p. 346.

¹¹Cf. Leo Pessini *apud* TARTUCE, 2011, p. 347.

¹²CABRAL, jun./jul.2012, p. 33.

¹³GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 202.

¹⁴Cf. ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2013, p. 164-165.

¹⁵Cf. *Ibidem*, p. 165.

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Hoje o tema ainda não possui regulamentação legal, sendo utilizadas as diretrizes do Conselho Federal de Medicina para sua aplicação. Tais diretrizes serão analisadas no próximo item.

3 O TESTAMENTO VITAL

O testamento vital também pode ser chamado de testamento biológico, testamento em vida ou *living will*.

Sua utilização será o tema deste item.

3.1. Definição

O testamento vital é o instrumento utilizado para que cada indivíduo estabeleça as medidas que deseja que sejam (ou não) adotadas caso ele se encontre em uma situação de doença terminal e incurável.

Importante salientar que a terminalidade da vida não deve ser interpretada como incapacidade por parte do indivíduo¹⁶.

Vários são os indivíduos que enfrentam uma doença terminal mas se encontram no pleno exercício de suas faculdades mentais, tendo apenas previamente estabelecido diretivas a serem observadas caso ele não tenha condições, naquele momento, de decidir por si só.

Necessário destacar que os tratamentos a serem recusados pelo doente terminal são aqueles que prolonguem sua vida sem que haja previsão de melhora no quadro. Já os tratamentos que contribuam para amenizar o sofrimento e melhorar a qualidade de vida não poderiam ser objeto de recusa por parte do paciente¹⁷.

3.2. Formas de testamento vital

São admissíveis várias formas de testamento vital, mantendo-se a liberdade do indivíduo de escolher como o fará.

a) Escritura pública em cartório: elaborada pelo tabelião. Além de oferecer segurança quanto à inexistência de qualquer vício de vontade, tal ato é público e vinculará o médico à obediência daqueles termos¹⁸;

b) Declaração em documento partilhar: elaborada pelo próprio paciente, preferencialmente deverá ter firma reconhecida;

¹⁶Cf. DADALTO, 2013, p. 39.

¹⁷Cf. ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2013, p. 165.

¹⁸Cf. CABRAL, 2014, p.42.

c) Declaração ao médico assistente: deverá ser registrada no prontuário do paciente, colocando ele sua assinatura.

d) Justificação testemunhal da vontade: feita verbalmente aos familiares, comunicando o desejo de que não se empreenda o esforço terapêutico na manutenção de sua vida de forma artificial.¹⁹

De todas as formas acima mencionadas, a mais frágil é a justificação da vontade aos familiares, vez que nem sempre estes estão dispostos a "abrir mão" do doente, e autorizam a realização dos mais variados procedimentos como se fosse vontade do paciente. Não existindo outro documento que disponha sobre o assunto, o médico deverá acatar a decisão do familiar responsável.

Uma das formas mais eficazes é a declaração direta ao médico assistente, visto que as diretivas já passarão a constar, imediatamente, no prontuário do paciente, não exigindo que o médico apure quanto à existência de qualquer documento neste sentido.

3.3. O Conselho Federal de Medicina e os médicos

Em 2006 o Conselho Federal de Medicina abordou o tema em sua Resolução 1.805. Ela assim dispunha:

RESOLUÇÃO 1.805/2006 do CFM

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.

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

A ação civil pública 2007.34.00.014809-3, intentada pelo Ministério Público Federal conseguiu obter, em sede de liminar concedida pela 14ª Vara Federal do Distrito Federal, a suspensão da Resolução 1.805/2006 CFM por entender que esta conflitava com o Código Penal

¹⁹ Cf. Diaulas Costa Ribeiro *apud* TARTUCE, 2011, p. 348.

no que tange ao crime de homicídio cometido com relevante valor social ou moral (art. 121, §6º CP).

Veio em 2009, então, o Novo Código de Ética Médica (Resolução nº. 1.931/2009), que abordou em seu art. 41 tanto a eutanásia quanto a ortotanásia. Observe:

NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA (RESOLUÇÃO 1.931/2009 do CFM)

É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Tem-se, desta forma, a vedação à realização da eutanásia por parte do médico. Já quanto à ortotanásia admitiu-se sua realização, observados os critérios mínimos ali exigidos.

Em 2012 o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº. 1.995, que dispôs acerca das diretivas antecipadas de vontade (DAV) dos pacientes.

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.

O marco da resolução retromencionada diz respeito à prevalência da vontade do paciente sobre a de seus familiares (art. 2º, §3º), privilegiando a autonomia da vontade²⁰.

Entre os médicos, entretanto, não existe consenso quanto à aplicação da ortotanásia através do testamento vital. Há aqueles que entendem que a medicina apresenta avanços

²⁰Cf. ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2013, p. 165.

constantes, e aquilo que porventura hoje seja considerado como terapia inútil, poderá deixar de sê-lo dentro de pouco tempo²¹.

É pacífico, todavia, o entendimento de que o médico não é obrigado a concordar com as diretivas estabelecidas pelo paciente. Neste caso, ele deverá ser encaminhado a outro médico que o atenda dentro dos limites de suas diretivas.

3.4. A nomenclatura é correta?

No decorrer do trabalho utilizou-se a expressão "testamento vital" diversas vezes.

Questiona-se, contudo: este termo é correto para designar as manifestações do indivíduo quanto às medidas a serem observadas em caso de doença terminal e incurável?

Considerando que o testamento vital não exige as formalidades previstas para as diversas formas de testamento trazidas pela lei civil e que os efeitos serão produzidos antes da morte, crê-se que o termo "testamento vital" não seja o melhor para defini-lo²², uma vez que o testamento se refere a um documento repleto de formalidades e que produzirá efeitos apenas após a morte de seu titular.

Flávio Tartuce sustenta que ele mais se assemelharia ao codicilo, tendo em vista ser este um pequeno testamento utilizado apenas para disposições de última vontade e doações de pequena monta²³. Ele propõe, assim, que "sua denominação seja alterada para declaração vital ou biológica"²⁴.

²¹Cf. LOPES; CUMINALE, 12 set. 2012, p. 100.

²²Cf. TARTUCE, 2011, p. 353.

²³ Cf. Ibidem.

²⁴ Cf. Idem, p. 354.

CONCLUSÃO

Apesar de ainda não existir legislação específica que autorize a realização da ortotanásia, o tema tem sido abordado de forma mais tranquila pela sociedade.

As resoluções do Conselho Federal de Medicina têm realizado a regulamentação do tema dentro da área médica. Vê-se, claramente, a oposição à prática da eutanásia e a possibilidade de que o indivíduo opte por não passar por tratamentos que serão considerados inúteis para prolongar sua vida caso ele seja portador de uma doença terminal e incurável.

Apesar do que dispõem as resoluções supramencionadas, sua existência não obsta que o médico se recuse a proceder de tal forma por entender que a prática da ortotanásia contrarie o juramento por ele feito quando de sua colação de grau. Neste caso, contudo, o paciente deverá ser encaminhado a outro profissional da área médica que aceite cumprir as diretivas por ele estabelecidas.

Por todo o exposto, conclui-se que a adoção da ortotanásia é um caminho a ser adotado pelo legislador brasileiro, sendo o tema, inclusive, abordado no anteprojeto do Código Penal. Constata-se, entretanto, que a terminologia utilizada vem sendo errônea, uma vez que o testamento vital não possui as formalidades exigidas por um testamento, tampouco traz disposições cujos efeitos se produzirão após a morte, mas que deverão ser observadas enquanto aquele que o realizou ainda estiver vivo.

Desta forma, entende-se que a melhor forma de se referir ao testamento vital é como “diretiva antecipada de vontade”, tal qual dispõe o Conselho Federal de Medicina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS NETO, Sebastião; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**: volume único. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 164-166, 1675-1683.

CABRAL, Marcella Kfourri Meirelles. **Testamento Vital**: questões polêmicas. 2014. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

CABRAL, Vívian Boechat. O Testamento Vital e a Efetividade da Vontade do Titular do Bem Jurídico Vida. **Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 28, p. 22-47, jun./jul. 2012.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 220 p.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 16. ed. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e a Lei n. 12.607/2012. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1356-1359.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 198-203.

LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natalia. O direito de escolher. **Revista Veja**, São Paulo, ano 45, n. 37, p. 98-106, 12 set. 2012.

MAR adentro. Direção de Alejandro Amenábar. Espanha, França, Itália: 2004. 1 DVD (125 min.). Legendado. Port.

MENINA de ouro. Direção de Clint Eastwood. Estados Unidos: Europa Filmes, 2004. 1 DVD (137 min.). Legendado. Port.

TARTUCE, Flávio. A Questão do Testamento Vital ou Biológico: Primeiras Reflexões. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 331-354.

TERNES, Cristina. Eutanásia: entre o interesse pessoal de uma morte digna e o respeito à inviolabilidade da vida humana. **Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 24, p. 16-32, out./nov. 2011.